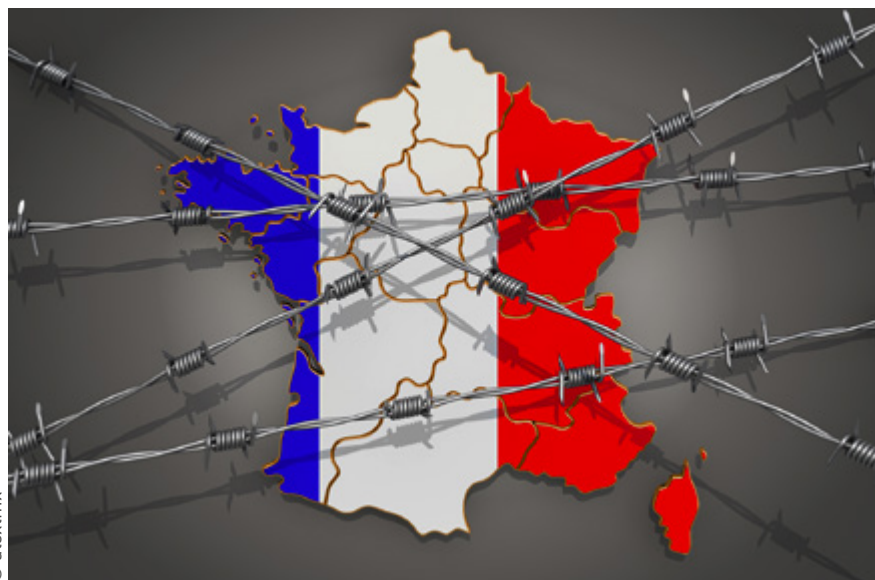


À la une

La surpopulation carcérale généralisée dans le collimateur de la Cour européenne des droits de l'Homme

note par Éric SENNA sous CEDH, 5^e sect., 30 janv. 2020

Dans une décision retentissante, la CEDH sanctionne la France en raison de la surpopulation carcérale, l'invitant à y mettre fin et à organiser un recours préventif effectif permettant de faire cesser des conditions de vie indignes.



© alexlmx

Actualité

« Nous subissons le discours dogmatique du gouvernement alors que nous demandons des solutions pragmatiques »

entretien avec Christiane FÉRAL-SCHUHL

Doctrine

Déjudiciarisation du divorce et de la séparation de corps : une réforme inachevée

étude par Solange MIRABAIL

Jurisprudence

Victimes des essais nucléaires : nouvel épisode autour de la présomption de causalité

note par Thibaut LELEU
sous CE, 2^e-7^e ch. réunies, 27 janv. 2020

Chronique de jurisprudence de droit de l'arbitrage

par Denis BENSUAUDE

Gazette Spécialisée

DROIT DES BAUX COMMERCIAUX

SOUS LA RESPONSABILITÉ SCIENTIFIQUE DE

• Jehan-Denis BARBIER

Avocat au barreau de Paris, cabinet Barbier-Associés

• Charles-Édouard BRAULT

Avocat au barreau de Paris, cabinet Brault & Associés

• André JACQUIN

Avocat au barreau de Paris, cabinet Jacquin-Maruani Avocats

AVEC LA PARTICIPATION DE

Sabine CHASTAGNIER, Patrick COLOMER, Rémy CONSEIL et Olivier JACQUIN





**Vient de
paraître**

Plus de
130 schémas
pour comprendre
la ligne jaune

3^e édition
2020

Avant-propos de Olivier Fouquet
Préface de Lise Chatain

Gualino lextenso

“ Véritable guide de l'abus de droit et des erreurs à éviter en matière fiscale (plus de 130 schémas pour comprendre la ligne jaune) ”

Disponible
sur

Librairie
lgdj.fr
www.lgdj.fr

CONTRAT ET *COMPLIANCE* 372z3



Jean-Christophe Roda
Agréé des facultés de droit,
professeur à l'université Lyon III

“ Adhérer à une politique de *compliance* signifie devoir maintenir un haut degré d'exigence en termes de comportements irréprochables sur le marché ”

Les décisions mêlant droit des contrats d'affaires et *compliance* ne sont pas si fréquentes, ne serait-ce qu'en raison du jeu des clauses d'arbitrage qui invisibilisent un peu ce contentieux (CA Paris, 28 mai 2019, n° 16/11182). Un arrêt récent de la Cour de cassation (Cass. com., 20 nov. 2019, n° 18-12817) est l'occasion de brièvement mettre en lumière ce thème encore peu exploré.

En l'espèce, EIC, une société française commercialisant des dispositifs médicaux avait conclu en 2007 un contrat d'agence d'affaires avec la filiale du groupe américain Biomet qui renvoyait aux obligations anti-corruption du CSP. En 2009, la société avait adhéré au guide de la *compliance* du groupe et, en 2010, elle souscrivait à la politique globale de lutte contre la corruption de Biomet qui stipulait notamment : « tous les collaborateurs (...) seront tenus de signer régulièrement une certification de leur adhésion à la politique ».

En 2012, Biomet, qui avait été poursuivi par le DOJ et la SEC aux États-Unis, échappa à une lourde sanction en acceptant de renforcer sa politique anti-corruption, vis-à-vis de ses salariés et filiales, mais aussi à l'égard de ses partenaires.

Or, à partir de cette date, la société française refusa de renouveler son adhésion à la certification de la politique anti-corruption du groupe, malgré les relances. Le groupe américain décida donc de résilier le contrat d'affaires, sans préavis. EIC riposta en saisissant les tribunaux et en invoquant une rupture brutale de la relation. Confirmant la solution d'appel, la Cour de cassation a estimé « que, compte tenu des règles fixées par le programme de “compliance” et de l'accord conclu, le manquement de la société EIC à ses obligations contractuelles, en ce qu'il était susceptible d'engager la propre responsabilité de la société Biomet, était suffisamment grave pour justifier la rupture de la relation commerciale sans préavis ».

Deux brèves observations sur cet arrêt qui écarte logiquement l'exigence de préavis de l'article L. 442-6 (devenu L. 442-1) du Code de commerce.

La première concerne les « clauses de *compliance* » (et autres accords de *due diligence*). Si celles-ci ont parfois pu être considérées comme des clauses cosmétiques, la situation a évolué : adhérer à une politique de *compliance* signifie devoir maintenir un haut degré d'exigence en termes de contrôle interne et de comportements irréprochables sur le marché. Si l'on en doutait encore, ces stipulations peuvent s'avérer contraignantes et ne doivent jamais être signées à la légère, même (surtout) si leur contenu peut sembler de prime abord un peu insaisissable.

La seconde observation concerne l'appréciation de la gravité du comportement, nécessaire pour justifier la dispense de préavis : la Cour souligne le risque de mise en jeu de la responsabilité du groupe par les autorités américaines. Le contexte réglementaire et le « risque *compliance* » aux États-Unis a ainsi pesé, dès lors que la société française ne pouvait ignorer celui-ci.

À l'instar du battement d'ailes d'un papillon au Brésil pouvant provoquer une tornade au Texas, il est acquis que les exigences accrues concernant les politiques de *compliance* aux États-Unis risquent d'avoir une incidence sur les contractants français. ●

Gazette du Palais

Édité par Lextenso
1, Parvis de La Défense
92044 Paris – La Défense (CEDEX)

P-DG, Directeur de la publication : Bruno Vergé
Directrice générale déléguée : Emmanuelle Filiberti
Présidente du Conseil scientifique :
Marie Burguburu Charvet

Rédactrice en chef : Laurence Garnerie
Coordinatrice de la Gazette spécialisée : Marie Rajchenbach
Rédacteurs : Catherine Berlaud, Nathalie Finck
et Samuel Seroc
Responsable scientifique : Pauline Le Monnier de Gouville
Assistante d'édition : Elsa Boulinguez
Assistante de direction : Evelyne Chelza

Rédaction :
Tél. : 01 40 93 40 00
Courriel : redactiongp@lextenso.fr

Abonnements :
Tél. : 01 40 93 40 40
Courriel : abonnements@lextenso.fr

Publicité : benoit.favre@lextenso.fr
Tél. : 01 40 93 40 68

Tarifs 2020
* Prix TTC au n° : 15,32 €
+ frais de port
* Abonnement France (un an) :
Journal seul : 515,61 € TTC
Recueils + table seuls : 495,19 € TTC
Journal, recueil + table : 687,13 €
* Abonnement étranger (un an) :
Journal seul : 575 €
Journal, recueil + table : 775 €

Internet : gazette-du-palais.fr
Twitter : @gazpal

Commission paritaire n° 0523 T 83097
ISSN 0242-6331
Dépôt légal à parution
Imprimé par Duplprint Mayenne, 733, rue Saint Léonard,
53101 Mayenne CEDEX
sur des papiers produits aux Pays-Bas et en Italie,
issus de forêts gérées durablement ;
0% de fibres recyclées ; impact gaz à effet de serre
pour un exemplaire : 208 g éq. CO₂



Illustration de la Gazette spécialisée sur la couverture :
Fanny Dallé-Asté / Da-fanny

Toute reproduction, même partielle, est interdite,
sauf exceptions prévues par la loi.

Projets d'articles : les manuscrits doivent être adressés par
courriel en format word à redactiongp@lextenso.fr
et comporter 15 000 caractères maximum (notes de bas
de page et espaces compris). Nous vous remercions
par ailleurs d'indiquer vos coordonnées complètes
ainsi que vos titres ou fonctions professionnels.
La rédaction n'est pas responsable des manuscrits
communiqués.

La Gazette du Palais se réfère de la manière suivante :
Gaz. Pal. 3 janv. 2019, n° 257k3, p. 27

Actualité

- Legaltech : l'échec d'Atrium est-il aussi celui d'un modèle ? 5
- Les greffiers de tribunaux de commerce assujettis aux obligations anti-blanchiment 6
- « Nous subissons le discours dogmatique du gouvernement alors que nous demandons des solutions pragmatiques » entretien avec Christiane FÉRAL-SCHUHL 8
- « La place de l'entreprise dans le droit de la concurrence n'est plus simplement celle du contrevenant sanctionné » entretien avec Marc RINGLÉ 11
- Pour la non-levée de l'anonymat des donneurs libres propos par Dimitra TSIAGLAGKANOU 13

Doctrine

- Déjudiciarisation du divorce et de la séparation de corps : une réforme inachevée étude par Solange MIRABAIL 17

Jurisprudence

- La surpopulation carcérale généralisée dans le collimateur de la Cour européenne des droits de l'Homme note par Éric SENNA sous CEDH, 5^e sect., 30 janv. 2020 20
- Victimes des essais nucléaires : nouvel épisode autour de la présomption de causalité note par Thibaut LELEU sous CE, 2^e-7^e ch. réunies, 27 janv. 2020 23
- L'assignation en appel, une espèce en voie de disparition note par Christophe LHERMITTE sous Cass. 2^e civ., 9 janv. 2020 26
- Chronique de jurisprudence de droit de l'arbitrage par Denis BENSUADE 29
- Panorama de jurisprudence de la Cour de cassation par Catherine BERLAUD 38
- Panorama de jurisprudence du Conseil d'État par Nathalie FINCK et Samuel SEROC 43
- Panorama de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme par Catherine BERLAUD 46

Gazette Spécialisée

DROIT DES BAUX COMMERCIAUX

Sous la responsabilité scientifique de
Jehan-Denis BARBIER, Charles-Édouard BRAULT et André JACQUIN

47

La phrase

“ Dans une société démocratique, il n'est pas normal que l'administration pénitentiaire n'ait pas les moyens d'organiser le vote des détenus ”

Le bâtonnier de Paris, Olivier Cousi, commentant l'information selon laquelle les détenus ne pourront pas voter pour les prochaines élections municipales en raison de la complexité de l'organisation.

Le chiffre

241 900
C'était, au 1^{er} janvier 2019, le nombre de personnes prises en charge par l'administration pénitentiaire. Parmi elles, 66 % étaient suivies pour une mesure de milieu ouvert et 34 % étaient écrouées en milieu fermé (source : www.insee.fr, 27 févr. 2020).

L'indiscret

L'inspection générale de la justice devrait remettre à la ministre de la Justice son rapport sur l'évaluation de la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées, dans la semaine du 9 mars 2020.

Professions

Legaltech : l'échec d'Atrium est-il aussi celui d'un modèle ? ^{373f9}

Selon certains observateurs, la fin de l'aventure d'une legaltech américaine assez emblématique interroge quant à la place que doit occuper la technologie dans les services juridiques. Éclairage.

C'était une figure de la legaltech innovante et « disruptive ». Créée en 2017 aux États-Unis, Atrium avait l'ambition de révolutionner le marché des services juridiques destinés aux start-up en combinant le savoir-faire d'avocats expérimentés et des technologies avancées permettant notamment d'automatiser les processus de production. Le tout à des tarifs forfaitaires bien inférieurs à ceux du marché. 2 ans et demi plus tard, les dirigeants de ce cabinet d'avocats, qui comptait de nombreux ingénieurs et techniciens, viennent d'annoncer qu'ils jetaient l'éponge.

Renoncement et repositionnement. Après avoir englouti plus de 75 millions de dollars de capital-risque, les fondateurs et les investisseurs ont donc estimé que le modèle ne tiendrait pas ses promesses. La société a décidé d'abandonner l'essentiel de ses activités juridiques pour se concentrer sur d'autres services destinés aux patrons de start-up (conseil en levée de fonds, en communication, en recrutement...). Atrium a licencié une centaine de personnes dont la grande majorité de ses avocats, à qui la société a proposé de rejoindre son réseau de fournisseurs de services professionnels en tant que correspondants.

Les interactions humaines, au cœur de la prestation. Les déboires de cette legaltech ont alimenté de nombreux commentaires dans le landerneau juridique

aux États-Unis et au-delà. Car certains voient dans cet échec la remise en question d'un modèle et d'une « vision » des technologies appliquées aux services juridiques. Ainsi, selon Jaap Bosman, associé fondateur du cabinet de conseil TGO Consulting et auteur de l'ouvrage *Death of a Law Firm : Staying Strong in the Global Legal Market* (American Bar Association, 2017), la mésaventure d'Atrium est assez symptomatique : « La principale erreur que font les legaltechs est de négliger l'importance et le rôle de l'interaction humaine. Lorsque l'on sollicite un avocat, c'est pour parler de son problème avec un être humain, quelqu'un qui vous écoute et peut lire entre les lignes, exactement comme lorsque l'on consulte un médecin. » Et ce, y compris pour la rédaction d'un contrat standard. « Tout contrat présente des risques pour chaque partie, et chaque situation est particulière. L'avocat va identifier et évaluer ces risques en fonction de ce contexte spécifique et de l'appétence au risque de son client. Et au final, c'est toujours du sur-mesure. » Atrium proposait pourtant une mise en relation avec un avocat. « 15 minutes avec un avocat, ce n'est pas suffisant pour aller au fond d'une question juridique. Et surtout, pour gagner de l'argent avec les tarifs pratiqués, il faut qu'un maximum de personnes utilisent les services automatisés proposés par la plateforme. Le modèle économique n'est pas viable. »

La création n'est pas automatisable. Reste que l'échec du modèle adopté par une legaltech ne vient pas remettre en question l'apport des technologies aux services juridiques. Selon le consultant, « le processus de travail d'un avocat se compose de deux phases. La première, que j'appelle la création, implique des qualités liées à la personnalité, aux talents et à l'expérience de l'avocat : écoute, analyse, créativité, empathie, négociation, persuasion... Cette phase prend peu de temps et c'est là que réside la plus-value. Vient ensuite la phase de production, qui est très chronophage et apporte peu de plus-value. C'est là que les outils technologiques sont très intéressants pour accélérer

le travail. Pour illustrer son propos, le consultant cite une réplique attribuée à Picasso. Alors que le peintre était en train de déjeuner dans le quartier latin à Paris, une jeune femme lui demande s'il veut bien faire son portrait, ce qu'il accepte. Elle est ravie du dessin et veut savoir combien elle lui doit. Il lui demande alors une somme assez rondelette. La femme s'étonne et lui dit : « cela ne vous a pris que 30 secondes ! » Et Picasso de répondre : « non, cela m'a pris 30 ans ». Et Jaap Bosman de conclure : « on peut automatiser la production mais pas la création ».

Miren LARTIGUE

Les greffiers de tribunaux de commerce assujettis aux obligations anti-blanchiment ^{372y8}

Depuis la transposition en droit français de la 5^e directive relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (LBC-FT), les greffiers des tribunaux de commerce sont assujettis aux obligations de vigilance et de déclaration de soupçon. Une nouveauté qui, dans la pratique, n'en est pas vraiment une.

Si, jusqu'à présent, la profession de greffiers des tribunaux de commerce n'était pas visée par le dispositif français de lutte contre le blanchiment, « c'est parce que le dispositif mis en place ne concernait que les personnes qui manient des fonds », explique Sophie Jonval, présidente du Conseil national des greffiers de tribunaux de commerce. La récente transposition de la 5^e directive anti-blanchiment a fait évoluer les choses en introduisant deux nouvelles catégories d'assujettis aux obligations LBC-FT : les CARPA (Gaz. Pal. 25 févr. 2020, n° 372f1, p. 5) et les greffiers de tribunaux de commerce. Pour ces derniers, cette évolution législative vient avant tout officialiser une participation active à ce dispositif depuis plusieurs années.

De multiples contrôles. En charge de la tenue du registre du commerce et des sociétés et de celui des bénéficiaires effectifs, « nous sommes déjà très impliqués dans la détection et la déclaration de fraudes, poursuit Sophie Jonval. Nous effectuons de nombreux contrôles au cours desquels nous pouvons détecter des faux documents ou des comportements frauduleux, que nous sommes tenus de signaler au procureur de la République ». Ainsi en est-il des contrôles de l'authenticité des pièces, de la légalité des actes, de la régularité des déclarations et de leur cohérence au regard des autres informations dont disposent par ailleurs les greffiers...

Des partenariats avec Tracfin et l'AFA. « Tracfin puis l'Agence française anticorruption se sont rapprochés de nous pour obtenir des données pour leurs enquêtes », reprend-elle. Des données non pas individuelles mais

en masse, fournies aux deux entités dans le cadre de partenariats. « C'est en travaillant avec eux que nous nous sommes rendus compte que nous pouvions contribuer à la détection de fraudes qui entrent dans le périmètre du dispositif LBC-FT. » Création de sociétés qui sont des coquilles vides, d'un grand nombre d'entreprises simultanément et pour une durée limitée... : certaines pratiques susceptibles de dissimuler des fraudes d'ampleur sont aisément détectables par un professionnel averti. Tous les greffiers de tribunaux de commerce sont ainsi inscrits sur Ermes, la plateforme de téléprocédures de Tracfin qui permet de transmettre les déclarations de soupçon, et un délégué à la lutte contre la fraude a été nommé en 2019.

Officialiser une pratique de fait. L'entrée officielle de la profession dans le dispositif français de lutte contre le blanchiment n'est donc pas une surprise – « nous étions volontaires », précise la présidente du CNGTC – et ne va pas bouleverser l'activité et les pratiques des greffes des tribunaux de commerce dans la mesure où « cela vient officialiser une pratique de fait ». Ceci dit, comme « nous ne sommes plus sur la base du volontariat mais dans un cadre légal, il va nous falloir formaliser les process » et « mettre en place une autorité de contrôle et de sanction des manquements aux obligations de vigilance et de déclaration de soupçon ». La loi a confié cette dernière mission au Conseil national des greffiers de tribunaux de commerce, qui s'apprête à créer une commission dédiée.

Miren LARTIGUE

Tribunal judiciaire : les greffiers en surchauffe ^{373d2}

Réformes successives, manque de moyens, conditions de travail dégradées et temps de travail à rallonge : dans les tribunaux, les greffiers n'en peuvent plus et tiennent à le faire savoir. Le 4 mars 2020, plusieurs dizaines d'entre eux se sont mis en grève au tribunal judiciaire de Bobigny et ont manifesté sur le parvis du bâtiment, soutenus par des avocats et des magistrats. Les greffiers exigent le respect de leurs horaires de travail, la compensation de toutes les heures travaillées, un renforcement des effectifs, et l'augmentation significative de leur traitement par une hausse du point d'indice. « Les textes européens et français sont pourtant clairs : il est interdit de travailler plus de 10 heures par jour, sur une amplitude maximale de 12 heures ! Dans un certain nombre de services (JLD, correctionnel, instruction...), c'est pourtant quasiment la règle... », dénonce la CGT des chancelleries et services judiciaires dans son communiqué du 2 mars, évaluant le nombre d'heures écrêtées sur la juridiction de Bobigny au travail de quatre fonctionnaires. « C'est dire les économies que la justice fait sur notre dos ! »

12 289 heures. La situation à Bobigny est loin d'être isolée. Par exemple, à la cour d'appel de Riom, « ce sont 35 fonctionnaires qui manquent » selon un communiqué de l'intersyndicale locale des magistrats, avocats et greffiers, daté du 3 mars dernier. À Marseille, ce chiffre est évalué à 70 selon les fonctionnaires du tribunal judiciaire dans leur communiqué du 20 janvier 2020. « Depuis plus d'1 an les greffes ont dû effectuer 2 500 heures supplémentaires, soit 41 % de plus qu'en 2018 », détaillent les syndicats marseillais. « Les astreintes, c'est-à-dire le travail le week-end et les jours fériés, ont également augmenté de 19 % en 1 an et ont représenté 7 589 heures en 2019. Pire, certains fonctionnaires ont travaillé gratuitement sans être rémunérés pour tenter de maintenir à flot la juridiction et ce sont 2 200 heures qui ont été effectuées bénévolement sur cette période. Au total, les fonctionnaires ont effectué 12 289 heures en plus de leur journée quotidienne de travail ».

Charte des temps. À noter qu'à la suite de la réforme de la justice et de la fusion des greffes en première instance, de nouvelles chartes des temps sont en cours de négociation au sein des juridictions. Elles doivent être établies et soumises aux comités techniques déconcentrés avant le 30 juin 2020 (DSJ, note n° SJ-19-331-RHG2/19/09/19, 19 sept. 2019). Mais elles ne régleront ni la question des heures supplémentaires qui s'accumulent, notamment depuis le début de la grève des avocats, ni celles du manque d'effectifs.

Laurence GARNIERE

Avocats aux conseils : nouvelle consultation de l'ADLC ^{376a8}

Conformément à l'article L. 462-4-2 du Code de commerce, l'Autorité de la concurrence (ADLC) a lancé une consultation publique en vue de préparer un nouvel avis relatif à la liberté d'installation des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation. Cette consultation marque le début des travaux de révision des recommandations pour la période 2020-2022. Les acteurs concernés sont invités à formuler des observations sur plusieurs enjeux : le retour d'expérience des avocats aux conseils nouvellement installés ; l'impact des installations sur les différentes parties concernées (professionnels en place, clientèle des offices, juridictions) ; la procédure de nomination dans les offices créés ; et l'accès des femmes et des jeunes diplômés à la profession. Pour rappel, le dernier avis de l'Autorité relatif aux avocats aux conseils a été publié en novembre 2018 et a abouti à l'augmentation du nombre d'offices de 64 à 68 (Gaz. Pal. 6 nov. 2018, n° 334q3, p. 9).

Institutions

Cour criminelle : deux départements rejoignent l'expérimentation ^{373f1}

Ce sont désormais neuf départements qui testent la cour criminelle. Par arrêté du 2 mars 2020, l'Hérault et les Pyrénées-Atlantiques sont en effet venus s'ajouter aux sept départements qui participent, depuis le 13 mai 2019, à l'expérimentation de cette juridiction à mi-chemin entre le tribunal correctionnel et la cour d'assises : les Ardennes, le Calvados, le Cher, la Moselle, La Réunion, la Seine-Maritime et les Yvelines. La liste pourrait encore s'allonger puisque l'article 63-III de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice prévoit que 10 départements maximum peuvent y participer. Pour rappel, destinée à lutter contre la correctionnalisation de certains crimes, dont les viols, et à en accélérer le jugement, la cour criminelle, composée de 5 magistrats professionnels, juge en premier ressort, à la place de la cour d'assises, les personnes majeures accusées d'un crime puni de 15 ans ou de 20 ans de réclusion, lorsqu'il n'est pas commis en état de récidive légale.

A., 2 mars 2020, portant extension de l'expérimentation de la cour criminelle, NOR: JUSD2003332A : JO, 4 mars 2020

AVOCATS

« Nous subissons le discours dogmatique du gouvernement alors que nous demandons des solutions pragmatiques » 373g0

Entretien avec Christiane Féral-Schuhl, présidente du Conseil national des barreaux



Alors que la profession d'avocat est mobilisée contre la réforme des retraites depuis plus de 2 mois, la ministre de la Justice, Nicole Belloubet, a confié à l'ancien garde des Sceaux Dominique Perben une mission sur l'avenir de la profession d'avocat, son équilibre économique et ses conditions d'exercice. Présentée comme une main tendue aux avocats, cette mission pourrait pourtant ne pas suffire à mettre un terme à la crise entre la Chancellerie et la profession. Explications avec la présidente du Conseil national des barreaux, Christiane Féral-Schuhl.

Gazette du Palais : La mobilisation des avocats contre la réforme des retraites dure depuis 10 semaines. Va-t-elle se poursuivre ?

Christiane Féral-Schuhl : Oui. La mobilisation doit continuer. Mais aujourd'hui, les barreaux changent de modes d'actions car il ne faut mettre en difficulté ni les justiciables, ni les avocats. Je trouve incroyablement sympathique le relais visant à apporter les cahiers de doléances des barreaux à la Chancellerie. La course a débuté le 26 février et se terminera le 11 mars à Paris ; je participerai au dernier kilomètre ! Depuis le début du mouvement, la mobilisation est multiforme. Les avocats ont su faire preuve de créativité et d'inventivité, et ils ont permis à la profession d'être présente dans les médias et d'être systématiquement citée sur le sujet des retraites. Cette mobilisation a créé une unité et une solidarité qu'il n'y avait pas avant, et restauré le sentiment de fierté d'appartenance à la profession d'avocat.

Gaz. Pal. : Cette mobilisation a aussi renforcé la représentativité du CNB, alors qu'avant votre élection, la gouvernance de la profession et son unité étaient remises en cause...

C. Féral-Schuhl : Plus personne ne confond CNB et CNBF, c'est déjà une bonne chose ! Dans ce mouvement, le CNB a joué son rôle et a fédéré l'ensemble des institutions, le barreau de Paris et la Conférence des bâtonniers ; c'est une démarche collective. L'assemblée générale du CNB rassemble syndicats et ordres. Nous sommes la seule institution professionnelle qui est composée de cette façon et je constate que cet équilibre est le bon. Souvent, un avocat qui a un investissement ordinal a derrière lui un parcours syndical, à quelques exceptions près dont je fais partie. C'est un investissement dans l'intérêt

collectif que l'on retrouve au sein de l'institution. Bien sûr, il y a des discussions parfois animées, mais l'ambiance, le travail et les débats sont de qualité.

Gaz. Pal. : Le projet de loi portant réforme des retraites et le projet de loi organique relatif au système universel de retraites ont passé le cap de l'Assemblée nationale sans que vous ayez été entendus. Espérez-vous un meilleur accueil au Sénat ?

C. Féral-Schuhl : J'ai rencontré de nombreux sénateurs qui sont favorables à nos propositions car ils mesurent l'insécurité du dispositif sur le plan juridique comme sur le plan financier. Mais ensuite, le texte retournera devant l'Assemblée nationale où il devrait malheureusement revenir à son état initial. Après, il y aura les ordonnances. Nous savons que c'est le plus dangereux, nous l'avons vécu avec la loi de programmation et de réforme pour la justice. En outre, elles vont être prises sur une longue période. Le sujet ne va pas être clos sous cette mandature.

Gaz. Pal. : Qu'en est-il de votre travail sur le terrain constitutionnel ?

C. Féral-Schuhl : Nous travaillons sur les arguments qu'il faudra développer lors du recours des parlementaires devant le Conseil constitutionnel. Il y a trois éléments en matière constitutionnelle : la rupture d'égalité liée à des conditions différenciées dans un régime dit « universel » ; l'inintelligibilité de la loi – d'ailleurs, nous n'avons toujours pas les projections que nous avons demandées sur 6 cas type – ; enfin, l'atteinte à nos réserves en nous contraignant à les utiliser pour entrer dans le régime universel, une « indemnisation » en quelque sorte financée par les avocats. Nous nous battons sur le terrain juridique, nous le devons aux avocats.

Gaz. Pal. : Le sujet de la réforme des retraites occulte-t-il celui des États généraux pour la profession d'avocat qui était l'un des grands axes de votre mandat ? Allez-vous parvenir à en discuter au sein de l'assemblée générale selon le calendrier prévu ?

C. Féral-Schuhl : Oui, je tiens absolument à ce que toutes les propositions aient fait l'objet d'un vote avant le mois de juillet. Il faut que ça avance, je m'y suis engagée. Lors de la prochaine assemblée générale, qui aura lieu à Clermont-Ferrand les 13 et 14 mars 2020, plusieurs points porteront sur des propositions des États généraux relatifs à la formation des élèves-avocats, à la force exécutoire de l'acte d'avocat et aux décisions de taxation des bâtonniers, et à la définition de la consultation juridique.

Gaz. Pal. : Le 28 février dernier, Nicole Belloubet a justement annoncé la mise en place d'une mission sur l'équilibre économique des cabinets d'avocat, confiée à l'ancien garde des Sceaux, Dominique Perben, aujourd'hui avocat (v. encadré). Elle sera amenée à étudier certains de ces sujets. Qu'en pensez-vous ?

C. Féral-Schuhl : Lors de notre réunion du 28 février dernier, la ministre de la Justice nous a en effet informés de sa décision de créer cette mission. Cela me fait penser à *Babar* : quand les rhinocéros attaquent, les éléphants se réunissent ! Nous n'avons pas besoin de commission et nous le lui avons dit. Ce sont des sujets sur lesquels nous tournons en boucle depuis des années. J'ai peur que cela revienne à les enterrer. Le problème est que la ministre choisit ses interlocuteurs avocats, en essayant de contourner systématiquement les représentants de la profession. Cela a été le cas pour les chantiers de la justice, pour la commission *Nallet* sur la réforme des pourvois en cassation, pour la commission *Perben*... *Idem* sur la formation des avocats. La formation fait partie des missions du CNB définies par la loi. Nous avons nous-mêmes une commission qui a émis de nombreuses propositions afin de rendre l'enseignement plus pratique, qui ont été votées en assemblée générale. En juillet, le ministère n'avait plus qu'à signer et nous apprenons en novembre la création d'une nouvelle mission ! Ce n'est pas un problème de personnes, c'est dérangeant dans la méthode. Le ministère pense que comme il n'y arrive pas avec nous, il lui faut trouver un acteur différencié. Mais c'est une erreur d'approche et une défiance à l'égard de notre profession.

Gaz. Pal. : Sur l'aide juridictionnelle, la garde des Sceaux a annoncé une hausse significative. Avez-vous des précisions ?

C. Féral-Schuhl : La ministre nous a parlé d'un chiffre qu'elle n'a pas souhaité rendre public. Les avocats attendent un geste fort. Beaucoup de ceux qui

manifestent aujourd'hui et qui vont être impactés par la réforme des retraites travaillent à l'AJ. Or, pour le temps passé et leur investissement, leur rémunération est parfois indécente ! Petit à petit, ces avocats-là vont arrêter. Quand on compare le budget de l'AJ en France avec celui des autres pays européens, on se dit qu'il y a encore de la marge. Il faudrait doubler le montant de l'AJ et doubler le montant des UV.

Gaz. Pal. : Dans la loi de finances pour 2020, il est prévu de mettre en place des structures dédiées à l'AJ d'ici la fin de l'année. Comment cela pourrait-il être perçu ?

C. Féral-Schuhl : Mal. Nous avons prévenu qu'il ne fallait pas imposer ces structures. Il y a tant d'autres sujets consensuels en attente. Pourquoi leur préférer toujours les sujets qui fâchent ? *Idem* pour l'avocat en entreprise qui est un chiffon rouge dans le climat actuel.

“ Nous n'avons pas besoin de commission pour dire ce que nous souhaitons ”

Gaz. Pal. : Le fait que la Chancellerie accepte, dans le cadre de la mission *Perben*, de reparler de la TVA sur les honoraires d'avocat et de la force exécutoire de l'acte d'avocat que la profession réclame depuis longtemps, n'est-il par une bonne nouvelle ?

C. Féral-Schuhl : Si. Mais là encore, nous n'avons pas besoin de commission pour dire ce que nous souhaitons. Une fenêtre a été ouverte par la Commission européenne sur la fixation du taux de TVA et le gouvernement aurait déjà pu demander à Bruxelles d'inclure dans l'annexe III de la directive TVA les prestations rendues par les avocats aux particuliers. Concernant la force exécutoire, précisons que nous ne la demandons pas pour l'avocat, mais pour l'acte d'avocat et notamment dans deux cas : lors du divorce par consentement mutuel, où deux avocats sont là pour garantir la légalité de la convention et où le délai des formalités effectuées par le notaire peut se révéler contraire à l'esprit de la réforme d'accélérer la procédure, et lors des médiations. La médiation est en train de perdre son âme, et donner la force exécutoire aux décisions sans passer par le juge permettrait de lui redonner un sens.

Gaz. Pal. : La Chancellerie et les avocats vont-ils se réconcilier autour de cette mission ?

C. Féral-Schuhl : Pour l'instant, je ne vois pas trop sur quoi nous pourrions nous réconcilier. On nous fait entrer au forceps dans le régime universel en finançant nous-mêmes notre entrée, avec nos réserves,

leurs intérêts, la contribution équivalente aux droits de plaidoirie... La profession attendait un geste fort de la part de la garde des Sceaux, comme ont pu le faire Christophe Castaner avec les policiers ou Jean-Michel Blanquer avec les professeurs. Cela n'a pas été fait et n'a pas été compris. Avant cela, il y avait eu l'entrée en vigueur de la loi de programmation et de réforme pour la justice qui avait déjà crispé nos relations. Cela a été une erreur stratégique de refuser de reporter l'entrée en vigueur du décret relatif à la procédure civile. Le ressenti que nous avons est que nous subissons le discours dogmatique du gouvernement alors que nous demandons des solutions pragmatiques.

Gaz. Pal. : Vous allez participer à la Journée nationale pour la justice le 12 mai prochain avec les syndicats de magistrats et de fonctionnaires de greffe. D'où vient cette initiative ?

C. Féral-Schuhl : Elle vient des magistrats et des greffiers. Nous sommes heureux d'y participer. C'est la réponse spontanée à ce qui a été vécu comme une

tentative de division des acteurs de la justice de la part du ministère. La grève des avocats a permis de mettre en lumière les dysfonctionnements et la situation de déliquescence de la justice. Cela va nous permettre de faire remonter les réalités du terrain et non pas de subir les choix d'experts missionnés par le ministère.

Composition de la commission *Perben*

La mission sur l'avenir de la profession d'avocat, son équilibre économique et ses conditions d'exercice confiée à Dominique Perben a été installée le 9 mars 2020. L'ancien garde des Sceaux, aujourd'hui avocat, sera assisté d'un groupe de travail composé de Naïma Moutchou, députée, Philippe Bonnacarrère, sénateur, Christine Maugué, conseillère d'État, Isabelle Gorce, présidente du tribunal judiciaire de Marseille, Dominique de la Garanderie, avocate, Jean-Michel Darrois, avocat, Thierry Wickers, avocat, et Christophe Jamin, professeur. Les premières propositions de la mission sont attendues d'ici la fin du mois d'avril.

Propos recueillis par Laurence Garnerie

NOUVEAU

Actu-Juridique.fr

Le droit en clair et en direct.

Chaque jour, pour vous, professionnel du droit ou du chiffre, Actu Juridique sélectionne et décrypte l'information essentielle à votre pratique.

100 % EN LIGNE & GRATUIT

ÉCONOMIE D'ENTREPRISE • DROIT SOCIAL • DROIT CIVIL • AFFAIRES • DROIT ADMINISTRATIF • PROFESSIONS • DROITS EUROPÉEN ET INTERNATIONAL • DROIT CONSTITUTIONNEL • CULTURE • ACTUALITÉ RÉGIONALE

Actu Juridique, UN SAVOIR-FAIRE DE **Lextenso**

SUIVEZ-NOTRE ACTUALITÉ SUR @actujuridique.fr @ActuJuridiqueFR

AVOCATS

« La place de l'entreprise dans le droit de la concurrence n'est plus simplement celle du contrevenant sanctionné » » 373c7

Entretien avec Marc Ringlé, avocat au barreau Marseille, président de l'association Droit & commerce



Marc Ringlé

L'association Droit & commerce tiendra son 45^e colloque annuel à Deauville le 27 mars 2020 sur le thème : « La concurrence dans tous ses états ». Son tout nouveau président, Marc Ringlé, avocat au barreau de Marseille, revient sur l'ADN de l'association et sur les raisons qui ont présidé au choix du sujet de ce colloque.

Gazette du Palais : Pouvez-vous nous rappeler les origines de la création de l'association Droit & commerce ?

Marc Ringlé : L'association Droit & commerce, née de l'idée selon laquelle la pratique du droit est indissociable de la vie économique, a été créée le 12 avril 1975 dans la perspective de réunir les professionnels du droit des affaires, afin, comme le précisent ses statuts, « ... de faciliter l'étude des lois, des règlements et de la jurisprudence concernant l'entreprise, le commerce et l'industrie... » et de permettre aux professionnels du droit des affaires, en favorisant leur spécialisation, de rendre un meilleur service aux utilisateurs de ce droit. Elle fêtera donc cette année ses 45 ans et sa contribution au droit des affaires, célébrée en 2015, dans une contribution du professeur Jacques Mestre, à l'occasion de son 40^e anniversaire, ne s'est pas démentie. Elle réunit aujourd'hui, sous la direction Gachucha Courrégé, avocate au barreau de Paris, plus de 400 membres issus d'horizons divers, tous intéressés à un titre ou un autre au droit des affaires au sens large, qu'ils soient universitaires, magistrats professionnels ou juges consulaires, chefs d'entreprise, juristes, ou bien encore praticiens, avocats, administrateurs, mandataires, experts-comptables, commissaires aux comptes, experts de justice, etc.

Gaz. Pal. : En quoi consistent ses travaux ?

M. Ringlé : Ses travaux consistent notamment dans l'étude, l'analyse et la vulgarisation des textes légaux et réglementaires, de la jurisprudence, et des pratiques et techniques juridiques, touchant à la vie des affaires. Pour ce faire, elle organise en particulier, de façon régulière des conférences, sur des sujets tels que : « Les nouveaux défis des banques face à la concurrence », « Le fiduciaire de droits sociaux », « Justice consulaire et numérique », « Le droit à l'épreuve de l'intelligence

économique » ; « Les chausse-trapes de la location financière » en 2020, « Les chambres commerciales internationales », etc. Elle organise également des conférences « décentralisées ». Ainsi en 2018 à Lille, « Regards franco-belges sur la prévention des difficultés des entreprises » ; en 2019 à Aix en Provence, « La protection du secret des affaires », et prochainement en septembre 2020 à Bordeaux, « L'efficacité des procédures amiables de traitement des difficultés des entreprises ». Elle intervient aussi à l'étranger dans le cadre d'études, de coopérations et d'échanges en vue de la promotion du droit français des affaires. Enfin, elle organise tous les ans à Deauville un colloque qui constitue un moment fort de la vie de l'association et du droit des affaires et rassemble de nombreux participants sur des thèmes d'actualité, avec la présence régulière de grands témoins et pour ne citer que le dernier en date, Rodolphe Saade, président de CMA-CGM à l'occasion du colloque 2019 portant sur la « réactivité et l'adaptation en droit des affaires » [les actes de ce colloque ont été publiés dans le numéro spécial de la *Gazette du Palais* du 19 juin 2019, NDLR].

Gaz. Pal. : Droit & commerce décerne également un prix...

M. Ringlé : Elle attribue tous les 3 ans un prix consacrant un premier ouvrage juridique de langue française, constituant un travail de recherche sur la nature et le développement des liens juridiques nouveaux, nés des mutations du système de production et de distribution des biens et des services, de nature à permettre aux professionnels du droit des affaires de rendre un meilleur service aux utilisateurs de ce droit. Cette année, le prix a été attribué à deux lauréats *ex aequo* : Armel Le Ruyet, pour sa thèse portant sur « L'agrément en droit des sociétés : contribution à une simplification du droit » et Jean-Victor Maublanc, pour

sa thèse « Le marché des autorisations administratives à objet économique », qui constituent des travaux à ce point remarquables qu'il a été impossible de les départer.

“ Pour nous, praticiens du droit des affaires, la concurrence est un phénomène qui rythme de façon traditionnelle la vie des affaires ”

Gaz. Pal. : Le thème retenu cette année pour le colloque de Deauville est « La concurrence dans tous ses états ». Pourquoi ce choix ?

M. Ringle : D'une façon tout aussi simple qu'évidente : pour nous, praticiens du droit des affaires, la concurrence est un phénomène qui marque et, je dirais même, qui rythme de façon traditionnelle la vie des affaires. C'est une notion et un phénomène naturel auxquels sont confrontés tous les acteurs économiques. Mais du fait même de cette importance vitale, un « droit » de la concurrence est apparu de façon interne, internationale et européenne, pour réguler la concurrence, et éradiquer les pratiques visant à fausser une saine concurrence. De la sorte, « la concurrence », comprise comme le droit de la concurrence, est devenue une matière qui imprègne aussi et de plus en plus, non seulement la vie des commerçants mais également celle des praticiens du droit des affaires.

Gaz. Pal. : Vous soulignez dans la présentation que le droit de la concurrence, rénové en 2000 était arrivé à maturité quand de récents bouleversements ont tout compliqué. Quels sont les principaux facteurs de changement ?

M. Ringle : Comme le souligne notre document de présentation, le droit français de la concurrence, naturellement et profondément marqué par l'influence européenne, s'est ouvert dans les années 2000 à l'analyse économique. Le changement est aussi celui des mentalités. Aujourd'hui la place de « l'entreprise », dans le droit de la concurrence, n'est plus simplement celle du contrevenant sanctionné. C'est aussi celle de « l'entreprise acteur » (parfois même voulue comme une entreprise citoyenne), poussée à l'initiative et

à l'autoévaluation, « force de proposition devant l'Autorité de la concurrence et gendarme en son propre sein », conduite à la réflexion stratégique, qu'elle soit contrevenante ou victime. Et puis le changement est aussi celui de la mondialisation qui bouleverse les données.

Gaz. Pal. : À votre avis quels sont les défis que va devoir relever l'Autorité de la concurrence pour s'adapter à ses évolutions ?

M. Ringle : Les défis ne sont pas seulement ceux de l'Autorité de la concurrence, ils sont avant tout ceux du droit de la concurrence qu'elle applique et de la parfaite adaptation de celui-ci aux questions posées par la mondialisation, par le gigantisme de l'économie numérique et de ses algorithmes et par la croissance exponentielle des GAFA, qui place le pouvoir financier de ceux-ci au rang, et même parfois largement au-delà, de celui des États. Encore une fois, comme le souligne le propos introductif du programme de notre colloque, le droit de la concurrence, matière devenue aujourd'hui tentaculaire et incontournable dans la vie quotidienne des affaires, se trouve bousculé par les nouvelles données que je viens de citer. Il est ainsi contraint de s'adapter, pour répondre au mieux, à la fois, aux préoccupations particulières des PME, à la préservation du marché du travail, du secteur de la santé, aux besoins de la commande publique, mais également, de façon concrète, à la nécessité de ne pas pénaliser les entreprises françaises lorsqu'elles cherchent à s'organiser pour faire face aux contraintes de la mondialisation.

Gaz. Pal. : Pensez-vous qu'on lui demande trop ?

M. Ringle : Qu'on lui demande beaucoup, c'est certain et c'est logique compte tenu de la hauteur des objectifs qui lui sont assignés. Qu'on lui en demande trop, c'est sans doute une des réponses qu'il faudra venir chercher lors de notre colloque, qui bénéficiera, sous la direction scientifique d'Emmanuelle Claudel, professeur à Paris II, de la participation de spécialistes éminents de la matière, universitaires, chercheurs, praticiens, ou hauts magistrats, réunis pour faire le point sur ce que nous avons choisi de décrire comme une concurrence « dans tous ses états ».

Propos recueillis par Olivia Dufour

PERSONNES / FAMILLE

Pour la non-levée de l'anonymat des donneurs 372z2

L'essentiel

L'anonymat des donneurs suscite diverses polémiques et le projet de loi de bioéthique se prononce en faveur de la levée de ce dernier. Face à l'intérêt de l'enfant, à celui des parents légaux mais aussi du géniteur, il revient au législateur de trouver l'équilibre lié à cette question relevant de la bioéthique.

Libres propos par
Dimitra TSIAGLAGKANOU
Chargée d'enseignement,
chercheuse post
doctorante à l'université
d'Athènes, docteur
en droit, ancienne ATER
à l'université Paris 1 -
Panthéon-Sorbonne

Le projet de loi relatif à la bioéthique ⁽¹⁾ entend modifier de manière non négligeable la solution existant aujourd'hui ⁽²⁾, en optant pour la levée de l'anonymat des donneurs. Selon ce texte, tout enfant aura accès à l'identité du donneur, sans que celui-ci puisse s'y

opposer. Le débat n'est pas nouveau : cette proposition avait déjà été soumise lors de la réforme précédente de 2011 ⁽³⁾, mais elle n'avait pas été retenue. Une telle solution semble être inspirée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et par les tendances législatives d'autres pays ⁽⁴⁾. De plus, les enfants issus d'un don, âgés d'une trentaine d'années, ont commencé à revendiquer l'accès à leurs origines. La levée de l'anonymat se présente sous le voile du progrès et de la transparence, à savoir une technique avancée de procréation assortie d'une information renforcée.

La loi à venir doit résoudre le conflit existant entre les intérêts de l'enfant (I) et ceux des récepteurs et du donneur (II). Ajoutons également l'intérêt général et social de la réponse, puisque toute famille s'intégrant dans la société interagit avec les autres familles, et que l'enfant est destiné à faire partie d'un groupe social.

I. L'INTÉRÊT DE L'ENFANT À LA LEVÉE DE L'ANONYMAT DES DONNEURS

Le constat est celui d'une mobilisation de nombreux enfants qui demandent à accéder à leurs origines. Leur souffrance de vivre dans l'ombre d'un inconnu (A) et leur droit à la vérité sont leurs principaux arguments (B). Les enfants concernés se comparent aux personnes non conçues par assistance médicale à la procréation pour relever les inégalités et les discriminations faites à leur égard. Nous sommes alors amenés à nous interroger sur la pertinence de leurs positions et à nous prononcer sur cette réforme très attendue.

A. Une apparente souffrance des enfants

Ces enfants en quête identitaire ont parfois appris tardivement leur mode de conception, certains parents préférant d'ailleurs ne pas révéler la vérité. La question est posée de savoir si ce sentiment de souffrance justifie une prise de

position du législateur en leur faveur. La mise en œuvre d'une technique afin de mettre au monde un enfant ne doit pas desservir l'épanouissement de ce dernier. Les parents, engagés dans les premières années de la vie de leur enfant, doivent savoir que ce dernier, à l'âge de la majorité, volera de ses propres ailes. Cette quête d'autonomie est la raison pour laquelle un « droit à l'enfant » reconnu aux couples souhaitant devenir parents doit être rejeté ⁽⁵⁾. Nous mettons en avant une nécessaire « personification » de l'assistance médicale à la procréation : si les parents prennent l'initiative de procréer un enfant, ce dernier est un sujet et non un objet ⁽⁶⁾.

Reste à savoir quel est l'intérêt de ce dernier. Les différents travaux préparatoires des lois de bioéthique précédemment adoptées font référence à « la crainte d'une confusion entre filiation biologique et filiation par le droit et l'éducation » ⁽⁷⁾ ou encore à « une névrose de choix d'identité, l'enfant étant écartelé entre un père biologique et un père social » ⁽⁸⁾. Dès lors, l'argument retenu par le législateur est celui d'une complexification, sinon d'une confusion, de la situation familiale de l'enfant. Dans le cadre d'une levée de l'anonymat telle qu'envisagée par la réforme, l'enfant pourrait obtenir certains renseignements, identifiants ou non, sur son géniteur. La difficulté résulte de ce que, si l'enfant issu choisit effectivement de pouvoir identifier son géniteur, nul « droit à une rencontre » n'est prévu, ni dans le dispositif actuel, ni dans le projet de loi, ce qui n'est pas de nature à favoriser son épanouissement.

De son côté, le donneur-géniteur pourrait désormais, grâce aux données identifiantes, accepter de rencontrer l'enfant issu de son don. Cette personne reste toutefois inconnue juridiquement. La loi interdit en effet toute contestation de filiation en cas d'assistance médicale à la procréation ainsi que l'établissement d'une filiation avec le donneur ⁽⁹⁾. De son côté, l'enfant devenu majeur pourrait faire la connaissance de son géniteur. Il n'est pas certain que cette relation extra-juridique soit bénéfique à l'enfant, que le géniteur ne souhaite, par exemple, plus revoir l'enfant par la suite ou cherche au contraire à développer davantage de liens, au mépris de la famille ayant fait appel à la technique d'assistance médicale à la procréation. Le

(1) AN, proj. L. n° 2187, adopté le 15 oct. 2019, relatif à la bioéthique, art. 3.

(2) C. civ., art. 16-8 ; CSP art. L. 1211-5 et CSP art. L. 1244-7.

(3) L. n° 2011-814, 7 juill. 2011.

(4) Suède, Pays-Bas, Angleterre, Autriche, Suisse, Allemagne.

(5) Murat P., « Procréation assistée et "droits de l'enfant" », RDSS 1991, p. 387.

(6) Nicolas-Maguin M.-F., « L'enfant et les sortilèges : réflexions à propos du sort que réservent les lois sur la bioéthique au droit de connaître ses origines », D. 1995, p. 75.

(7) Rapp. n° 388 de Milon M. au Sénat, 30 mars 2011, p. 71.

(8) Rapp. n° 2871 de Bioulac M. B. à l'Assemblée nationale, 30 juin 1992, p. 15 et 16.

(9) C. civ., art. 311-19, al. 1.

risque serait en outre que, dans un avenir proche, l'enfant issu d'un don se tourne contre son géniteur afin de solliciter des *subsides* ou des droits successoraux.

Au regard de ce qui précède, le risque engendré est celui d'une confusion de la situation de l'enfant issu d'un don. Supposons qu'un enfant soit issu d'une gestation pour autrui, encore interdite⁽¹⁰⁾ mais pratiquée à l'étranger : cet enfant peut avoir une génitrice, une gestatrice, une mère d'intention, un père d'intention et un donneur. Nous ne pensons pas que la connaissance de toutes ces personnes par un enfant contribue positivement à son développement. Des demandes d'accès à l'identité du donneur ou à des données non identifiantes peuvent être formulées, de même que les femmes seules ou les couples de femmes peuvent souhaiter avoir accès à l'assistance médicale à la procréation ; pour autant, le seul désarroi de certains n'impose pas au législateur l'acceptation de leur demande⁽¹¹⁾. Le tribunal administratif de Montreuil a ainsi pu refuser de réparer le dommage prétendu par les demandeurs en raison d'une crise identitaire attestée par un certificat médical⁽¹²⁾.

C'est exactement la limite que cherche à poser la bioéthique au progrès atteint par la technique en privilégiant l'intérêt de l'enfant. Aurions-nous choisi de naître dans telle ou telle famille, orphelins par nature ? Dans l'un des cas, lorsque la femme seule ou deux femmes souhaiteraient avoir un enfant, nous privons l'enfant de son père, dans l'autre, nous ajoutons au père un géniteur, lequel pourrait avoir ou non, selon sa seule volonté, une présence dans la vie de l'enfant. Or l'étendue de cette présence reste à découvrir avec ses effets tout à fait incertains.

B. Le droit d'avoir accès à ses origines

L'accès aux origines est l'argument juridique mobilisé par les enfants issus d'un don, comme c'était d'ailleurs le cas pour les enfants accouchés sous X. Ces derniers se sont vu reconnaître, en 2002, le droit d'avoir accès à des données non identifiantes et identifiantes, à condition que la femme ait fourni ces informations lors de l'accouchement et y consente au moment de la demande réalisée par l'enfant⁽¹³⁾. Cependant, les deux situations ne sont pas comparables. En cas d'accouchement sous X, la femme ne souhaite pas garder l'enfant et la loi lui permet de l'abandonner au lieu de mettre fin à la gestation par le biais d'une interruption volontaire de grossesse ou d'accoucher dans des conditions qui mettent en risque sa santé et celle de l'enfant. Ce dernier prend connaissance inévitablement de cet événement. L'accouchement sous X est autorisé dans peu de pays (Italie, Luxembourg et République Tchèque⁽¹⁴⁾). La Cour européenne des droits de l'Homme a admis un droit d'avoir accès à ses origines pour l'enfant accouché sous X et a condamné le dispositif

italien qui prévoyait d'une manière absolue la non-disponibilité des informations relatives à la femme ayant mis l'enfant au monde⁽¹⁵⁾. En France, le législateur a dû choisir le moindre mal, admettant de protéger l'enfant en souffrance. La loi du 22 janvier 2002⁽¹⁶⁾ ne remet pas en cause le principe de l'accouchement anonyme mais permet d'organiser la réversibilité du secret de l'identité sous réserve de l'accord exprès de la mère et de l'enfant. Ainsi, l'accès à des informations identifiantes ou non prévues par le droit français a été considéré, par la Cour européenne, comme suffisant⁽¹⁷⁾. Dans le cas de l'assistance médicale à la procréation, il n'existe aucune absence dans la famille créée – qui se compose de deux parents et de l'enfant – que le géniteur doit combler en dehors d'une curiosité n'ayant aucune conséquence juridique⁽¹⁸⁾. L'on pourrait alors concevoir qu'il faille se contenter de l'accès à des données non identifiantes.

Dans la même ligne, les juges européens se sont prononcés, à plusieurs reprises, en faveur d'un droit à connaître ses origines, à travers notamment l'arrêt *Gaskin*⁽¹⁹⁾, dont la solution a été confirmée dans un certain nombre d'affaires⁽²⁰⁾. Cependant, dans les affaires dont la Cour a été saisie – à l'exception de celles concernant l'accouchement sous X⁽²¹⁾ –, le requérant souhaitait éclaircir sa filiation lors de l'ouverture de la procédure devant les juridictions internes⁽²²⁾. Le droit d'avoir accès à ses origines relève, selon la Cour, de l'article 8 de la convention européenne consacrant le droit au respect de la vie privée. Il ne se confond pas avec le droit à la vie familiale, puisque, à aucun moment, un échange entre le géniteur et l'enfant n'a eu lieu. Ce droit n'est alors qu'une découverte de la Cour de Strasbourg – démontrant le caractère arbitraire de son pouvoir⁽²³⁾ –, reconnu aujourd'hui dans plusieurs pays. En raison de l'absence de consensus entre États, la Cour accorde à ces derniers une large marge d'appréciation lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates⁽²⁴⁾. C'est d'ailleurs ce que les juges européens ont déjà admis à propos de l'anonymat du donneur⁽²⁵⁾. La question relève de la bioéthique, et les réponses données par les États sont variées.

Un argument en faveur du droit de l'accès aux origines est en outre tiré de la convention internationale des droits de

(10) C. civ., art. 16-7.

(11) Libchaber R., « L'ouverture de l'assistance médicale à la procréation à toutes les femmes », D. 2018, p. 1875.

(12) TA Montreuil, 14 juin 2012, n° 1009924 : RTD civ. 2012, p. 520, obs Hauser J. ; D. 2012, p. 1618, obs. Mirkovic A. – CAA Versailles, 2 juill. 2013, n° 12VE02857 ; CE, avis, 13 juin 2013, n° 362981 ; CE, 12 nov. 2015, n° 372121 : RTD civ. 2016, p. 334, obs. Hauser J.

(13) L. n° 2002-93, 22 janv. 2002.

(14) En Allemagne, depuis le 1^{er} mai 2014, l'accouchement sous X est autorisé, mais le nom de la mère sera révélé à l'enfant quand ce dernier aura 16 ans.

(15) CEDH, 25 sept. 2012, n° 33783/09, *Godelli c/ Italie*, § 46.

(16) L. n° 2002-93, 22 janv. 2002.

(17) CEDH, 13 févr. 2003, n° 42326/98, *Odièvre c/ France*.

(18) RTD civ. 2016, p. 334, note Hauser J.

(19) CEDH, 7 juill. 1989, *Gaskin c/ Royaume-Uni*, série A, n° 160, p. 16.

(20) Par ex. CEDH, 14 janv. 2016, n° 30955/12, *Mandet c/ France* ; CEDH, 25 juin 2015, n° 22037/13, *Cannone c/ France*.

(21) Notons que, dans l'arrêt *Odièvre*, la requérante cherchait à entrer en contact avec sa fratrie naturelle.

(22) CEDH, 14 janv. 2016, n° 30955/12, *Mandet c/ France* ; CEDH, 25 juin 2015, n° 22037/13, *Cannone c/ France* ; CEDH, 7 févr. 2002, n° 53176/99, *Mikulic c/ Croatie* ; CEDH, 16 juin 2011, n° 19535/08, *Pascaud c/ France* ; CEDH, 13 juill. 2006, n° 58757/00, *Jaggi c/ Suisse*. L'arrêt *Gaskin* concernait l'accès au dossier personnel établi sur un enfant pris en charge et cette question est différente de celle de connaître l'identité des parents biologiques.

(23) Dr. famille 2003, comm. 58, Murat P. ; JCP G 2003, I 120, note Malaurie P. (24) CEDH, 3 nov. 2011, n° 57813/0, S. H. et a. c/ Autriche, § 94 ; CEDH, 7 mars 2006, n° 6339/05, *Evans c/ Royaume-Uni*, § 77. Rapp. Malaurie P. in JCP G 2003, I 120, selon lequel, en vertu du principe de la subsidiarité, les questions très débattues, liées à la culture de chaque État, ne devraient pas relever de la Cour de Strasbourg.

(25) CEDH, 22 avr. 1997, n° 21830/93, X, Y et Z c/ Royaume-Uni, § 44.

l'enfant. Selon l'article 7, l'enfant a le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux, « dans la mesure du possible », nous dit toutefois le texte. Rien n'indique par ailleurs si les « parents » visent les géniteurs et/ou les parents légaux. Le droit d'être élevé par eux pourrait nous convaincre que ces derniers ne sont pas forcément les géniteurs.

En France, la reconnaissance de ce droit est délicate. Une possession d'état conforme au titre depuis 5 ans ne permet pas la recherche de la vérité biologique^[26]. De même, la prescription prévue en matière de filiation prohibe l'exercice d'une action en recherche ou en contestation de paternité ou de maternité après un certain délai^[27]. Le Conseil constitutionnel a, en outre, refusé de considérer l'accès aux origines comme un principe absolu qui s'impose aux géniteurs^[28].

Par ailleurs, des incertitudes demeurent quant aux informations devant être considérées comme les « origines » d'un individu. L'on se demande en effet en quoi la profession déclarée par le donneur, la motivation du don et ses caractéristiques^[29] font partie de ce qui constitue son identité. Les seules informations pertinentes sont celles relatives à sa santé, et notamment en cas de maladies héréditaires. La loi autorise déjà l'accès à ces renseignements par l'intermédiaire d'un médecin s'ils sont nécessaires dans le cas d'une intervention médicale^[30]. Le Conseil d'État a eu l'occasion de préciser que le risque de consanguinité entre dans cette prévision. Nous nous plaçons en faveur d'un droit de l'enfant à accéder à ces informations médicales directement et à tout moment – même en l'absence d'une nécessité thérapeutique –, sans avoir besoin du concours d'un médecin. Une obligation à la charge du donneur de mettre à jour ces informations lorsqu'il en prend connaissance serait utile.

Même si l'intérêt de l'enfant prime, l'examen des intérêts des autres personnes impliquées à l'assistance médicale à la procréation n'est pas moins intéressant.

II. L'INTÉRÊT À LA NON-LEVÉE DE L'ANONYMAT DES DONNEURS

Face à l'enfant pouvant demander la levée de l'anonymat, les parents légaux ayant désiré cet enfant peuvent souhaiter éviter la présence d'une personne tierce dans leur vie de famille [A]. Quant aux géniteurs eux-mêmes, l'altruisme de leur démarche leur confère un statut de simple « donneur » [B].

A. L'intérêt des parents légaux

La réception de sperme par un homme tiers ou, plus rarement, le don d'ovocyte par une femme tierce, n'ont été choisis qu'après une longue période d'essais et de traitements médicaux et hormonaux ou, du moins, afin d'éviter la transmission des maladies d'une certaine gravité. Certes, les parents, et le plus souvent le père, se sont réconciliés avec la réalité, à savoir leur infertilité.

Toutefois, la loi ne leur oblige pas à révéler à l'enfant son mode de conception.

Tant qu'ils choisissent de ne pas en parler à leur enfant, ce dernier risque d'être informé par un tiers, ou même par une personne de la famille au sens large, notamment après la séparation de ses parents. Une proposition a été émise selon laquelle les enfants pourraient s'informer sur l'assistance médicale à la procréation par la consultation de l'intégrité de leur acte de naissance^[31]. Cependant, le projet de loi prévoit qu'une « déclaration commune anticipée de filiation » est exigée uniquement pour les couples de femmes et les femmes non mariées^[32], puisque, dans ces deux cas, les enfants prennent inévitablement connaissance de l'intervention d'un donneur.

“ L'anonymat garantit la gratuité du don et contribue à éviter les trafics d'enfants ”

Il reste à voir quelle peut être la réaction des parents. Tant que le don demeure anonyme, la vie de la famille est protégée, sans que des personnes tierces non liées à elle puissent intervenir. Il s'agit d'un problème de santé et la famille doit pouvoir développer des mécanismes pour surpasser les difficultés se présentant en son sein en atteignant un équilibre pour tous ses membres. L'intérêt de l'enfant n'implique pas seulement l'amour et le respect de ses parents envers lui, mais aussi son respect à l'égard de son père, lequel pourrait se sentir blessé par les démarches entreprises auprès du donneur. Par ailleurs, le père « de cœur » et non biologique ne pouvant refuser son aide dans la quête d'identité de son enfant, l'argument selon lequel les parents légaux consentent à cette démarche^[33] n'est qu'un stratagème.

Enfin, rappelons que l'anonymat garantit également la gratuité du don et contribue à éviter les trafics d'enfants. De même, l'anonymat empêche le risque qu'un donneur revienne vers le couple ultérieurement en présentant des demandes diverses, comme une récompense pour l'aide qu'il lui a apportée.

B. L'intérêt des donneurs

L'on peut raisonnablement penser que les géniteurs procédant à un don ne souhaitent pas établir une relation avec les enfants en résultant. Ils ont construit leur propre vie, ont peut-être une famille et des enfants. L'on se souvient d'une affaire médiatisée^[34], dans laquelle un enfant, après avoir identifié son géniteur grâce à un test ADN interdit en France^[35], avait laissé une lettre à un voisin de son géniteur, lui demandant de la lui remettre à un moment où

[26] C. civ., art. 333.

[27] C. civ., art. 321 et C. civ., art. 334.

[28] Cons. const., 16 mai 2012, n° 2012-248 QPC.

[29] AN, proj. L. n° 2187, 15 oct. 2019, relatif à la bioéthique, art. 3.

[30] C. civ., art. 16-8, al. 2 ; CSP, art. L. 1244-6 et CSP, art. R. 1244-5, dernier al.

[31] Théry I. et Leroyer A.-M., *Filiation, origines, parentalité. Le droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, 2014, Paris, Odile Jacob, spéc. p. 64 et s.

[32] AN, proj. L. n° 2187, 15 oct. 2019, relatif à la bioéthique, art. 4.

[33] TA Montreuil, 14 juin 2012, n° 1009924 : Roussel S. et Nicolas C., « Ni vu ni connu : l'anonymat du don de gamètes à l'épreuve du contrôle de conventionnalité », AJDA 2018, p. 497.

[34] « Comment Arthur Kermalvezen, né d'un don de gamètes anonyme, a retrouvé son géniteur », www.lemonde.fr, <https://lex.so/RmHEZ1>.

[35] C. pén., art. 226-28-1.

ce dernier serait seul. Le géniteur – âgé de 74 ans – avait contacté l'enfant le jour de Noël. Une rencontre avait alors été programmée, la famille du géniteur ignorant tout du don et de cette communication. Ce dernier avait réalisé ce don, selon ses dires, lorsqu'il était marié à sa première épouse avec qui il n'avait pas eu d'enfant pendant 7 ans. Il avait compris la difficulté et la tristesse des couples confrontés à l'infertilité et avait souhaité leur apporter de l'aide. Il reconnaissait alors avoir été touché par la démarche de l'enfant : il s'agissait d'aider, non plus les parents, mais bien l'enfant lui-même.

L'aisance de cet individu à appréhender ces questions et le recul dont il a fait preuve ne correspondent pas forcément à la majorité des cas, certains donateurs souhaitant préserver leur vie privée et familiale que l'article 8 de la convention européenne entend protéger. D'autres fois, la rencontre entre l'enfant et le donneur peut susciter chez ce dernier un intérêt naturel grandissant pour l'enfant. S'immisçant dans une autre vie, il peut alors se voir chargé d'affaires qui ne lui sont pas propres et dont le législateur

n'a pas voulu l'investir. On pourrait même supposer que certains géniteurs soient tristes d'apprendre que leur don a été utilisé par des couples de femmes ou par des femmes seules, comme prévu par le projet de loi ^[36].

L'intérêt social, enfin, de la réponse du législateur à la question de la levée ou non de l'anonymat ne doit pas être éclipsé. L'enfant en quête identitaire communiquera vraisemblablement ses préoccupations et incitera également d'autres enfants issus d'une assistance médicale à la procréation à procéder à des démarches similaires, comme cela semble être déjà le cas. Tant que cette possibilité sera prévue par la loi, il est peu probable qu'un enfant ne fasse pas cette demande. Le risque est alors, au nom de l'appréhension de la détresse des enfants, de généraliser les situations confuses, impliquant plusieurs personnes aux rôles indéfinis.

(36) AN, proj. L. n° 2187, 15 oct. 2019, relatif à la bioéthique, art. 1.

DIVORCE / SÉPARATION DE CORPS

Déjudiciarisation du divorce et de la séparation de corps :
une réforme inachevée 372x7

L'essentiel

La déjudiciarisation du divorce et de la séparation de corps est le fruit de réflexions tendant à réformer la justice. Elle a donc été pensée davantage comme un outil permettant d'atteindre les objectifs d'allègement, de simplification, de modernisation de la justice impartis aux lois du 18 novembre 2016 et du 23 mars 2019 que comme un moyen de réformer le droit de la famille. Cette démarche a conduit le législateur à ne pas tirer toutes les conséquences de la déjudiciarisation qu'il a instituée en ces deux domaines. Il en résulte un sentiment de travail non achevé car, d'une part, sa réforme est incomplète et parce que, d'autre part, elle a été faite *a minima*.



Étude par
Solange MIRABAIL
Maître de conférences
(HDR), directrice du
Master 2 Droit des
personnes et de la
famille, université
Toulouse 1 Capitole,
EA 1920

Depuis quelques années, le législateur ne se contente plus d'interventions circonscrites à un domaine particulier. Il entreprend des réformes de grande envergure balayant plusieurs champs disciplinaires. Les lois du 18 novembre 2016 et du 23 mars 2019 réformant la justice ⁽¹⁾ illustrent parfaitement cette tendance puisqu'elles ont entraîné des modifications de dispositions relevant de matières très diversifiées et indépendantes les unes des autres. Afin d'atteindre les objectifs de simplification et

d'allègement de la justice qui leur avaient été assignés, le législateur a eu recours au procédé de la déjudiciarisation. C'est ainsi qu'il a, par la loi précitée de 2016, institué un divorce sans juge. En effet, depuis le 1^{er} janvier 2017, hormis l'hypothèse où un enfant mineur demande à être entendu par le juge ⁽²⁾, il suffit pour divorcer par consentement mutuel d'un acte sous signature privée contresigné par avocats et déposé au rang des minutes d'un notaire ⁽³⁾. Le législateur a, en 2019, transposé ce dispositif dans le cadre de la séparation de corps qui, jusque-là, était demeurée judiciaire.

Ce phénomène de déjudiciarisation, qui ne se limite pas en matière familiale au domaine, ici retenu du divorce et de la séparation de corps, puisqu'il concerne aussi les régimes matrimoniaux ⁽⁴⁾, a eu des conséquences non

seulement sur le droit processuel mais également sur le droit substantiel.

Il a fortement contribué à une transformation du mariage en renforçant sa nature contractuelle au détriment de son caractère institutionnel. Si cette évolution a pu être relevée s'agissant du divorce par consentement mutuel, elle est passée relativement inaperçue en ce qui concerne la séparation de corps alors que son impact sur le mariage est encore plus grand. La déjudiciarisation de la séparation de corps par consentement mutuel permet à deux époux de se défaire quasiment par le seul effet de leur simple volonté d'une obligation d'ordre public, la communauté de vie, tout en continuant d'être soumis à la plupart des règles relatives au mariage et, par là même, de bénéficier de certains de ses avantages ⁽⁵⁾. Sans doute cette incidence n'a guère été dénoncée car les cas de séparations de corps sont assez rares.

Mais, plus généralement, il est permis de penser, que toutes les modifications de fond consécutives à ces réformes de la justice ne sont pas très visibles car elles sont intervenues dans des lois qui n'avaient pas pour objet principal le droit de la famille. On peut regretter cette opacité tenant à la méthode adoptée.

Au-delà de ce regret, il convient surtout de dénoncer l'imperfection du dispositif légal qui est, elle aussi, le fruit de la démarche législative ayant consisté à appréhender la déjudiciarisation davantage comme un outil de simplification de la justice en général que comme un moyen de réformer le droit de la famille. Une telle méthode a conduit le législateur à ne pas tirer toutes les conséquences de la déjudiciarisation qu'il a effectuée. Il en résulte une impression de travail inachevé, et donc imparfait, parce que sa réforme est à la fois incomplète et semble avoir été faite *a minima*.

(1) L. n° 2016-1547, 18 nov. 2016, de modernisation de la justice du XXI^e siècle ; L. n° 2019-222, 23 mars 2019, de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

(2) C. civ., art. 229-2.

(3) C. civ., art. 229-1.

(4) Il concerne plus précisément le changement conventionnel de régime matrimonial.

(5) V. Mirabail S., « Réforme de la justice et séparation de corps : entre cohérence et incohérence », *Gaz. Pal.* 24 sept. 2019, n° 359p1, p. 17 et s.

I. UNE RÉFORME INCOMPLÈTE

En s'engageant dans des réformes transversales, le législateur a inévitablement accru le risque d'omettre de modifier certaines dispositions affectées indirectement par la déjudiciarisation.

L'article 313 du Code civil constitue l'illustration parfaite de la réalité de ce risque. Il vise deux hypothèses d'exclusion de la présomption de paternité, celle où l'acte de naissance de l'enfant ne désigne pas le mari en qualité de père et celle de l'enfant conçu pendant une période de séparation légale. Il est, en effet, permis de penser que c'est parce que cet article s'inscrit dans le cadre de la filiation, et non pas dans celui du divorce et de la séparation de corps, que le législateur a pu oublier que sa rédaction devait être modifiée.

En 2016, il l'a totalement exclu de son champ d'intervention. Il n'y a apporté aucune modification alors qu'une adaptation de ce texte était nécessaire pour prendre en compte la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel dans le cas de l'enfant conçu pendant une période de séparation légale. L'article 313 précité, dans sa rédaction actuelle, ne fait nullement référence au divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats et déposé au rang des minutes d'un notaire. Il se contente d'indiquer que la présomption de paternité est écartée « en cas de demande en divorce ou en séparation de corps, lorsque l'enfant est né plus de trois cents jours après la date soit de l'homologation de la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce ou des mesures provisoires prises en application de l'article 250-2, soit de l'ordonnance de non-conciliation, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande et de la réconciliation ».

Cette lacune a été comblée par la loi du 23 mars 2019, qui ne sera effective sur ce point qu'à partir du 1^{er} septembre 2020.

Il n'en demeure pas moins que la rédaction de l'article 313 du Code civil sera encore imparfaite car le législateur de 2019 a certes *a posteriori* adapté ce texte à la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel issue de la loi 18 novembre 2016 mais il a omis de l'adapter à celle qu'il a opérée en matière de séparation de corps. En effet, l'article précité, dans sa rédaction à venir, prévoit que la présomption de paternité est exclue « lorsque l'enfant est né plus de trois cents jours après l'introduction de la demande en divorce ou en séparation de corps ou après le dépôt au rang des minutes d'un notaire de la convention réglant l'ensemble des conséquences du divorce, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou la réconciliation ». Force est de constater qu'il ne vise pas la nouvelle séparation de corps par consentement mutuel soumise aux mêmes formes que le divorce par consentement mutuel, alors que, par ailleurs, il a été adapté aux modifications apportées par la loi du 23 mars 2019 à la procédure de divorce et plus précisément à la suppression de la tentative de conciliation.

On ne peut qu'espérer que le législateur prenne conscience de son omission afin d'y remédier. Il lui suffirait d'ajouter « et de la séparation de corps » après les termes « conséquences du divorce » utilisés dans l'article 313 du Code civil.

La méthode législative adoptée dans le cadre de ces réformes de la justice suscite un sentiment de travail inachevé puisque la loi contient une lacune. Elle conduit à éprouver le même sentiment, en dehors de toute lacune, c'est-à-dire même quand il n'a pas oublié d'adapter les textes à la déjudiciarisation du divorce et de la séparation de corps. Il est, en effet, permis de penser qu'il s'est contenté d'une réforme *a minima*.

II. UNE RÉFORME A MINIMA

La séparation de corps a toujours été perçue comme indissociable du divorce. Cette indissociabilité apparaît notamment dans la faculté reconnue par la loi de la convertir en divorce. Ici, c'est la conversion de la séparation de corps en divorce par consentement mutuel qui suscite quelques observations conduisant à s'interroger sur la pertinence du dispositif légal.

**“ Il est permis de s'interroger
sur la pertinence de l'ensemble
de la réglementation de la séparation
de corps, qui est étroitement associée
à celle du divorce ”**

Si l'on se situe exclusivement sous l'empire de la loi du 16 novembre 2016, c'est-à-dire en amont de l'entrée en vigueur de certaines dispositions de la loi du 23 mars 2019, le recours au juge n'était, en principe, plus requis pour divorcer par consentement mutuel. En revanche, il le demeurerait pour obtenir une séparation de corps intentée sur le même fondement. Dans un tel système, il paraissait *a priori* logique que la conversion en divorce de toute séparation de corps, y compris par consentement mutuel, soit judiciaire ; le parallélisme des formes étant ainsi respecté. Dans l'hypothèse du consentement mutuel, un allègement de la procédure était prévu. Le juge pouvait, en effet, ne pas entendre les époux et se borner à examiner avec leur avocat la convention réglant les conséquences du divorce et en l'absence de difficulté, il homologuait la convention et prononçait le divorce^[6].

Ce dispositif légal n'était cependant pas pleinement satisfaisant car il conduisait à une situation paradoxale. Hormis le cas où l'enfant mineur demandait à être entendu, il était plus simple d'intenter un divorce par consentement mutuel que d'aboutir à ce divorce par la voie de la conversion de la séparation de corps.

La loi du 23 mars 2019 a supprimé cette distorsion entre les réglementations du divorce et de la séparation de corps en alignant les règles régissant cette dernière sur celles du divorce. Les textes réglementaires intervenus par la suite, et tout particulièrement le décret du 17 décembre 2019^[7] ont, semble-t-il, remédié à l'anomalie précédemment dénoncée. Selon l'article 1131 du Code de procédure civile « hors le cas où la séparation de corps a été prononcée par consentement mutuel, la demande

(6) V. CPC, art. 1132.

(7) D. n° 2019-1380, 17 déc. 2019, relatif à la procédure applicable aux divorces contentieux et à la séparation de corps ou au divorce sans intervention judiciaire.

en conversion est formée, instruite et jugée selon la procédure écrite, ordinaire ». L'article 1132 du même code apporte une précision intéressante concernant le cas de la séparation de corps par consentement mutuel. Ainsi, dispose-t-il : « En cas de séparation de corps par consentement mutuel, et lorsqu'un mineur demande son audition par le juge, la requête aux fins de conversion en divorce par consentement mutuel fondée sur l'article 230 du Code civil contient à peine d'irrecevabilité les mentions requises par l'article 1090, l'indication de la décision qui a prononcé la séparation de corps, et est accompagnée d'une convention sur les conséquences du divorce. Sous la même sanction, la requête et la convention sont datées et signées par chacun des époux et leur avocat ». Subsiste, dans cette hypothèse, la possibilité pour le juge de ne pas entendre les époux.

Le Code de procédure civile visant uniquement la conversion judiciaire de la séparation de corps par consentement mutuel prononcée par le juge, il semble que la conversion d'une séparation de corps par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats et déposé au rang des minutes d'un notaire soit déjudiciarisée. Elle devrait logiquement s'opérer selon le même procédé que la séparation de corps, ce que le Code civil omet de préciser. Si tel est le cas, on peut s'interroger sur l'utilité d'une telle conversion puisque le divorce par consentement mutuel, indépendamment d'une séparation de corps est soumis aux mêmes exigences. Le seul intérêt ici de la conversion serait de faciliter l'élaboration de la convention, étant donné que certains points auraient déjà fait l'objet d'un accord dans la convention de séparation de corps.

Or, au-delà du cadre précis de la séparation de corps par consentement mutuel, il est permis de s'interroger sur le bien-fondé de la conversion de la séparation de corps en divorce et, plus largement, sur la pertinence de l'ensemble de la réglementation de la séparation de corps, qui est étroitement associée à celle du divorce.

Ce lien entre les deux découle des rôles jadis attribués à la séparation de corps qui étaient liés au divorce. Issue du droit canonique, elle a été présentée comme le moyen de

respecter l'indissolubilité du mariage et fut qualifiée de « divorce des catholiques ». Elle s'est éloignée de son rôle initial lorsque la loi a consacré sa conversion de plein droit en divorce. Elle est alors apparue comme l'antichambre du divorce. Cette thèse est, elle-même, dépassée puisqu'il existe un véritable droit au divorce ⁽⁸⁾. Aujourd'hui, elle apparaît davantage comme un mode de conjugalité à part entière, susceptible d'être choisi indépendamment de toute idée de divorce. Alors que son lien avec le divorce s'est distendu, le législateur continue de la réformer sous le prisme du divorce, sans réfléchir à sa propre évolution. Cette méthode l'a ici conduit à opérer en ce domaine une réforme *a minima* alors qu'une réflexion en profondeur sur la séparation de corps paraît nécessaire ⁽⁹⁾. On ne peut que regretter qu'il n'ait pas saisi l'occasion pour le faire et qu'espérer qu'il prenne un jour le temps d'entreprendre cette réflexion. Une telle réforme supposerait un changement de méthode.

On ne peut que souhaiter, plus généralement, que le législateur prenne conscience des insuffisances de la loi en raison de la démarche qu'il a adoptée ici et qu'il affecte particulièrement depuis plusieurs années. Cela devrait le conduire à circonscrire davantage ces champs d'intervention, ce qui ne l'empêcherait pas d'édicter des lois innovantes, empreintes de modernisme. Il suffit, pour s'en convaincre de se référer au passé et de citer, par exemple, les lois du 13 juillet 1965 ⁽¹⁰⁾, du 3 janvier 1972 ⁽¹¹⁾ et du 11 juillet 1975 ⁽¹²⁾, qui ont opéré non pas de simples évolutions mais de véritables révolutions dans les domaines des régimes matrimoniaux, de la filiation et du divorce.

(8) Ce droit a été consacré par la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce.

(9) Mirabail S., « Repenser ou supprimer la séparation de corps », JCP G 2018, 1429, étude 843.

(10) L. n° 65-570, 13 juill. 1965, portant réforme des régimes matrimoniaux.

(11) L. n° 72-3, 3 janv. 1972, sur la filiation.

(12) L. n° 75-617, 11 juill. 1975, portant réforme du divorce.

DROIT PÉNITENTIAIRE

La surpopulation carcérale généralisée dans le collimateur de la Cour européenne des droits de l'Homme ^{372y9}

L'essentiel

Après deux mises en garde se succédant à 2 années d'intervalle, la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) sanctionne 5 ans plus tard la France pour une double violation conventionnelle. Elle condamne, pour la troisième fois, un État de l'Europe de l'Ouest dont le système génère une surpopulation carcérale structurelle en lui enjoignant d'y mettre fin et d'organiser un recours préventif garantissant aux personnes détenues la cessation des atteintes à la dignité humaine.

CEDH, 5^e sect., 30 janv. 2020, n° 9671/15, J.M.B et a. c/ France, M^{me} Nußberger, prés.

Note par
Éric SENNA
Magistrat en
détachement, maître de
conférences associé à
la faculté de droit et de
sciences politiques de
Montpellier

À l'origine de cette décision se trouvent plusieurs requêtes dirigées contre la République française, présentées par 32 personnes qui se plaignaient des conditions dans lesquelles elles étaient détenues entre le 20 fé-

vrier 2015 et le 20 novembre 2017 dans 3 établissements pénitentiaires ultramarins ⁽¹⁾ et 3 établissements métropolitains ⁽²⁾ en proie à un surpeuplement carcéral de nature structurelle. Statuant par un seul et même arrêt, sur toutes ces requêtes jointes, la CEDH vient de rendre une décision retentissante à maints égards ⁽³⁾, décrivant de manière détaillée une situation d'ensemble peu flatteuse d'un univers carcéral dégradé et qui renvoie une image quelque peu ternie du pays de la déclaration des droits de l'Homme. Cette décision apparaît riche d'enseignements à plus d'un titre. La CEDH fait le constat d'une double violation en prenant soin de veiller à assurer l'exécution par la France de mesures propres à faire cesser ces atteintes (I). À l'instar de plusieurs États épinglés dans les mêmes termes, elle rappelle l'importance de la prévention et les recommandations convergentes des organes national et européen de contrôle de la détention (II), lesquelles pourraient inspirer les axes majeurs d'un plan d'action (III).

I. LE CONSTAT D'UNE DOUBLE VIOLATION CONVENTIONNELLE

Tout d'abord, le premier marqueur est financier, la CEDH alloue à l'ensemble des requérants une indemnisation dont le montant varie selon leur durée de détention s'échelonnant entre 4 000 et 25 000 €, soit une moyenne de 15 500 €, bien au-delà des montants habituellement alloués par les juridictions administratives saisies de recours compensatoires et correspondant au double de la

moyenne des indemnisations qui avaient été accordées en 2013 dans l'arrêt pilote commun à 7 personnes détenues dans 2 prisons italiennes surpeuplées ⁽⁴⁾.

Ensuite, malgré les nombreux rapports consacrés à cette question depuis plus d'1 décennie ⁽⁵⁾ et nonobstant les plans successifs des autorités françaises en vue de remédier au problème aigu de la surpopulation carcérale et à ses multiples conséquences négatives sur les conditions de détention ⁽⁶⁾, la CEDH est amenée à faire le constat d'une double violation, celle de l'article 3 de la Convention EDH interdisant les traitements inhumains et dégradants et celle de l'article 13 de la Convention EDH consacrant le droit au recours effectif, ce en l'absence de tout recours préventif efficace propre à faire cesser les atteintes à la dignité humaine en captivité.

Cette décision était aussi très attendue pour un autre motif car les requérants et les parties intervenantes ⁽⁷⁾ étaient ici à l'unisson pour mettre en relief le caractère systémique des atteintes dénoncées et pour souligner en corollaire qu'un arrêt pilote s'imposait en pareille situation. La CEDH s'y est déjà résolue par le passé, d'abord pour plusieurs États de l'Europe de l'Est ⁽⁸⁾, puis pour l'Italie ⁽⁹⁾.

Sans aller jusque-là, les juges européens pointent néanmoins le caractère structurel du taux d'occupation des prisons concernées qui sans être inférieur à 150 % peut dépasser 200 % et recommande à la France, au visa de

(1) Centres pénitentiaires de Ducos en Martinique, de Baie-Mahault en Guadeloupe et de Faa'a Nuutania en Polynésie.

(2) Maisons d'arrêt de Nîmes, Nice et Fresnes.

(3) Renucci J. F., Surpopulation carcérale : une condamnation retentissante, étude, BICR n° 111 ; Pastor J.-M., « Prisons indignes et référés inefficaces : la France sommée de revoir ses règles », AJDA 2020, p. 263.

(4) CEDH, 2^e sect., 8 janv. 2013, n° 43517/09 et s., Torreggiani et a. c/ Italie : Senna É., « Le manque durable d'espace vital en cellule est un traitement inhumain et dégradant », Gaz. Pal. 12 mars 2013, n° 121j0.

(5) Lecerf J.-R., Livre blanc sur l'immobilier pénitentiaire, avr. 2017 ; Groupes de travail sur la détention, Repenser la prison pour mieux réinsérer, rapp. AN n° 808, mars 2018, Commission des lois ; CESE, « La réinsertion des personnes détenues : l'affaire de tous et toutes », avis n° 28, 26 nov. 2019.

(6) V. « Plan immobilier pénitentiaire 15 000 places », 18 oct. 2018, Ministère de la Justice, annonçant 7 000 nouvelles places livrées jusqu'en 2022 et 8 000 places lancées d'ici 2022 et livrées jusqu'en 2027.

(7) CGLPL, CNCDH DDD, Association A3D associée au SAE, au CNB et aux barreaux de Paris, Marseille et Rennes.

(8) CEDH, 5^e sect., 10 janv. 2012, n° 60800/08, Anayev et a. c/ Fédération de Russie ; CEDH, 4^e sect., 27 janv. n° 36925/10, Neshkov et a. c/ Bulgarie ; CEDH, 4^e sect., 25 avr. 2017, n° 10865/09, Rezmives et a. c/ Roumanie.

(9) CEDH, 2^e sect., 8 janv. 2013, n° 43517/09 et s., Torreggiani et a. c/ Italie : Senna É., « Le manque durable d'espace vital en cellule est un traitement inhumain et dégradant », Gaz. Pal. 12 mars 2013, n° 121j0.

l'article 46 de la Convention EDH, d'adopter des mesures générales visant trois objectifs :

- supprimer le surpeuplement,
- améliorer les conditions de détention,
- établir un recours préventif.

Ils usent d'un procédé intermédiaire sous forme d'un arrêt pouvant être qualifié de quasi-pilote, formule à laquelle la CEDH a déjà eu recours pour sanctionner des violations de même nature commises dans un contexte similaire mais sans énoncer précisément la nature des mesures que l'État doit mettre en œuvre pour faire cesser les violations ⁽¹⁰⁾.

Contrairement à ce qu'elle avait pu faire pour l'Italie et plus récemment pour la Roumanie, la CEDH n'a pas sur-sis à statuer sur les autres requêtes déposées pour les mêmes motifs, autant dire qu'elle considère que les autorités françaises disposent des moyens suffisants pour adopter et faire exécuter sans trop de délais, un plan d'action qui devra se révéler efficace.

En effet, voilà déjà 16 ans qu'un arrêt de la CEDH a sanctionné pour la première fois la France pour la vétusté et l'insalubrité de l'ancienne maison d'arrêt de Nancy sur le fondement de l'article 3 Convention EDH ⁽¹¹⁾.

Cette fois-ci, faisant application des principes dégagés en 2016 dans l'arrêt *Mursic* ⁽¹²⁾, la CEDH met en œuvre son approche différenciée pour constater, d'une part, que l'espace vital disponible en cellule collective occupé par les requérants était inférieur à 3 m², ce qui emporte une forte présomption de violation à défaut d'établir le contraire par d'autres aspects des conditions de détention, et, d'autre part, que lorsque cet espace se situe entre 3 m² et 4 m², les possibilités restreintes de sortie de cellule et d'accès aux activités dont ils disposaient et le manque d'aération ou l'absence de cloisonnement des toilettes, se cumulent avec la réduction de leur espace vital, ceci pour aboutir en conséquence à un double constat de violation de l'article 3 précité.

II. L'IMPORTANCE DE LA PRÉVENTION ET LES RECOMMANDATIONS DES ORGANES DE CONTRÔLE

La CEDH tranche aussi la question controversée de l'utilité des procédures disponibles devant le juge administratif du référé-liberté et du référé mesures utiles ⁽¹³⁾, qui était contestée par les requérants, lesquels soutenaient qu'ils ne pouvaient être tenus d'épuiser ce recours interne dès lors qu'en pratique, l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'État en a affaibli peu à peu l'efficacité. Il est vrai que la haute juridiction, statuant comme juridiction d'appel, au fur et à mesure qu'elle précisait les conditions de ces référés utilisés en matière pénitentiaire, a limité sérieusement le périmètre de l'action juridictionnelle au point que les mesures ponctuelles prescrites par le juge administratif pour mettre fin aux atteintes aux libertés

fondamentales qu'il constatait, ont pu paraître accessoires au regard des conséquences préjudiciables générées par la surpopulation carcérale ⁽¹⁴⁾.

Aussi, le critère de l'effectivité des recours préventifs à la lumière de la jurisprudence de la CEDH a conduit les requérants et l'ensemble des tiers intervenants à s'interroger sur les limites atteintes par ces « référés-pénitentiaires ».

Après avoir analysé l'ensemble des décisions du juge administratif relatives à ces prisons, et, plus particulièrement, celles rendues en appel en 2015 pour la maison d'arrêt de Nîmes ⁽¹⁵⁾, puis en 2017 pour la maison d'arrêt des hommes de Fresnes ⁽¹⁶⁾, la CEDH leur donne raison en relevant que le pouvoir d'injonction du juge a en pratique une portée assez limitée, et qu'il ne parvient pas à mettre fin à des atteintes graves à la dignité en prison. En outre, l'exécution des mesures qu'il ordonne apparaît problématique.

À cet égard, il faut relever que nombre de maisons d'arrêt connaissent des difficultés similaires, et que, d'ailleurs, plusieurs d'entre elles, ont été visées par des recommandations prises en urgence ⁽¹⁷⁾ par le contrôleur général des lieux de privation de liberté ⁽¹⁸⁾. La triste prison du Camp-Est à Nouméa, unique lieu de détention calédonien, a même écopé, à 8 ans d'intervalle, de 2 recommandations de ce type faisant le constat d'une situation restée très préoccupante ⁽¹⁹⁾. L'incapacité des autorités locales et nationales à mettre en œuvre des mesures efficaces et durables, respectueuses de la dignité humaine, a ainsi été mise en lumière, et ce malgré une autre condamnation de la France par la CEDH pour défaut de recours préventif disponible ⁽²⁰⁾.

Les juges européens prennent soin aussi de rappeler que lors de sa visite périodique en France dont le rapport a été publié ⁽²¹⁾, le Comité européen de prévention de la torture (CPT) avait aussi épinglé la France pour des conditions de détention tout à fait anormales en recommandant aux autorités « de prendre, sans délai, les mesures nécessaires dans les maisons d'arrêt de Fresnes, de Nîmes et de Villepinte afin que le seuil de deux détenus par cellule ne soit en aucun cas franchi dans les cellules mesurant 8/9

(10) CEDH, 2^e sect., 25 nov. 2014, n° 64682/12, Vasilescu c/ Belgique.

(11) CEDH, 25 avr. 2013, n° 40119/09, Canali c/ France : D. 2013, p. 1138, obs. Lena M. ; AJ pénal 2013, p. 403, note Céré J.-P.

(12) CEDH, gde ch., 20 oct. 2016, n° 7334/13, Mursic c/ Croatie : Robert A.-G., « Conséquences du manque flagrant d'espace personnel », AJ pénal 2017, p. 47.

(13) CJA, art. L. 521-1 à CJA, art. L. 521-3 et CJA, art. L. 911-4.

(14) CE, 10^e-9^e ch. réunies, 28 juill. 2017, n° 410677, OIP : Senna É., « Le référé-liberté dans le domaine pénitentiaire : un pas en avant, un pas en arrière », Gaz. Pal. 17 oct. 2017, n° 304h1, p. 26.

(15) CE, 30 juill. 2015, n° 392043, OIP-SF, ordre des avocats au barreau de Nîmes : AJDA 2015, p. 1567.

(16) CE, 10^e-9^e ch. réunies, 28 juill. 2017, n° 410677, OIP : Senna É., « Le référé-liberté dans le domaine pénitentiaire : un pas en avant, un pas en arrière », Gaz. Pal. 17 oct. 2017, n° 304h1, p. 26.

(17) V. L. n° 2007-1547, 30 oct. 2007, art. 9, al. 2, en cas de constat de violation grave des droits fondamentaux, sur cette procédure, v. aussi. Rép. pén. Dalloz, Le CGLPL, p. 173, Senna É.

(18) CGLPL, recomm. en urgence, 12 nov. 2012, relatives au centre pénitentiaire des Baumettes à Marseille : JO, 6 déc. 2012 – CGLPL, recomm. en urgence, 13 avr. 2015, relatives à la maison d'arrêt de Strasbourg : JO, 13 mai 2015 – CGLPL, recomm. en urgence, 18 nov. 2016, relatives à la maison d'arrêt des hommes du centre pénitentiaire de Fresnes (Val-de-Marne) : JO, 14 déc. 2016.

(19) CGLPL, recomm. en urgence, 30 nov. 2011, relatives au centre pénitentiaire de Nouméa (Nouvelle-Calédonie) : JO, 6 déc. 2011 et CGLPL, recomm. en urgence, 19 nov. 2019, relatives au centre pénitentiaire de Nouméa (Nouvelle-Calédonie) : JO, 18 déc. 2019.

(20) CEDH, 21 mai 2015, n° 50494/12, Yengo c/ France : AJDA 2015, p. 1289, trib. Jacquemet-Gauché A. et Gauché S ; AJ pénal 2015, p. 450, obs. Senna É.

(21) CPT, rapp., 7 avr. 2017 (v. CPT/Inf (2017) 8) : rapport fait au gouvernement de la République française relatif à la visite en France par le CPT du 15 au 27 novembre 2015.

m² (hors annexe sanitaire). De telles cellules devraient, de préférence, n'héberger qu'un seul détenu ».

À la suite de la dernière visite périodique en décembre 2019 de cinq établissements pénitentiaires des régions du Nord et du Sud-Ouest, les constats et les recommandations de ce comité ne seront pas connus, au mieux, avant 2021. En effet, la France n'a pas ratifié la procédure de publication automatique des rapports du CPT, qui autorise cette publication sans attendre les observations du gouvernement ^[22]. Néanmoins, la consultation des rapports établis par le CGLPL relatifs à ces prisons ^[23] permet ici d'affirmer sans trop de risque que cette recommandation devrait s'y trouver renouvelée à l'identique dès lors que la surpopulation carcérale est généralisée et affecte aussi l'état, le fonctionnement et l'entretien de ces structures.

III. LES AXES POSSIBLES D'UN PLAN D'ACTION

Le ministère de la Justice est invité à s'atteler à l'établissement d'un plan d'action énergique puisque le nombre de détenus en surnombre dépasse plus de 10 000 personnes ^[24], et que d'autres requêtes fondées sur des motifs similaires sont pendantes devant la CEDH.

En effet, les dispositions de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice relatives au prononcé et à la mise à exécution des peines qui vont entrer en vigueur le 25 mars prochain ne seront pas suffisantes pour réduire significativement la population pénale détenue alors que la réalisation du plan de programmation de construction 2018-2022 n'offrira finalement qu'une faible augmentation des capacités d'accueil ^[25].

Nos plus proches voisins confrontés à ces problématiques, l'Italie, puis la Belgique en exécution d'arrêt pilote ou quasi-pilote comme c'est le cas ici pour la France, ont dû arrêter des plans de déflation de leurs effectifs carcéraux sous la surveillance du comité des ministres du Conseil de l'Europe et ont mis en place un recours préventif.

Les autorités françaises pourraient trouver une source d'inspiration parmi les recommandations que le Conseil de l'Europe a adoptées en 2016, figurant au livre blanc sur le surpeuplement carcéral auquel la CEDH renvoie expressément ^[26], car celles-ci ont répugné jusqu'alors à instituer une régulation des flux carcéraux comme le CGLPL ^[27] tout comme la CNCDH et le Défenseur des droits les y invitent pourtant de longue date.

En effet, pour être efficaces, les mesures doivent être conjuguées. Tout d'abord, celles-ci doivent agir sur les flux tout autant sur les entrées que sur les sorties de détention. Ensuite, les capacités carcérales doivent être définies en fonction de normes minimales absolues respectant la dignité humaine, comme c'est le cas des établissements pour peine métropolitains soumis à la règle du *numerus clausus*.

Les autorités françaises se retrouvent ainsi à la croisée des chemins. Cet arrêt les invite prestement à définir un plan pluriannuel contenant une révision des méthodes de calcul des capacités d'accueil, des objectifs chiffrés de diminution de la population pénale détenue et d'amélioration de manière uniforme des conditions matérielles de détention, notamment dans les prisons ultramarines où les superlatifs péjoratifs sont de mise pour décrire l'état de la plupart d'entre elles ^[28].

Enfin, le recours préventif reste à inventer. Du côté du juge administratif, une piste possible consisterait à attendre un infléchissement de sa jurisprudence tant sur les conditions d'exercice de ces référés que sur les mesures qui peuvent être ordonnées dans ce cadre, mais c'est là incontestablement une voie aléatoire.

Il sera dès lors indispensable d'agir en parallèle par la loi, d'abord en organisant la réduction du nombre des entrées en détention dont l'origine est au premier chef, 3 fois sur 4 par un placement en détention provisoire ^[29] ou en diminuant sa durée possible, notamment dans le cadre de la comparution immédiate et maintenant de la comparution différée, et en privilégiant le recours aux mesures de sûreté non privatives de liberté.

Par ailleurs, l'augmentation des sorties anticipées devra être activement recherchée pour faire en sorte que les critères accessoires relatifs au taux de densité carcérale et aux conditions matérielles de détention de l'établissement prévus par l'article 707 du Code de procédure pénale, deviennent par eux-mêmes, un motif à part entière de placement sous libération sous contrainte sauf appréciation contraire du juge de l'application des peines. Dans ce cas, celui-ci ne devrait-il pas aussi disposer de la compétence juridictionnelle pour pouvoir mettre fin à l'atteinte à la dignité humaine en usant d'autres mesures que la libération ^[30] (changement de cellule, d'unité, de bâtiment, d'établissement etc.) ?

(22) À ce jour, 11 États sur 47 ont adopté la procédure de publication automatique.

(23) www.cglpl.fr/rapports-et-recommandations/les-rapports-de-visite.

(24) Au 1^{er} janvier 2020, sur 82 860 personnes écrouées, 70 651 étaient en détention. La densité carcérale moyenne était de 116 % et de 138 % en maison d'arrêt alors que 38 684 détenus étaient concernés par la surpopulation.

(25) Finalement, ce ne seront que 5 000 places supplémentaires à l'horizon 2022 et le nombre de condamnés en libération sous contrainte n'était que de 1 031 au 1^{er} janvier 2020, soit moins de 1 % des condamnés.

(26) Actes de Colloque, « Le surpeuplement carcéral en Europe : un phénomène maîtrisable mais indifféremment maîtrisé. Quelles sont les pistes retenues par le Livre blanc ? », 24 mars 2017, Aix-en-Provence, Lexbase Hebdo n° N8859BWZ.

(27) CGLPL, avis, 22 mai 2012, relatif à la surpopulation carcérale : JO, 13 juin 2012 et CGLPL, avis, 24 mars 2014, relatif à l'encellulement individuel dans les établissements pénitentiaires : JO, 23 avr. 2014 – CGLPL, Les droits fondamentaux à l'épreuve de la surpopulation carcérale, rapp. thématique, févr. 2018, Dalloz.

(28) Senna É., « Une situation complexe et contrastée de l'outre-mer pénitentiaire », AJ pénal 2019, p. 74.

(29) Kensey A., « La détention avant jugement : derniers éléments statistiques », AJ pénal 2019, p. 406.

(30) Dans sa version applicable au 1^{er} juin 2019, l'article 720 du Code de procédure pénale (CPP) prévoit que la libération sous contrainte doit être prononcée à l'égard de toute personne éligible à la mesure, sauf impossibilité, constatée par ordonnance spécialement motivée, au regard des exigences fixées à l'article 707 du CPP. Le JAP doit donc rechercher, chaque fois que cela est possible, un retour progressif à la liberté dans le cadre d'une mesure d'aménagement de peine ou d'une libération sous contrainte. Il doit seulement tenir compte des conditions matérielles de détention et du taux d'occupation de l'établissement.

ADMINISTRATION

Victimes des essais nucléaires : nouvel épisode autour de la présomption de causalité ^{372z0}

L'essentiel

L'article 232 de la loi de finances pour 2019, facilitant le renversement par l'administration de la présomption de causalité dont bénéficient les personnes qui sollicitent une indemnisation dans le cadre du régime des essais nucléaires français, ne s'applique qu'aux demandes déposées après l'entrée en vigueur de la loi.

CE, 2^e-7^e ch. réunies, 27 janv. 2020, n° 429574, CIVEN c/ M. D. (M^{me} Renault, rapp., M. Pelissier, rapp. pub.) : Lebon

Note par
Thibaut LELEU
Maître de conférences à
l'université d'Artois

De 1960 à 1998, 210 essais nucléaires ont été réalisés par la France dans le Sahara et en Polynésie française. Ces expériences, utiles au pays pour sa sécurité

nucléaire, ont exposé plusieurs milliers de personnes aux rayonnements ionisants. La victime de l'espèce commentée en fait partie. Elle a été affectée en qualité d'électricien chargé de la maintenance à bord du bâtiment de soutien logistique Garonne à Mururoa du 25 juin 1971 au 22 décembre 1972, période durant laquelle sept expérimentations nucléaires ont été réalisées.

Atteint d'un cancer de la vessie diagnostiqué en 2011, l'ancien militaire a saisi le comité d'indemnisation des victimes des essais nucléaires (CIVEN) d'une demande d'indemnisation sur le fondement de la loi du 5 janvier 2010 ⁽¹⁾. Le CIVEN a rejeté cette demande par une décision du 19 janvier 2016. La victime a contesté cette décision devant le tribunal administratif de Dijon qui l'a toutefois déboutée dans un jugement du 20 mars 2017 (n° 1601145). Elle a donc interjeté appel devant la cour administrative d'appel de Lyon.

Dans son arrêt du 21 février 2019 (CAA Lyon, 6^e ch., 21 févr. 2019, n° 17LY02016), la cour a rappelé que la loi du 28 février 2017 ⁽²⁾ a modifié la loi de 2010, notamment en ce qui concerne l'interprétation de la présomption de causalité prévue par la loi initiale. Appliquant cette loi de 2017, elle a estimé que le requérant « satisfait aux conditions de temps, de lieu et de pathologie prévues par l'article 2 de la loi du 5 janvier 2010 modifiée et bénéficie, dès lors, de la présomption de causalité entre l'exposition aux rayonnements ionisants due aux essais nucléaires français et la survenance de sa maladie » et que « l'administration ne peut être regardée comme apportant des éléments suffisants de nature à établir que la pathologie dont souffre l'intéressé résulterait exclusivement d'une cause étrangère à l'exposition aux rayonnements ionisants due aux essais nucléaires ». La cour a donc annulé le jugement du

tribunal et la décision du CIVEN et a enjoint audit comité de réexaminer la demande d'indemnisation du requérant. Par un pourvoi devant le Conseil d'État, le comité demande l'annulation de cet arrêt rendu en appel en ce qu'il n'a pas appliqué l'article 232 de la loi du 28 décembre 2018 ⁽³⁾ venant à nouveau modifier la façon d'appréhender la présomption de causalité.

Pour trancher le litige, la haute juridiction administrative a d'abord retracé l'évolution législative relative à la présomption de causalité dans le régime d'indemnisation des victimes des essais nucléaires (§ 2). Elle a ensuite précisé que « l'article 232 de la loi du 28 décembre 2018 élargit la possibilité, pour l'administration, de combattre la présomption de causalité dont bénéficient les personnes qui demandent une indemnisation lorsque les conditions de celle-ci sont réunies », a décidé que cet article « doit être regardé, en l'absence de dispositions transitoires, comme ne s'appliquant qu'aux demandes qui ont été déposées après son entrée en vigueur, intervenue le lendemain de la publication de la loi du 28 décembre 2018 au *Journal officiel de la République française* » (§ 3) et a donc rejeté le pourvoi du CIVEN.

En jugeant ainsi, le Conseil d'État a fait preuve de bienveillance dans l'application dans le temps du durcissement du bénéfice de la présomption de causalité à l'égard des victimes des essais nucléaires (III), qui, après l'effet d'annonce de la loi de 2010, ont rencontré de réelles difficultés pour être indemnisées en raison des tâtonnements initiaux concernant le dispositif d'indemnisation (I) et des vicissitudes de la présomption de causalité (II).

I. UNE INEFFECTIVITÉ INITIALE DU DISPOSITIF INSATISFAISANTE

Si, en l'espèce, la victime a directement saisi le CIVEN de sa demande, la procédure d'indemnisation initiale était différente. La loi de 2010 qui a institué le régime prévoyait une saisine du ministre de la Défense qui devait consulter le CIVEN pour avis. Mais dès les premiers mois d'exercice, le régime d'indemnisation a été critiqué notamment parce qu'il laissait le pouvoir de décision au ministre. Ainsi, la loi du 18 décembre 2013 a, en plus d'avoir introduit quelques

(1) L. n° 2010-2, 5 janv. 2010, relative à la reconnaissance et à l'indemnisation des victimes des essais nucléaires français : JO, 6 janv. 2010.

(2) L. n° 2017-256, 28 févr. 2017, de programmation relative à l'égalité réelle outre-mer et portant autres dispositions en matière sociale et économique : JO, 1^{er} mars 2017.

(3) L. n° 2018-1317, 28 déc. 2018, de finances pour 2019 : JO, 30 déc. 2018.

autres améliorations dans le dispositif ⁽⁴⁾, transformé le CIVEN en une autorité administrative indépendante dont les décisions (et non plus les avis) s'imposent au ministre. Toutefois, l'espoir suscité par la mutation du CIVEN en autorité administrative indépendante s'est vite transformé en désillusion puisque le nombre de décisions positives n'a pas augmenté de manière significative après sa transformation ⁽⁵⁾.

Les nombreux refus ont donc été contestés devant les juridictions administratives. Étonnamment, comme dans l'affaire commentée, ils l'ont été dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir. Si une fois sur deux, le juge administratif statuait en faveur des victimes ⁽⁶⁾, le recours restait peu efficace puisque l'annulation de la décision ministérielle, ou depuis la loi de 2013, celle du CIVEN, n'aboutissait pas à une indemnisation. Au mieux, l'annulation était assortie d'une injonction de réexamen. Un avis du Conseil d'État du 17 octobre 2016 est venu changer la donne en affirmant que le contentieux relatif à la mise en œuvre du régime d'indemnisation des victimes des essais nucléaires « relève du plein contentieux » ⁽⁷⁾. En qualifiant le recours de recours de plein contentieux, cet avis accorde davantage de pouvoirs au juge ⁽⁸⁾ pour apprécier notamment les éléments permettant de renverser la présomption de causalité (nous y reviendrons) et lui permet de substituer sa décision à celle du CIVEN. Cette évolution a-t-elle suscité un regain de confiance chez les victimes ? Pas vraiment, puisque dans le même avis, le Conseil d'État a qualifié le régime d'indemnisation de régime de « solidarité nationale » plutôt que de régime de « responsabilité », mettant ainsi fin à l'espoir de voir consacrer le dispositif de la loi de 2010 comme étant un véritable régime de responsabilité sans faute par lequel l'État assume les dommages qu'il a causés ⁽⁹⁾, comme pouvaient le laisser entendre dans une certaine mesure les travaux parlementaires ⁽¹⁰⁾.

Fin 2016, le dispositif d'indemnisation était donc d'une ineffectivité insatisfaisante. Le législateur y a remédié en s'attaquant au principal point d'achoppement : la présomption de causalité entre la maladie et l'exposition aux rayons ionisants.

II. UNE PRÉSUMPTION DE CAUSALITÉ À L'INTERPRÉTATION OSCILLANTE

Depuis la loi de 2010, toute personne (militaire ou civile) ayant séjourné dans une zone de retombées radioactives pendant une période au cours de laquelle des essais nucléaires ont été effectués bénéficie d'une présomption de causalité lorsqu'elle souffre de l'une des maladies

radio-induites dont la liste est fixée par décret en application de l'article 1^{er} de la loi ⁽¹¹⁾.

Initialement cette présomption pouvait être renversée lorsqu'il est établi que le risque attribuable à un essai nucléaire est « négligeable ». Ce risque négligeable n'a pas été défini par la loi ni les décrets d'application, ces derniers renvoyant au CIVEN le soin d'élaborer sa méthode de traitement des dossiers. Suivant les recommandations de l'Agence internationale de l'énergie atomique, le comité a utilisé un logiciel de calcul de probabilités développé aux États-Unis et a fixé à 1 % le seuil en deçà duquel le risque que la maladie soit attribuable aux essais nucléaires est négligeable. Bien que très faible, ce seuil a conduit au rejet de nombreuses demandes d'indemnisation. Le Conseil d'État s'est prononcé en 2015 sur cette méthode mais les corrections qu'il y a apportées ⁽¹²⁾ n'ont pas permis d'augmenter significativement le nombre de décisions favorables. Aussi, le renversement de la présomption était devenu la règle et sa mise en œuvre l'exception.

Le législateur a réagi en modifiant la loi de 2010 par l'article 113 de la loi précitée de 2017. Cet article 113 supprime la condition de risque non négligeable et prévoit que le comité « examine si les conditions de l'indemnisation sont réunies » et ajoute « lorsqu'elles le sont, l'intéressé bénéficie d'une présomption de causalité ». Ainsi remodelée, la présomption de causalité avait fière allure mais posait plusieurs questions ⁽¹³⁾. Ces dernières ont été résolues par un avis du Conseil d'État quelques mois après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi. La haute juridiction y estime que « cette présomption ne peut être renversée que si l'administration établit que la pathologie de l'intéressé résulte exclusivement d'une cause étrangère à l'exposition aux rayonnements ionisants due aux essais nucléaires, en particulier parce qu'il n'a subi aucune exposition à de tels rayonnements » ⁽¹⁴⁾. De quoi en faire une « présomption de facto quasi irréfragable » selon la doctrine ⁽¹⁵⁾. D'ailleurs les chiffres parlent d'eux-mêmes : « alors que seulement 11 demandes avaient été acceptées de 2010 à 2017 inclus, 80 ont été accueillies favorablement du 1^{er} janvier 2018 au 30 mars 2019 » ⁽¹⁶⁾.

Fin 2018, constatant que cette présomption était devenue trop généreuse, le législateur a une nouvelle fois modifié la loi de 2010 pour assortir la présomption d'une possibilité pour l'administration de l'écarter en cas de dose de rayonnements insuffisante. Désormais, la loi de 2010, dans sa rédaction issue de l'article 232 de la loi du 28 décembre 2018 de finances pour 2019, prévoit que le CIVEN « examine si les conditions sont réunies. Lorsqu'elles le sont, l'intéressé bénéficie d'une présomption de causalité, à moins qu'il ne soit établi que la dose annuelle de rayonnements ionisants dus aux essais nucléaires français reçue par l'intéressé a été inférieure à la limite de dose

(4) V. sur ce point Arbousset H., « Regards critiques sur les avancées juridiques récentes de l'indemnisation des victimes des essais nucléaires français », RDSS 2015, p. 659.

(5) CIVEN, rapp. annuel d'activité 2015, 2016, spéc. p. 8.

(6) CIVEN, rapp. annuel d'activité 2016, 2017, spéc. p. 12-13.

(7) CE, avis, 17 oct. 2016, n° 400375, CPS de la Polynésie française : Lebon T., p. 952.

(8) V. sur ce point Stillmunkes H., « Quel est l'office du juge dans l'indemnisation des victimes des essais nucléaires ? », AJDA 2017, p. 152.

(9) V. pour une critique notre note, « L'ineffectivité du régime d'indemnisation des victimes des essais nucléaires français », sous CAA Douai, 6 oct. 2016, n° 14DA00571, M. B. : Gaz. Pal. 10 janv. 2017, n° 28220, p. 18.

(10) V. sur ce point notre thèse, *Essai de restructuration de la responsabilité publique. À la recherche de la responsabilité sans fait*, t. 280, 2014, LGDJ, coll. BDP, spéc. p. 66, n° 190 et s.

(11) D. n° 2014-1049, 15 sept. 2014, relatif à la reconnaissance et à l'indemnisation des victimes des essais nucléaires français : JO, 17 sept. 2014.

(12) CE, 7 déc. 2015, n° 378325, M^{me} L. : Lebon, p. 432.

(13) V. sur ce point Bréchet F.-X., « L'indemnisation des victimes des essais nucléaires après la loi du 28 février 2017 », AJDA 2017, p. 874.

(14) CE, avis, 28 juin 2017, n° 409777, M. P. : Lebon, p. 207.

(15) Blandin A., « Vers l'effectivité de l'indemnisation des victimes des essais nucléaires... », note sous CE, avis, 28 juin 2017, n° 409777, M. P. : AJDA 2018, p. 70.

(16) CIVEN, rapp. annuel d'activité 2018, 2019, spéc. p. 5.

efficace pour l'exposition de la population à des rayonnements ionisants fixée dans les conditions prévues au 3° de l'article L. 1333-2 du Code de la santé publique ».

Autrement dit, comme l'explique le Conseil d'État en l'espèce, cet article « élargit la possibilité, pour l'administration, de combattre la présomption de causalité dont bénéficient les personnes qui demandent une indemnisation lorsque les conditions de celle-ci sont réunies ».

L'évolution des textes retracée, il reste à déterminer leurs modalités d'application dans le temps. C'est précisément la question que le Conseil d'État devait résoudre en l'espèce.

III. UNE APPLICATION DANS LE TEMPS DE LA LOI BIENVEILLANTE

Dans son pourvoi, le CIVEN soutient que la cour administrative d'appel a commis une erreur de droit en appliquant les dispositions de la loi de 2010 dans leur rédaction issue de la loi du 28 février 2017 (prévoyant une présomption de causalité quasi irréfragable) et non de la loi du 28 décembre 2018 (prévoyant une présomption de causalité réfragable en cas de dose de rayonnements insuffisante).

Si la question de l'application immédiate de la loi de 2018 aux instances en cours paraît banale pour le Conseil d'État, les conséquences de sa décision pour les victimes ne sont pas anodines. La réponse négative, qui est celle retenue par la cour administrative d'appel, permet à la victime de continuer à bénéficier de la présomption alors que la réponse positive ouvre la possibilité d'une remise en cause du droit à indemnisation de la victime si l'administration réussit à apporter la preuve qui lui incombe d'une exposition à une dose de rayonnements insuffisante.

Il convient d'abord de préciser que si la question se pose, c'est parce que le contentieux des décisions du CIVEN relève du plein contentieux qui oblige le juge à tenir compte des circonstances de droit et de fait applicables à la date à laquelle il statue.

En toute orthodoxie juridique, dans la mesure où le législateur ne fixe pas de règles quant à l'application dans le temps de ses tergiversations sur l'interprétation de la présomption de causalité, le principe est celui de l'application immédiate de la loi nouvelle, y compris vis-à-vis des droits non définitivement acquis. C'est d'ailleurs cette solution que le Conseil d'État avait retenue en 2017 pour la loi du 28 février 2017⁽¹⁷⁾ en précisant que cette loi s'applique aux instances en cours.

À rebours de cette solution, le Conseil d'État juge, dans l'arrêt commenté, que la loi de 2018 ne s'applique qu'aux demandes déposées après son entrée en vigueur. Si les deux décisions apparaissent contradictoires, elles ont en réalité une finalité commune, celle de poursuivre l'œuvre de bienveillance à l'égard des victimes des essais nucléaires. En effet, la décision de 2017 qui consiste à appliquer la loi de 2017 aux instances en cours s'explique par la volonté de permettre aux victimes de bénéficier immédiatement de conditions d'indemnisation plus favorables. D'ailleurs, la possibilité donnée par cette loi aux personnes ayant fait l'objet d'un rejet de leur demande de faire une nouvelle demande d'indemnisation et celle donnée au CIVEN de réexaminer ses décisions de rejet allaient dans ce sens.

“ En refusant d'appliquer la loi de 2018 aux instances en cours, le Conseil d'État retarde l'application de conditions d'indemnisation plus restrictives ”

En refusant d'appliquer la loi de 2018 aux instances en cours, le Conseil d'État retarde, le plus longtemps qu'il lui ait possible de le faire, l'application de conditions d'indemnisation plus restrictives. On perçoit très bien cette volonté dans le paragraphe n° 3 de la décision commentée dans lequel le Conseil d'État note lui-même que la loi « élargit la possibilité, pour l'administration, de combattre la présomption de causalité » avant d'en déduire qu'elle ne s'applique qu'aux demandes déposées après son entrée en vigueur.

Cette décision de la haute juridiction administrative doit être saluée à deux égards. D'une part, elle ramène un peu de stabilité dans les conditions d'application du régime d'indemnisation des essais nucléaires rendus instables par les hésitations du législateur (toutes les demandes déposées avant l'entrée en vigueur de la loi de 2018 sont traitées selon les conditions de la loi de 2017 ; toutes les demandes déposées après l'entrée en vigueur de la loi de 2018 sont traitées selon les conditions de la loi de 2018). D'autre part, elle apporte un peu de sérénité aux victimes en conservant pour un maximum d'entre elles le bénéfice de la présomption quasi irréfragable posée par la loi de 2017.

(17) CE, avis, 28 juin 2017, n° 409777, M. P.

PROCÉDURE CIVILE

L'assignation en appel, une espèce en voie de disparition 372z1

L'essentiel

L'assignation en appel avait connu un net recul, avec la réforme dite *Magendie* du 9 décembre 2009, l'appelant n'ayant plus l'obligation d'assigner l'intimé défaillant.

L'assignation avait néanmoins survécu en demeurant la règle pour mettre en cause une partie tierce, mais également dans le cadre de tout appel incident dirigé contre une personne non représentée.

Mais l'arrêt du 9 janvier 2020 accentue le recul amorcé en 2009, en revenant sur une jurisprudence ancienne de plusieurs décennies, et en considérant que l'appelant incident est désormais dispensé d'assigner l'intimé défaillant à l'égard duquel est formé un appel incident.

Cass. 2^e civ., 9 janv. 2020, n° 18-24606, M. Z c/ M. X (rejet pourvoi c/ CA Rennes, 1^{er} juin 2018), M. Pireyre, prés., M^{me} Kermina, rapp., M. Girard, av. gén. ; SCP Piwnica et Molinié, SCP Claire Leduc et Solange Vigand, SCP Ohl et Vexliard, av.



Note par

Christophe LHERMITTE

Avocat au barreau de Rennes, SCP Lhermitte, spécialiste de la procédure d'appel

I. DE L'ASSIGNATION AUX FINS D'APPEL INCIDENT CONTRE LA PARTIE DÉFAILLANTE...

Au visa des articles 68⁽¹⁾ et 551⁽²⁾ du Code de procédure civile, la Cour de cassation avait considéré de longue date que l'appel incident formé par un intimé contre un autre intimé non comparant doit être formé de la même manière que les demandes incidentes qui en appel, à l'encontre

des parties défaillantes, doivent être faites par voie d'assignation⁽³⁾.

Au sens de l'article 68, il fallait entendre par « partie défaillante » l'intimé qui n'a pas constitué avocat, et par « tiers » tant la personne non partie devant le premier juge⁽⁴⁾ que la partie non intimée sur l'appel principal⁽⁵⁾.

Il est souligné que l'article 551 vise l'appel incident au sens strict, et l'appel provoqué qui est une forme d'appel incident⁽⁶⁾.

Il était donc exigé de l'appelant incident qu'il assigne la partie intimée défaillante pour la régularité de l'appel incident, sans qu'il puisse se contenter d'une signification de conclusions.

Les articles 551 et 68 n'ont pas été modifiés par les réformes de la procédure d'appel de 2009⁽⁷⁾ et 2017⁽⁸⁾, de sorte que cette jurisprudence antérieure à la réforme avait été maintenue⁽⁹⁾.

La réforme de 2009 avait néanmoins renforcé l'obligation puisque, en application des « nouveaux » textes imposant un délai pour former appel incident, cette assignation, à distinguer de la notification des conclusions proprement dite, devait intervenir dans le délai de remise des conclusions de l'intimé appelant incident, en application de l'article 909, sans distinguer selon que l'intimé sur appel incident est une partie tierce à l'instance d'appel ou un intimé défaillant.

Les arrêts étaient rendus au seul visa des articles 68, 551 et 909⁽¹⁰⁾, sans se référer à l'article 911, qui concerne uniquement la notification ou la signification de l'acte de procédure « conclusions ».

Il est rappelé que depuis la disparition de l'ancien article 908⁽¹¹⁾, et par conséquent de l'assignation en appel⁽¹²⁾

(1) « Les demandes incidentes sont formées à l'encontre des parties à l'instance de la même manière que sont présentés les moyens de défense. Elles sont faites à l'encontre des parties défaillantes ou des tiers dans les formes prévues pour l'introduction de l'instance. En appel, elles le sont par voie d'assignation. »

(2) « L'appel incident ou l'appel provoqué est formé de la même manière que le sont les demandes incidentes. »

(3) Cass. 2^e civ., 23 mars 1994, n° 92-19059 : Bull. civ. II, n° 102 – Cass. 2^e civ., 13 mars 1996, n° 94-14278 : Bull. civ. II, n° 63 – V. aussi Cass. soc., 10 févr. 2009, n° 07-44917 : « Attendu, selon ces textes (articles 68 et 551 du CPC), que l'appel incident est formé à l'encontre de la partie défaillante par voie d'assignation » – Cass. com., 5 nov. 2003, n° 01-03343.

(4) ... qui peut alors être assignée en intervention forcée.

(5) ... qui est un tiers à l'instance d'appel.

(6) ... qui est provoqué par un appel principal ou un appel incident.

(7) D. n° 2009-1524, 9 déc. 2009.

(8) Décret n° 2017-891 du 6 mai 2017, relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile : NOR : JUSC1703810D.

(9) Pour une application de cette jurisprudence devant les juges du fond : CA Rennes, 2^e ch., 29 oct. 2019, n° 17/06365 ; CA Rennes, 2^e ch., 1^{er} juin 2018, n° 17/01091 ; CA Rennes, 4^e ch., 13 nov. 2013, n° 12/08335 ; CA Rennes, 4^e ch., 27 nov. 2013, n° 13/01811 ; CA Rennes, 4^e ch., 15 mai 2013, n° 12/04810, OCME n° 111.

(10) CPC, art. 905-2 en circuit court.

(11) « Lorsqu'une partie, sur la lettre adressée par le greffe, n'a pas constitué avoué, l'appelant l'assigne en lui signifiant la déclaration d'appel. L'assignation indique, à peine de nullité, que faute pour le défendeur de constituer avoué dans le délai de quinze jours, il s'expose à ce qu'un arrêt soit rendu contre lui sur les seuls éléments fournis par son adversaire. »

(12) Lhermitte C., « Où est passée l'assignation dans la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile ? », D. avocats 2014, p. 117 ; Lhermitte C., « On a retrouvé l'assignation dans la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile », D. avocats 2014, p. 154.

au profit d'une signification des conclusions ⁽¹³⁾, l'article 68 demeurerait le seul texte renvoyant à l'acte de procédure « assignation » en cause d'appel.

L'exigence d'une assignation, posée à l'article 68, semblait s'imposer, au regard des textes et du principe du respect des droits de la défense, en ce que cet acte de procédure indique au destinataire qu'il a l'obligation de se faire représenter par un avocat pour être entendu, et des risques qu'il prend s'il ne comparaît pas, la juridiction pouvant alors rendre une décision sur les seuls éléments fournis par son adversaire.

La sanction était l'irrecevabilité de l'appel incident, sans qu'il y ait à justifier d'un grief.

Il en ressortait une construction jurisprudentielle cohérente, et relativement simple, selon laquelle la partie qui forme un appel incident ou un appel provoqué, à peine d'irrecevabilité, assigne la partie défaillante ou la partie non intimée, dans son délai pour conclure, tandis que la partie qui demande la confirmation du jugement contenant des dispositions qui lui profitent et qui nuisent au co-intimé défaillant doit signifier ses conclusions dans le délai d'un mois de l'expiration de son délai pour conclure ⁽¹⁴⁾.

II. ... À LA SIGNIFICATION DES CONCLUSIONS PORTANT APPEL INCIDENT À L'INTIMÉ DÉFAILLANT

Cet équilibre cohérent vient cependant d'être remis en cause par cet arrêt de cassation plutôt inattendu, encore que la récente jurisprudence pouvait être regardée comme annonciatrice de ce revirement ⁽¹⁵⁾.

La Cour opère désormais une distinction selon que l'appel incident est dirigé contre une partie intimée défaillante ou contre un tiers à l'instance d'appel.

L'arrêt écarte les articles 68 et 551, et retient, au visa des seuls articles 909 et 911, que « la seule obligation pesant sur [l'intimé appelant incident] était de signifier ses conclusions d'appel incident à [l'intimé défaillant], régulièrement intimé par l'appelant, dans les délais prescrits par les articles 909 et 911 du Code de procédure civile ».

Désormais, si l'appel incident est dirigé contre une partie intimée défaillante, il n'est pas nécessaire de l'assigner, une signification des conclusions étant suffisante. Et s'agissant d'une signification de l'article 911, elle n'a pas à contenir de mentions particulières, comme, par exemple, le délai dont dispose l'intimé sur appel incident pour conclure, ou son obligation de se faire représenter.

Et cette signification des conclusions devra intervenir dans le délai d'un mois de l'article 911, non dans le délai prévu par l'article 909 ou 905-2 pour former appel incident.

Mais ce revirement a une portée limitée, de sorte que si cet appel incident est dirigé contre une partie de première instance qui est tierce à l'instance d'appel, alors l'article 911 ne trouve pas à s'appliquer, et l'appelant devra donc assigner cette partie, et ce dans le délai pour conclure de l'article 909 ⁽¹⁶⁾.

Cette distinction interroge, alors que l'article 68 vise expressément les parties défaillantes et les tiers, et prévoit une assignation en appel. De plus, voire surtout, à aucun moment l'article 911 ne fait état de la notion de procédure qu'est l'appel incident, l'objet de cette disposition ne semblant qu'être de régler les modalités de notification de l'acte de procédure que sont les conclusions.

Et en pratique, dans la même instance d'appel, une même partie intimée, appelant incident, pourra se contenter de signifier ses conclusions dans le délai d'un mois de l'article 911 aux parties intimées en appel, mais devra néanmoins assigner dans son délai pour conclure, celles qui n'ont pas été intimées.

III. UNE RELATIVE SOUPLESSE, QUI PEUT N'ÊTRE QU'APPARENTE

L'intérêt de la distinction opérée par la Cour de cassation n'est pas évident, et l'on peut s'interroger dans quelle mesure l'intimé défaillant mérite un traitement différent de la partie non intimée en appel.

A priori, il pourrait être considéré que celui qui a été intimé en appel est nécessairement informé de l'existence de cette procédure d'appel, et il peut même dans une certaine mesure anticiper un appel incident à son encontre.

Il est exact qu'au regard des textes, cet intimé sur appel principal a dû recevoir du greffe l'acte d'appel, et a ensuite reçu signification de l'acte d'appel et/ou des conclusions de l'appelant. Il a donc été informé des modalités de représentation, de son délai pour conclure, et des conséquences procédurales de l'absence de représentation.

Mais en est-il toujours ainsi ?

L'intimé peut ne pas avoir reçu du greffe l'acte d'appel, ne serait-ce qu'en raison de l'inexactitude de l'adresse figurant sur l'acte d'appel. Et même si l'intimé a reçu cet acte du greffe, il n'est pas inutile de souligner qu'en pratique, l'acte d'appel ne vise que les dispositions concernant le circuit ordinaire, et contient donc des mentions inexactes dès lors que l'affaire relève du circuit court.

D'autre part, l'appelant peut, intentionnellement ou non, ne pas avoir signifié la déclaration d'appel ou ses conclusions à cette partie intimée non représentée.

C'est le cas si l'appelant a procédé à une trop large intimation dans son acte d'appel, et qu'il lui apparaît ensuite que certaines parties n'auraient pas dû être intimées. Il en sera de même si l'appelant a manqué la diligence procédurale mise à sa charge, et n'a pas signifié ses conclusions ou l'acte d'appel, ce qui est loin de constituer un cas d'école ⁽¹⁷⁾.

L'appelant a pu aussi se désister de son appel principal à l'égard de cet intimé, qui estimera alors que la procédure d'appel est terminée à son endroit. Un accord peut aussi être intervenu entre l'appelant et l'intimé défaillant.

Les cas de figure d'un intimé défaillant ignorant tout de l'évolution de la procédure en appel sont nombreux, et réels.

Dans de telles hypothèses, la partie ne recevra alors rien d'autre que des conclusions, qui lui seront signifiées par huissier, à la requête d'un intimé appelant incident, sans

(13) CPC, art. 911.

(14) Avis n° 01200003 du 2 avril 2012 (demandes n° 1200002 et 1200003).

(15) Cass. 2^e civ., 6 juin 2019, n° 18-14901, P.

(16) Cass. 2^e civ., 6 juin 2019, n° 18-14901, P.

(17) V. not. la lettre de la SCB, avr. 2018, n° 14.

qu'il lui soit indiqué que cette signification fait courir un délai de 3 mois pour conclure, et que la sanction est l'irrecevabilité à conclure. Elle ne sera pas non plus informée des modalités de représentation en appel, et du fait qu'un arrêt sera rendu sur les seuls éléments fournis par son adversaire.

Une partie pourra être jugée, sans avoir été citée, alors qu'au regard de l'article 14, nul ne peut être jugé sans avoir été entendu ou appelé, sachant que l'article 911 ne prévoit pas de préciser au signifié son obligation d'avoir à se faire représenter à une audience, et selon quelles modalités.

“ En voulant simplifier la procédure d'appel, la Cour de cassation l'a peut-être rendue plus floue ”

Il pourra être tentant pour l'intimé qui a été jugé dans de telles conditions de discuter de la régularité d'un arrêt rendu à son encontre.

Faudrait-il alors apporter quelques tempéraments à cette souplesse, et prévoir que l'appelant incident devra s'assurer que les droits de la partie ont été sauvegardés, et que l'intimé a bien été destinataire de l'acte d'appel, a été informé en temps utile de son obligation d'avoir à se faire représenter, et des risques qu'il prend dans le cas contraire ?

Mais n'est-il pas plus simple alors de prévoir une assignation de l'intimé défaillant ?

Cette assignation de l'intimé sur appel incident, en tout état de cause, présentait le mérite de la simplicité, avec un régime unique pour l'intimé défaillant et le tiers à l'instance d'appel.

IV. ET EN PREMIÈRE INSTANCE ?

La question se pose dans les mêmes conditions en première instance.

Un défendeur peut former des prétentions contre un autre défendeur, défaillant. La première instance ne connaît pas l'équivalent de l'article 911, et la diligence procédurale

« signification de conclusions » n'est pas prévue dans le code, ni d'ailleurs dans le tarif des huissiers ⁽¹⁸⁾.

Cela étant, la Cour de cassation a admis de longue date la signification de « simples conclusions » au codéfendeur, sans exiger d'assignation ⁽¹⁹⁾, ce qui paraît pourtant se heurter également à l'article 68, lequel prévoit que les demandes incidentes à l'encontre des parties défaillantes sont formées dans les formes prévues pour l'introduction de l'instance, c'est-à-dire par assignation devant le tribunal judiciaire ⁽²⁰⁾.

Ainsi, l'arrêt du 9 janvier 2020 semble aligner la procédure d'appel sur celle de première instance.

Cependant, en première instance, le défendeur a nécessairement déjà été assigné à comparaître par le demandeur principal, et il dispose en principe d'une voie de recours ordinaire qui est l'appel. Et il n'a pas de délai imposé pour conclure.

Le défendeur défaillant en première instance n'est pas tout à fait dans la même situation procédurale que l'intimé défaillant en appel. La partie en appel mérite peut-être davantage de protection, auquel cas une assignation apparaîtrait préférable.

En voulant simplifier la procédure d'appel, la Cour de cassation l'a peut-être rendue plus floue et difficile à saisir, créant des régimes différents entre les intimés sur appel incident, selon qu'ils sont ou non intimés.

Le conseil qui pourrait être donné est de ne rien changer, et de continuer à assigner dans le délai pour conclure toute partie à l'encontre de laquelle est formé un appel incident, qu'elle soit ou non intimée sur l'appel principal.

Ce conseil vaut d'autant plus que cette jurisprudence n'est pas gravée dans le marbre, et que la thèse consistant à imposer une assignation en tout état de cause trouve un support textuel dans les articles 551 et 68.

(18) Christophe Lhermitte, *Procédures d'appel*, 2020-2021 Dalloz, Delmas express, n° 2101.

(19) Cass. 3^e civ., 16 juill. 1974, n° 73-11375 : Bull. civ. III, n° 302 – Cass. com., 3 mai 1983, n° 81-15337 : Bull. civ. IV, n° 131 – Cass. 3^e civ., 11 oct. 1989, n° 88-14324 : Bull. civ. III, n° 190.

(20) CPC, art. 750.

Chronique de jurisprudence de droit de l'arbitrage 370w9



Par
Denis BENSAUDE
Avocat à la cour, barreaux
de Paris et de New York

L'essentiel

Les arrêts sélectionnés et résumés dans cette trente-cinquième chronique concernent la mise en œuvre par le juge du principe de compétence-compétence lorsque sont en cause contrats et clauses de compétence multiples successives et/ou contradictoires (*Auchan et Novacap*), comme l'opposabilité aux tiers de la clause (*Lltech, Aello et Priosma*), ou dont un tiers réclame le bénéfice (*RSCC, Sogafric et Baferton*). Sont également abordés des sujets divers comme le degré d'intervention du juge de l'annulation dans le contrôle de la fraude procédurale (*SNCFT*), les conditions de l'arrêt d'exécution provisoire d'une sentence à l'encontre d'un État (*Oschadbank*), l'incompétence du juge commissaire pour statuer sur une créance contestée et couverte par une clause d'arbitrage (*APH*), ou encore l'amiable composition et l'ordre public (*Oc'via*).

PLAN

I. ARBITRAGE INTERNATIONAL..... p. 29	II. ARBITRAGE INTERNE p. 35
A. Généralités (néant)	A. Généralités (néant)
B. Mise en œuvre de la procédure p. 29	B. Mise en œuvre de la procédure p. 35
C. Recours en annulation p. 32	C. Recours en annulation p. 36
D. Recours contre l'ordonnance d'exequatur..... p. 33	D. Exécution de la sentence (néant)
E. Exécution de la sentence..... p. 34	

I. ARBITRAGE INTERNATIONAL

[...]

B. Mise en œuvre de la procédure

Arbitrage d'urgence et référé 372q3

L'essentiel La procédure d'urgence prévue par le règlement d'arbitrage de l'AAA ne prive pas les parties des dispositions de l'article 1449 du Code de procédure civile.

CA Paris, 1-2, 31 oct. 2019, n° 19/05913, *Lltech Management (Lltech) c/ Business Asia Consultants (BAC)*, M. Chevalier, prés., M^{mes} Dellelis et Chesnot, cons. ; M^{es} Lavrilleux et de Sabran-Pontevès, av.

Note

En 2014, *Lltech* confiait la recherche de distributeurs en Amérique et en Asie pour ses équipements médicaux à *BAC*, par contrat qui contenait une clause d'arbitrage AAA (American Arbitration Association). En juillet 2016, *Lltech* disait ne pouvoir payer *BAC* à raison de ses difficultés financières comme de son absence de trésorerie, et en novembre 2016, se disait insatisfaite de ses prestations. En 2018, *BAC* saisissait en référé le président du tribunal de commerce de Paris en paiement. Le 22 février 2019, ce juge rejetait la demande de renvoi formulée par *Lltech* la veille de l'audience et disant entendre

soulever des contestations sérieuses et, en l'absence d'objection à sa compétence, la condamnait pour partie à payer.

En appel, *Lltech* disait le juge incompétent au vu de la clause d'arbitrage, et la créance sérieusement contestable. *BAC* s'opposait à la recevabilité de ce recours, sur le fondement de l'article 74 du Code de procédure civile.

La cour dit l'exception d'incompétence recevable au motif qu'une demande de renvoi ne vaut pas défense au fond, puis la rejette car la procédure d'urgence prévue par le règlement d'arbitrage de l'AAA ne prive pas *BAC* des dispositions de l'article 1449 du Code de procédure civile (*contra*, CA Paris, 1-3, 23 oct. 2012, n° 11/12066, M. J. c/ RAC : Gaz. Pal. 6 janv. 2013, n° 113b8, p. 14). Considérant la créance relativement ancienne, et remarquant que *Lltech* ne payait plus *BAC* depuis qu'elle avait fait état de ses difficultés financières, et qu'elle n'avait pas déposé ses comptes 2017, la cour dit l'urgence établie à raison du risque de non-recouvrement, et condamne *BAC* à payer la partie de la créance qu'elle estime non sérieusement contestable.

Clause inapplicable ou manifestement inapplicable ? ^{372q5}

L'essentiel La seule connaissance d'une clause d'arbitrage est insuffisante à la rendre opposable aux tiers.

CA Paris, 5-10, 14 oct. 2019, n° 19/01346, M. Z c/ Iota Conseils (Iota), Baferton Trading, int. vol., M. Loos, prés., M^{mes} Castermans et Simon-Rosenthal, cons. ; M^{es} Djidjirian et Monnot, av.

Note

En 2016, Baferton demandait à Iota de l'assister dans l'acquisition d'un groupe tiers, contre honoraires de résultat. Leurs contrats prévoyaient l'arbitrage de « tout litige ou controverse découlant du ou en relation avec le présent contrat qui ne peut être résolu mutuellement entre les parties aux présentes ». En octobre 2017, Iota assignait devant le juge parisien M. Z, dirigeant de Baferton, qui avait en personne procédé à l'acquisition, en paiement de dommages-intérêts délictuels pour « détournement des dispositions contractuelles aboutissant à l'absence de paiement des honoraires dus ». Le 8 janvier 2019, le juge de la mise en état du tribunal de grande

instance rejetait l'exception d'incompétence soulevée par M. Z.

En appel, M. Z disait que la clause englobait tout litige, notamment avec des tiers, s'il avait « des conséquences entre les parties ». Il ajoutait que la demande relevait « de l'exécution des conventions » et que les parties au litige avaient connaissance de la clause et de son application à tout type de litige. Il disait aussi avoir signé les contrats comme dirigeant de Baferton, et n'être « donc pas neutre dans le rapport contractuel ». Baferton, intervenant volontaire, disait pour sa part avoir agi à la connaissance d'Iota, comme prête nom de M. Z.

Après avoir relevé que la clause d'arbitrage est circonscrite aux « parties aux présentes », la cour dit que la seule connaissance de la clause est insuffisante à la rendre opposable aux tiers, et que cette opposabilité suppose que le tiers vienne aux droits du signataire de la clause ou justifie de liens contractuels indirects avec le contrat d'origine. Considérant que M. Z « ne remplit pas ces conditions », la cour dit la « clause inapplicable ».

Clauses contradictoires et divisibilité d'un ensemble contractuel ^{372q6}

L'essentiel Une cour d'appel qui constate que des parties ont entendu distinguer, par des clauses contraires, des contrats qui n'ont pas le même objet et ne forment pas d'ensemble contractuel unique et indivisible, en déduit exactement l'inapplicabilité manifeste de clauses d'arbitrage contradictoires contenues à deux premiers contrats conclus entre certaines parties, à un litige découlant d'un contrat conclu postérieurement entre toutes les parties et contenant une clause attributive de juridiction.

Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2019, n° 18-23395, Russian Satellite Communications Company (RSCC) c/ Orion Satellite Communications Inc. (Orion) et Holding Financière Céleste (HFC), F-D (rejet pourvoi c/ CA Paris, 29 mai 2018), M^{me} Batut, prés. ; SCP Ortscheidt, SCP Thouin-Palat et Boucard, av.

Note

Par contrat de 2001 prévoyant l'arbitrage CNUDCI, RSCC cédait 20 millions d'actions d'Eutelsat à Orion, substituée par Geosat 3 par contrat de mars 2002 prévoyant l'arbitrage LCIA. En juillet 2002, RSCC, Orion et Geosat 3 concluaient un contrat de nantissement destiné à mettre en œuvre les deux premiers contrats, qui attribuait compétence au tribunal de commerce de Paris, au bénéfice de RSCC qui pouvait y déroger en saisissant « tout autre tribunal compétent ». Après que cette dernière ait été condamnée à céder ces titres à Orion par une sentence de 2004, HFC, venue aux droits de Geosat 3, assignait RSCC devant le tribunal de commerce de Paris en délivrance des titres et paiement. Par arrêt du 19 janvier 2016, la cour d'appel faisait prévaloir la priorité de l'arbitre pour statuer sur sa compétence au vu des clauses d'arbitrage contenues aux deux premiers contrats qu'elle disait former un tout indissociable du troisième. Mais la Cour de cassation disait que l'article 1448 du Code de

procédure civile (CPC) avait ainsi été violé, car RSCC et HFC n'étaient liées par aucune clause d'arbitrage et parce que le troisième contrat n'en contenait pas (Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juin 2017, n° 16-11487 : Gaz. Pal. 7 nov. 2017, n° 306f1, p. 28). Pour aller dans ce sens, la cour de renvoi disait que l'option offerte à RSCC n'empêchait pas HFC de se prévaloir de la clause attributive de juridiction contenue au troisième contrat, fondement exclusif de son action. Elle ajoutait qu'aucune clause d'arbitrage ne liait RSCC et HFC et que les références aux deux premiers contrats dans le troisième étaient inopérantes (CA Paris, 1-1, 29 mai 2018, n° 17/16484).

À l'appui de son pourvoi, RSCC disait que la cour de renvoi avait ainsi (i) violé les articles 1448 et 1465 du CPC pour n'avoir pas constaté que les clauses d'arbitrage étaient manifestement nulles ou inapplicables, (ii) privé sa décision de base légale au regard de ces articles pour n'avoir pas recherché comme demandé si : (a) les trois contrats ne tendaient pas à la réalisation d'une même opération économique et si en conséquence de l'indivisibilité des trois contrats en résultant la clause de l'un ou l'autre des deux premiers s'appliquaient au tiers HFC, (b) RSCC n'était pas directement impliquée dans l'exécution du deuxième contrat de sorte que sa clause d'arbitrage lui bénéficiait et qu'elle ne pouvait être atraite que devant l'arbitre, et (c) les trois contrats n'étaient pas indivisibles, de sorte que les clauses d'arbitrage s'appliquaient par priorité, et que l'arbitre avait priorité pour trancher le « doute résultant de la coexistence des trois clauses ».

Pour rejeter ce pourvoi, la Cour de cassation dit que la cour d'appel a exactement déduit l'inapplicabilité manifeste des clauses d'arbitrage de ses constatations selon lesquelles (i) l'action d'HFC est exclusivement fondée sur le troisième contrat qui contenait une clause attributive de juridiction dont HFC pouvait se prévaloir, (ii) aucune clause

d'arbitrage ne lie RSCC et HFC, et (iii) les références aux deux premiers contrats dans le troisième étaient inopérantes, ce dont il ressort pour la Cour que les parties ont entendu distinguer par des clauses contraires, le

troisième contrat des deux autres qui n'ont pas le même objet et ne forment pas d'ensemble contractuel unique et indivisible (v. RJ com. 2020, 29, note Moreau).

Principe de concentration des moyens ^{372q7}

L'essentiel Le principe de concentration des moyens n'existe(rail) pas en arbitrage international.

CA Paris, 5-9, 7 nov. 2019, n° 19/12539, M. Z c/ M. B, M^{me} Picard, prés., M^{mes} Rohart-Messenger et Deliere, cons. ; M^{es} Draï et de Guillenchmidt, av.

Note

Par contrat de 2005 qui soumettait à l'arbitrage tous différends entre les parties relatifs à sa validité, son interprétation, son exécution et sa résiliation, les époux Y cédaient leurs titres dans Sogafric. M. B, qui avait évalué Sogafric et qui en avait facilité la cession, était aussi secrétaire de son conseil d'administration, expert indépendant de la société, et commissaire aux comptes de sociétés du groupe Sogafric, mais aussi et par ailleurs, associé du cessionnaire. M. B était également intervenu au contrat en qualité de séquestre. En 2013, un juge des référés saisi par les époux Y, ordonnait une expertise en présence de M. B afin d'analyser les modalités de détermination du prix de cession par celui-ci et l'entendre en ses explications. Des sentences rendues en 2014 et 2015, en présence de M. B, rejetaient les demandes des époux Y à l'encontre du cessionnaire pour dol et violation du contrat. En 2017, une fois le rapport d'expertise rendu, M. Z, venant aux droits de son père M. Y, assignait M. B devant le tribunal de grande instance de Paris en responsabilité contractuelle pour avoir « fortement et volontairement sous-évalué la participation » de M. Y lors de la cession. Par ordonnance du 3 juin 2019, le juge se déclarait incompétent.

En appel, M. Z soutenait notamment que M. B, qui n'avait signé le contrat qu'en qualité de séquestre, ne pouvait se prévaloir de sa clause d'arbitrage pour s'être toujours dit tiers à la cession, ce qui aurait aussi caractérisé l'estoppel.

Pour la cour, il n'y a pas de contradiction pour M. B à se dire tiers à la cession devant le juge des référés et revendiquer au fond l'application de la clause d'arbitrage en tant que tiers. Elle ajoute qu'une clause d'arbitrage peut être « étendue à des tiers », si la demande entre dans son champ d'application, et que ledit tiers en a eu connaissance et a donc « accepté d'y être soumis ». Puis, ajoutant qu'en demandant l'application de la clause, M. B reconnaît avoir joué un rôle entrant dans son périmètre, la cour relève également que sa responsabilité contractuelle est recherchée, qu'il est intervenu en amont du contrat en qualité d'évaluateur et de facilitateur, et que selon la sentence, M. B a tenu une place centrale dans Sogafric et dans la formation du contrat. Estimant qu'un tribunal est « déjà constitué », la cour dit qu'il appartiendra à ce tribunal de statuer sur sa saisine et sur sa compétence et, précisant que le principe de concentration des moyens n'existe pas en arbitrage international, affirme que M. Z pourra donc introduire ses nouvelles demandes fondées sur le même contrat.

Cette dernière affirmation, clin d'œil du juge à l'arbitre et au juge de l'annulation au regard des faits de ce dossier, laisse rêveur, car si le principe de concentration des moyens est susceptible de s'appliquer en arbitrage, son application n'est effectivement pas soumise au contrôle du juge de l'annulation.

Litiges multi-parties et multi-contrats, et le principe de compétence-compétence ^{372q8}

L'essentiel Les effets de la clause d'arbitrage s'étendent aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat dès lors que leurs situations et leurs activités font présumer qu'elles avaient connaissance de l'existence et de la portée de la clause.

CA Paris, 1-1, 26 nov. 2019, n° 18/20873, Generali et Axa France c/ Axa Corporate Solutions Assurance, Le Beon, int. forcé, M^{me} Guihal, prés., M^{me} Beauvois et M. Lecaroz, cons. ; M^{es} Branger, Wucher North et Moureu, av.

Note

En 2006, SBM commandait des câbles à Arcelormittal qui devait les équiper de douilles qu'elle commandait à Le Beon. Le Beon demandait à ABS Europe de contrôler la production des douilles en usine pour répondre aux exigences d'un accord de classification liant SBM à ABS America qui prévoyait l'arbitrage AAA à New York de tout « différend ou désaccord, de quelle que na-

ture que ce soit » en découlant. En 2008, une expertise était ordonnée à Paris à la demande d'Arcelormittal qui se plaignait d'un défaut de conformité des douilles. Une transaction intervenait en 2013 entre SBM et Arcelormittal, et leur assureur, Axa Corporate Solutions (Axa). En 2014, Axa assignait Le Beon et ses assureurs, Generali et Axa France, devant le tribunal de commerce de Paris, ainsi que notamment ABS America et ABS Europe, avant de se désister à l'encontre de ces dernières. Relevant que SBM et Arcelormittal étaient à la fois étrangères à l'accord de classification et liées par une clause attributive de juridiction découlant des conditions générales d'achat d'Arcelormittal, le juge rejetait, le 28 janvier 2016, l'objection à sa compétence soulevée par Le Beon et ses assureurs, au motif que la clause d'arbitrage contenue à l'accord de classification était inconnue de Le Beon et manifestement inapplicable au litige.

Statuant sur le contredit formé par Le Beon et ses assureurs, la cour souligne qu'Axa ayant été subrogée dans

les droits de SBM et d'Arcelormittal, l'a été dans tous les droits de SBM, y compris la clause d'arbitrage dont elle est fondée à se prévaloir. Après avoir rappelé que les effets de la clause d'arbitrage s'étendent aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat dès lors que leurs situations et leurs activités font présumer qu'elles avaient connaissance de l'existence et de la portée de la clause, la cour déduit de la mission confiée par Le Beon à ABS

Europe, que le premier juge ne pouvait dire Le Beon étrangère à l'accord de classification, ou qu'elle en ignorait la clause d'arbitrage. Elle ajoute qu'Arcelormittal devait fournir des câbles conformes aux exigences de cet accord et que la présence d'une clause attributive de juridiction dans les conditions générales d'achat d'Arcelormittal ne fait pas obstacle à la priorité de l'arbitre pour statuer sur sa compétence.

C. Recours en annulation

Examen par le juge de l'annulation d'une allégation de fraude procédurale ^{372q9}

L'essentiel La fraude procédurale commise dans un arbitrage peut être sanctionnée au regard de l'ordre public international de procédure lorsque de faux documents ont été produits, que des témoignages mensongers ont été recueillis ou que des pièces intéressant la solution du litige ont été dissimulées aux arbitres, de sorte que leur décision a été surprise.

CA Paris, 1-1, 26 nov. 2019, n° 17/17127, Société Nationale des Chemins de Fer Tunisiens (SNCFT) c/ Alstom Transport et Ansaldo STS SPA, M^{me} Guihal, prés., M^{me} Beauvois et M. Lecaroz, cons. ; M^{es} Schneller et Tomasi, av.

Note

Une sentence CCI rendue à Paris en 2016, rejetait pour partie les demandes de la SNCFT fondées sur des retards dans l'électrification d'une ligne ferroviaire à Tunis, et la condamnait à payer certains coûts liés à ces retards à ses cocontractants, Alstom et Ansaldo.

À l'appui de son recours, la SNCFT disait la sentence contraire à l'ordre public international de procédure car obtenue par des manœuvres frauduleuses consistant en

la soumission d'un témoignage d'un employé d'Alstom nécessairement mensonger, des documents comptables soumis par Ansaldo dans l'arbitrage que la SNCFT disait faux et assortis de fausses explications sur leurs incohérences.

Pour rejeter ce recours, la cour rappelle d'abord que la fraude procédurale commise dans un arbitrage peut être sanctionnée au regard de l'ordre public international de procédure lorsque de faux documents ont été produits, que des témoignages mensongers ont été recueillis ou que des pièces intéressant la solution du litige ont été dissimulées aux arbitres, de sorte que leur décision a été surprise. Mais la cour constate en quelques mots que le tribunal a examiné ces allégations à l'issue d'un débat contradictoire pendant l'arbitrage, de sorte que sa décision ne saurait avoir été surprise par la fraude, mais procède d'une appréciation éclairée de l'exactitude et de la portée des documents qui lui ont été soumis, que la cour dit ne pouvoir réviser.

Sur une appréciation plus poussée de la fraude procédurale par le juge de l'annulation, voir par exemple : CA Paris, 1^{er} juill. 2010, n° 09/10069 : Gaz. Pal. 9 nov. 2010, n° 13397, p. 18 ; Rev. arb. 2010, 856, note Audit B.

Clause d'arbitrage par référence et preuve de sa connaissance ^{372r0}

L'essentiel Ne prive pas de base légale sa décision au regard de l'article 1520-1° du Code de procédure civile la cour d'appel qui, sans constater la connaissance de la clause d'arbitrage par une partie, fait ressortir son acceptation par celle-ci.

Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2019, n° 18-23176, Priosma c/ Cat, F-D (rejet pourvoi c/ CA Paris, 29 mai 2018), M^{me} Batut, prés. ; SCP Foussard et Froger et SCP Piwnica et Molinié, av.

Note

Par contrat de co-courtage de 2011, qui contenait une clause d'arbitrage *ad hoc* en amiable composition, Cat, courtier captif de Covea, confiait à KBS Ltd le placement aux Bermudes des programmes de réassurance de Covea. Après qu'un salarié de KBS Ltd l'ait quittée pour créer KBS international, devenue Priosma, Covea ordonnait le transfert de tous les dossiers et de

toutes les responsabilités de KBS Ltd à Priosma par lettre de 2013. Cette lettre acceptée par Priosma était contenue dans un email qui précisait que les conditions financières seraient identiques, soit 10 % de commission à rétrocéder pour moitié à Cat. Par sentence rendue à Paris en 2016, Priosma était condamnée à payer près de 600 000 € à Cat. Priosma en sollicitait l'annulation devant la cour d'appel de Paris pour défaut de compétence du tribunal, mais la cour relevait que ni l'email ni la lettre l'accompagnant ne définissait l'objet de ce contrat, ou les obligations des parties, autres que le montant de commission, et qu'ainsi, le contrat de 2013 était dépourvu de substance sans référence au contrat de 2011, ce qui démontrait que Priosma y avait nécessairement consenti, en ce compris à sa clause d'arbitrage (CA Paris, 29 mai 2018, n° 16/12944).

Pour Priosma, à défaut de constater qu'elle avait « connaissance » de la clause à la conclusion du contrat de 2013, la cour aurait privé sa décision de base légale au regard de l'article 1520-1° du Code de procédure civile.

Pour rejeter ce pourvoi, la Cour considère que la cour d'appel a légalement justifié sa décision, car la motivation de l'arrêt fait ressortir « l'acceptation » de la clause

contenue au contrat de 2011, lors de la conclusion de celui de 2013.

Motifs surabondants et moyens d'annulation 372r1

L'essentiel Un moyen retenu à titre surabondant par un tribunal ne peut fonder un recours en annulation au titre de la violation du principe de la contradiction ou de sa mission par le tribunal.

Cass. 1^{re} civ., 6 nov. 2019, n° 17-20573, Dresser-Rand Group et Dresser-Rand Holdings Spain c/ Centauro Capital et a., F-D (rejet pourvoi c/ CA Paris, 28 févr. 2017), M^{me} Batut, prés. ; SCP Alain Bénabent et SCP Ortscheidt, av.

Note

Une sentence CCI rendue à Paris en 2015 rejetait les demandes des sociétés Dresser-Rand (Dresser-Rand) de mise en œuvre d'une garantie de passif, car il avait été démontré qu'elles avaient eu connaissance des causes de leur demande lors de la cession correspondante, ce qui, selon les termes de la garantie, en excluait la mise en œuvre. La majorité du tribunal y ajoutait que cette connaissance se déduisait aussi de la présomption défavorable posée par l'article 9.5 des Règles IBA de 2010 sur l'administration de la preuve dans l'arbitrage international (Règles IBA), résultant du refus par Dresser-Rand de produire des rapports d'audit malgré la demande formulée par ses contradicteurs dans l'arbitrage. Par arrêt

du 28 février 2017, la cour d'appel de Paris relevait que cette référence aux Règles IBA était surabondante et ne pouvait donc justifier l'annulation de la sentence [CA Paris, 1-1, 28 févr. 2017, n° 15/06036 : Gaz. Pal. 18 juill. 2017, n° 299b1, p. 29].

À l'appui de leur pourvoi, Dresser-Rand reprochaient notamment à la cour d'appel d'avoir dénaturé la sentence en disant à la fois que la référence aux Règles IBA constituait l'un des fondements de la sentence et que cette référence était surabondante.

Pour rejeter ce pourvoi, la Cour de cassation relève que la cour d'appel a rappelé que la garantie ne pouvait jouer si le cessionnaire avait connaissance de la violation invoquée, puis qu'elle avait noté qu'il résultait de la sentence que le tribunal avait estimé que cette connaissance résultait des pièces communiquées dans le cadre de l'audit préalable dont Dresser-Rand avait nécessairement tenu compte dans son appréciation du prix, et qu'ainsi la cour d'appel a pu déduire, sans dénaturer la sentence, que le motif critiqué par Dresser-Rand était surabondant et n'avait pas déterminé, même partiellement, la solution adoptée. La cour d'appel a donc par suite, exactement retenu que les arbitres n'avaient ni dépassé leur mission ni méconnu le principe de la contradiction.

D. Recours contre l'ordonnance d'exequatur

Recevabilité du déferé-nullité pour excès de pouvoir à l'encontre de l'ordonnance d'exequatur prononcée par le conseiller de la mise en état 372r2

L'essentiel Les ordonnances d'exequatur prononcées par le conseiller de la mise en état chargé d'un recours en annulation ne peuvent faire l'objet d'un déferé-nullité pour excès de pouvoir.

CA Paris, 1-1, 29 oct. 2019, n° 19/12047, Bouygues Bâtiment Île-de-France c/ Comsa Instalaciones Y Sistemas Industriales SL (Comsa), M^{me} Guihal, prés., M^{mes} Beauvois et Liegeois, cons. ; M^{es} Pellerin, Lapp, Sivignon, García Represa, av.

Note

Condamnée à payer environ 18 millions d'euros à son sous-traitant Comsa par sentence rendue le 23 mars 2018 à Paris, Bouygues en sollicitait l'annulation le 26 mars 2018 devant la cour d'appel de Paris. Comsa obtenait l'exequatur de cette sentence de la part du président du tribunal de grande instance de Paris, le 30 mars 2018, et faisait pratiquer des saisies-attributions sur des comptes bancaires de Bouygues. Celle-ci en obtenait mainlevée de la part du juge de l'exécution de Versailles, le 2 avril 2019, au motif que lors de l'apposi-

tion de cet exequatur, le juge parisien était dessaisi par l'introduction du recours en annulation. Le 13 juin 2019, le conseiller de la mise en état désigné dans le cadre de ce recours, apposait un nouvel exequatur sur la sentence, telle que rectifiée le 15 mai 2018.

Bouygues disait notamment à l'appui de son déferé-nullité, qu'en prononçant ce second exequatur, le conseiller de la mise en état avait commis un excès de pouvoir puisque le premier exequatur demeurait dans l'ordre juridique.

Pour dire ce déferé irrecevable, la cour note tout d'abord que si en vertu de l'article 916 du Code de procédure civile (CPC), les ordonnances du conseiller de la mise en état ne peuvent, sauf exception dont les ordonnances d'exequatur ne font pas partie, faire l'objet d'un recours indépendamment de l'arrêt au fond. Mais elle relève que le déferé-nullité fondé sur un excès de pouvoir n'est ouvert qu'à défaut de toute autre voie de droit permettant de contester la décision en cause, et que la sentence fait l'objet d'un recours en annulation qui emporte recours contre l'ordonnance d'exequatur en vertu de l'article 1524 du CPC.

E. Exécution de la sentence

Conditions de l'arrêt de l'exécution provisoire 372r3

L'essentiel Le bénéfice de l'arrêt ou de l'aménagement de l'exécution d'une sentence ne peut dépendre du sérieux du recours en annulation, et doit être apprécié strictement, ce qui conduit à subordonner ce bénéfice à une appréciation *in concreto* au jour où le juge statue, du risque de lésion grave des droits que l'exécution est susceptible de générer, qui doit être suffisamment caractérisé et ne saurait être une faculté découlant d'un motif général, abstrait ou hypothétique.

CA Paris, ord. CME, 5-16, 22 oct. 2019, n° 19/04161, Fédération de Russie c/ JSC Oschadbank, M. Ancel, magistrat en charge de la mise en état

Note

Par sentence rendue à Paris sous l'égide de la CPA en 2018, sur le fondement du traité bilatéral d'investissement (TBI) conclu entre la Russie et l'Ukraine le 27 novembre 1998, la Russie était condamnée à payer plus d'un milliard de dollars US à la banque publique ukrainienne Oschadbank pour l'avoir expropriée de ses investissements en Crimée en 2014. En 2019, la Russie sollicitait l'annulation de cette sentence et demandait l'arrêt de son exécution devant la cour d'appel de Paris en application de l'article 1526 du Code de procédure civile (CPC).

À l'appui de cette dernière demande, la Russie soutenait que ses droits pouvaient être gravement lésés par les tentatives d'exécution de la sentence dans des pays qui ne protégeaient pas « suffisamment » son immunité d'exécution, comme c'était le cas en Ukraine où l'exequatur avait déjà été obtenu et dont la cour suprême avait déjà jugé que la stipulation d'une clause d'arbitrage dans un TBI emportait renonciation par la Russie à ses immunités de juridiction et d'exécution. La Russie ajoutait que l'immobilisation de ses biens constituerait en soi une violation de cette immunité d'exécution de nature à léser gravement ses droits, lésion suffisamment grave pour que la France adopte la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 qui impose l'autorisation préalable du juge avant toute mesure d'exécution forcée portant sur les biens d'un État étranger. Pour la Russie, qui précisait ne pas entendre exécuter

spontanément la sentence dont l'annulation était pour elle certaine, le litige né de l'exercice de ses prérogatives de souveraineté s'opposait à toute mesure d'exécution, et l'arrêt de cette exécution en France permettrait de faire de même à l'étranger. Enfin, la Russie s'opposait à la proposition de constitution de garanties formulée par Oschadbank, la disant valoir exécution, et inadaptée en l'espèce, car seul l'arrêt de l'exécution en France lui permettrait de se prémunir du risque d'exécution à l'étranger. Pour Oschadbank, la pérennité financière de la Russie, dont l'argument aurait été général et hypothétique, n'était pas compromise par l'exécution d'une sentence dont le montant représenterait 0,07 % du PIB de la Russie pour 2018.

Pour rejeter cette demande après avoir rappelé les termes de l'article 1526 du CPC comme ceux du rapport au premier ministre relatif au décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 sur cet article, le conseiller de la mise en état en déduit que le bénéfice de l'arrêt ou de l'aménagement de l'exécution de la sentence ne peut dépendre du caractère sérieux du recours en annulation, et doit être apprécié strictement, ce qui conduit à subordonner ce bénéfice à une appréciation, *in concreto* au jour où le juge statue, du risque de lésion grave des droits que l'exécution est susceptible de générer, qui doit être suffisamment caractérisé et ne saurait être une faculté découlant d'un motif général, abstrait ou hypothétique. Puis le conseiller dit que la simple hypothèse qu'Oschadbank puisse procéder à des exécutions forcées dans divers pays, ce dont il n'est pas justifié, n'est pas suffisante pour justifier cet arrêt, dès lors que le principe de l'exécution est de permettre le paiement malgré le recours. Il ajoute que le risque d'exécution dans un pays tiers dépend de l'appréciation des conditions d'exécution au regard de la loi du pays d'exécution qui relève du seul juge du lieu d'exécution. Il observe enfin (i) qu'il n'y a pas de risque de non-recouvrement puisqu'Oschadbank n'est pas en difficulté financière, qu'elle appartient à l'Ukraine et emploie près de 30 000 personnes, et (ii) que la Russie ne soutient ni ne démontre que l'exécution de la sentence serait de nature à compromettre sa pérennité financière au regard du montant des condamnations, qui doivent être appréciées « à l'échelle d'un État ».

II. ARBITRAGE INTERNE

[...]

B. Mise en œuvre de la procédure

Étendue *ratione personae* du principe de compétence-compétence 372r5

L'essentiel Ne donne pas de base légale à sa décision au regard de l'article 1448 du Code de procédure civile, la cour d'appel qui, pour retenir la compétence judiciaire pour partie, ne recherche pas si le litige concernant des tiers à un contrat contenant une clause d'arbitrage, n'est pas en relation avec le litige relatif à la violation du contrat par ses signataires.

Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 2019, n° 18-26809, M. C, M^{me} M, Aello et a. c/ Diffusion Equipements Loisirs (DEL) et Multifija, F-D (cassation partielle CA Rennes, 2 oct. 2018), M^{me} Batut, prés. ; SCP Alain Bénabent et SCP Boré, Salve de Bruneton et Mégret, av.

Note

M. C et M^{me} M étaient signataires avec quelques autres, d'un pacte d'actionnaires portant sur la société Multifija, également signataire du pacte avec la société DEL. Ce pacte prévoyait l'arbitrage et imposait notamment confidentialité à M^{me} M et M. C, et non-concurrence à M. C. En 2017, Multifija et DEL assignaient devant le tribunal de commerce de Rennes (i) M^{me} M et M. C, en violation des obligations qu'ils avaient contractées au titre du pacte, ainsi que (ii) Aello, dirigée par M. C, et M. B, l'un des administrateurs et actionnaire d'Aello, et d'autres sociétés du groupe d'Aello, en concurrence déloyale et parasitisme. Le juge retenait sa compétence à l'égard de l'ensemble du litige et des parties, malgré la clause d'arbitrage dont il reconnaissait l'applicabilité, à raison de l'« indivisibi-

lité des actions » entreprises devant lui. En appel, la cour de Rennes se disait incompétente à l'égard de M. C et de M^{me} M seulement, après avoir constaté que la clause d'arbitrage n'était pas manifestement inapplicable au litige les concernant, exclusivement fondé sur le pacte. Constatant en revanche et notamment que les demandes formulées à l'encontre des autres défendeurs étaient délictuelles et ne relevaient d'aucune clause d'arbitrage, la cour renvoyait le litige les concernant devant le tribunal de commerce de Rennes (CA Rennes, ch. com. 3, 2 oct. 2018, n° 18/02173).

La cour d'appel se voyait alors reprocher d'avoir privé sa décision de base légale au regard du principe de compétence-compétence, pour n'avoir pas caractérisé l'inapplicabilité manifeste de la clause à ces derniers, en ne recherchant pas si ces autres défendeurs n'étaient pas directement impliqués dans le litige résultant de l'obligation de non-concurrence couverte par la clause d'arbitrage.

Au visa de l'article 1448 du Code de procédure civile, et après avoir souligné que M. C et M^{me} M étaient d'anciens salariés de DEL qui avaient rejoint Aello, l'arrêt est cassé au motif que la cour d'appel aurait dû rechercher si le litige n'était pas en relation avec l'inexécution prétendue par M. C et M^{me} M de l'obligation de non-concurrence contenue au pacte, ce que la Cour estime de nature à écarter le caractère manifeste de l'inapplicabilité de la clause à ce litige (v. RJ com. 2020, 33, note Moreau).

Compétence-compétence et rupture des relations commerciales établies 372r6

L'essentiel Il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa compétence à propos de l'entier litige lié à la rupture de relations commerciales établies, et de déterminer ainsi la portée de la clause d'arbitrage, en présence de contrats successifs dont seul celui au cours duquel la rupture est intervenue contient une clause d'arbitrage.

CA Paris, 5-4, 30 oct. 2019, n° 18/27504, Auchan Hypermarché (Auchan) et Organisation Intra-groupe des Achats (OIA) c/ Barel France, M^{me} Dallery, prés., M^{me} Bodard-Hermant et M. Gilles, cons. ; M^{es} Forest et Cussac, av.

Note

Barel et la centrale d'achat d'Auchan, OIA, entretenaient des relations commerciales depuis 1983, auxquelles OIA mettait un terme partiel en 2011, puis total en 2015 avec préavis de 3 ans. De 2010 à 2016, ces relations étaient formalisées par des contrats annuels successifs qui, à l'exception de celui de 2015, contenaient une clause attributive de juridiction. Le contrat de 2015

lui, prévoyait l'arbitrage CCI. En 2016, Barel assignait Auchan et OIA devant le tribunal de commerce de Lille pour rupture brutale des relations commerciales établies, et le 19 septembre 2018, ce juge se disait compétent pour statuer sur ce litige à l'exception de celui portant sur le contrat de 2015, réservant sa décision au fond.

En appel, Auchan et OIA disaient que la clause d'arbitrage couvrait l'ensemble du litige issu des ruptures notifiées en 2011 et 2015, qui trouvait son origine dans le contrat de 2015. Barel soutenait que la clause attributive de juridiction contenue au contrat de 2016 annulait la clause d'arbitrage contenue à celui de 2015.

Pour faire prévaloir la priorité de l'arbitre pour statuer sur sa compétence à propos de l'entier litige et déterminer la portée de la clause d'arbitrage, la cour considère que la clause, dont elle dit les termes très larges, n'est pas manifestement inapplicable à un litige dont le fait générateur résulte de la rupture totale notifiée en 2015, ajoutant que « la non-reconduite de la clause d'arbitrage dans le contrat de 2016 est sans effet ».

Arbitrage et vérification des créances 372r7

L'essentiel Le juge commissaire ne peut statuer sur l'admission d'une créance que dans les limites de la compétence matérielle de la juridiction qui l'a désigné.

CA Paris, 5-9, 16 janv. 2020, n° 18/14278, Alpha Petrovision Holding (APH) c/ Ipsa Holding (Ipsa) et a., M^{me} Picard, prés., M^{mes} Rohart-Messenger et Deliere, cons. ; M^{es} Fertier, Gallet et Podeur, av.

Note

Créancière d'Ipsa, placée sous sauvegarde en 2017, APH déclarait ses créances auprès du mandataire judiciaire qui en contestait une et, par ordonnance du 22 mai 2018, le juge commissaire se déclarait incompétent au motif que ce litige était couvert par une clause d'arbitrage.

En appel, APH soutenait que le montant et l'existence de cette créance n'étaient pas contestés. Dès lors qu'il n'existait pas de litige, la clause d'arbitrage n'était pas applicable en l'espèce puisqu'en vertu de la deuxième phrase de l'article L. 624-2 du Code de commerce, le juge-commissaire serait compétent en l'absence de contestation sérieuse.

Pour confirmer l'ordonnance, la cour relève simplement que selon ce texte, et en l'absence de contestation sérieuse, le juge commissaire ne peut statuer sur l'admission d'une créance « que dans les limites de la compétence matérielle de la juridiction qui l'a désigné ». Elle invite donc APH à saisir un tribunal arbitral dans le délai d'1 mois visé à l'article R. 624-5 du Code de commerce courant à compter de la notification de son arrêt.

Contrats multiples et priorité de l'arbitre pour statuer sur l'étendue de sa compétence 372r8

L'essentiel En présence d'une clause d'arbitrage qui n'est ni manifestement nulle ni manifestement inapplicable, il appartient au tribunal à constituer et non au juge de statuer en priorité sur le principe et l'étendue de sa compétence, et la bonne administration de la justice ne peut faire échec à l'article 1448 du Code de procédure civile.

CA Paris, 5-8, 19 nov. 2019, n° 18/03886, Novacap et Novacarb c/ Rhodia Chimie, M^{me} Hebert-Pageot, prés., M. Bedouet et M^{me} Texier, cons. ; M^{es} Beauchet et De Maria, av.

Note

Après avoir apporté une branche autonome d'activité à Novacarb, sa filiale créée pour l'occasion, Rhodia Chimie la cédait à Novacap par contrat de cession de 2002 prévoyant l'arbitrage CCI pour tout litige en rapport avec ce contrat. En 2016, Novacarb et Novacap assignaient Rhodia Chimie devant le tribunal de commerce de Paris pour mettre en œuvre les garanties prévues au contrat de cession et à l'apport partiel d'actif. Le 6 février 2018, le juge se déclarait incompétent après avoir relevé que les demandes de Novacap et Novacarb étaient identiques et que le contrat de cession et l'apport

partiel d'actif, condition suspensive de la cession, formaient un ensemble contractuel indivisible conclu pour une opération économique unique. Il ajoutait qu'une bonne administration de la justice imposait que le tribunal à constituer connaisse de l'ensemble des demandes.

En appel, Novacap et Novacarb soutenaient que Novacarb était un tiers au contrat de cession qu'elle disait indépendant de l'apport partiel d'actif, et qu'une bonne administration de la justice exigeait au contraire de ne pas scinder le litige.

Rappelant qu'en présence d'une clause d'arbitrage qui n'est ni manifestement nulle ni manifestement inapplicable, il appartient au tribunal à constituer et non à la cour, de statuer en priorité sur le principe et l'étendue de sa compétence pour juger des demandes d'indemnisation présentées globalement au titre de la garantie, la cour constate que le projet d'apport partiel d'actif ne contient pas de clause d'arbitrage. Relevant ensuite que la validité de la clause n'est pas contestée, la cour la dit « parfaitement applicable » et ajoute que le moyen fondé sur une bonne administration de la justice ne peut faire échec aux dispositions de l'article 1448 du Code de procédure civile.

C. Recours en annulation

Amiable composition et ordre public de direction 372r9

L'essentiel La clause d'amiable composition est une renonciation conventionnelle aux effets et au bénéfice de la règle de droit, les parties perdant la prérogative d'en exiger la stricte application et les arbitres recevant corrélativement le pouvoir de modifier ou de modérer les conséquences des stipulations contractuelles dès lors que l'équité ou l'intérêt commun bien compris des parties

l'exige, sauf lorsqu'est en cause une disposition d'ordre public au bénéfice de laquelle une partie ne peut renoncer.

CA Paris, 1-1, 19 nov. 2019, n° 17/20392, GIE Oc'via Construction (Oc'via) c/ Guintoli, EHTP et NGE Génie Civil, M^{me} Guihal, prés., M^{me} Beauvois et M. Lecaroz, cons. ; M^{es} Cabanes, Denel et Pietra, av.

Note

En 2014, le GIE Oc'via, entrepreneur principal, sous-traitait une partie d'un marché de travaux au groupement formé des sociétés Guintoli, EHTP et NGE Génie Civil (ensemble, Guintoli). Oc'via ne communiquait à Guintoli la caution bancaire exigée par l'article 14 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975, qu'après la conclusion du contrat qui imposait aussi que cette caution soit paraphée pour prendre effet. Par sentence AFA rendue en amiable composition à Paris en 2017, l'arbitre disait le contrat nul, précisant qu'au risque d'encourir l'annulation de la sentence, il restait tenu de respecter cet ordre public qu'il disait de direction plutôt que de protection.

Oc'via soutenait d'abord que l'arbitre avait violé sa mission et statué sans compétence pour avoir rendu sa sentence hors délai. Elle ajoutait aussi et notamment que l'arbitre avait violé sa mission en n'écartant pas la nullité prévue par la loi du 31 décembre 1975 qu'elle affirmait de protection et non de direction.

Pour rejeter ce recours, la cour relève d'abord que selon la sentence qui fait foi jusqu'à inscription de faux, les prorogations de délais décidées par l'arbitre, l'ont été sur demande d'Oc'via qui les a tacitement acceptées en participant à l'arbitrage, sans jamais invoquer l'expiration du délai. La cour rappelle ensuite que « la clause d'amiable composition est une renonciation conventionnelle aux effets et au bénéfice de la règle de droit, les parties perdant la prérogative d'en exiger la stricte application et les arbitres recevant corrélativement le pouvoir de modifier ou de modérer les conséquences des stipulations contractuelles dès lors que l'équité ou l'intérêt commun bien compris des parties l'exige, sauf lorsqu'est en cause une disposition d'ordre public au bénéfice de laquelle une partie ne peut renoncer ». Ainsi, pour la cour, en constatant être tenu de respecter des dispositions d'ordre public de direction, l'arbitre a respecté sa mission d'amiable compositeur.

Validité de la clause d'arbitrage couvrant un ensemble de contentieux indissociables au dénouement d'une opération de financement immobilier 372s0

L'essentiel L'expression « juridiction compétente » ne vise pas nécessairement une juridiction étatique.

CA Paris, 1-1, 12 nov. 2019, n° 17/11962, Immosport c/ M. Z, M^{me} Guihal, prés., M^{me} Beauvois et M. Lecaroz, cons. ; M^{ss} Entremont et Sire, av.

Note

Le 25 avril 2003, M. Z et Immosport créaient une société en participation (SEP) pour 10 ans, se répartissant 49 et 51 parts, afin de mettre « en commun et en valeur » un immeuble pris en crédit-bail par Immosport pour la même durée. Les statuts de la SEP (Statuts) soumettaient à l'arbitrage « toutes les contestations qui s'élèveraient entre les parties à l'occasion de l'interprétation ou de l'exécution des présentes tant au cours de la durée de la société en participation que lors de sa liquidation ». Par contrat du même jour (Contrat) soumettant tout litige à « la juridiction compétente », Immosport s'engageait à attribuer à M. Z à l'issue du crédit-bail, 49 % de ses droits sur l'immeuble. En 2012, M. Z saisissait le tribunal de grande instance de Paris pour obtenir certaines décisions relatives à l'administration de la SEP et à ses comptes, puis en cours de procédure, à l'expiration de la SEP, paiement de la contre-valeur des 49 % de droits réels immobiliers qui lui revenaient en vertu du Contrat. Le juge disait l'action « irrecevable » à raison de l'existence de la clause d'arbitrage. Par sentence partielle rendue à Paris en 2017, un tribunal *ad hoc* se déclarait compétent pour statuer sur l'entier litige.

Pour Immosport, le tribunal était incompétent car la signature le même jour entre les mêmes parties des Statuts et du Contrat, qui n'avaient pas le même objet et ne « s'inscrivaient pas dans la même temporalité », ne caractérisait pas la volonté des parties de soumettre l'ensemble des litiges à l'arbitrage, d'autant que l'expression « juridiction compétente » visait une juridiction étatique. Elle ajoutait aussi et notamment que le litige était inarbitrable pour porter sur des droits réels immobiliers, dont elle ne pouvait disposer librement.

Pour rejeter ce recours, la cour constate tout d'abord qu'il résulte du préambule du Contrat qui explicite l'opération économique et financière globale, comme des termes des Statuts et du Contrat, que ces actes distincts sont des actes complémentaires et dépendants qui expriment la volonté commune de permettre à M. Z de bénéficier de l'investissement qu'il ne pouvait réaliser initialement. La cour déduit ensuite des Statuts et du Contrat comme des termes de la clause, que les parties souhaitaient étendre la portée de la clause à l'ensemble des contentieux indissociables pouvant survenir au dénouement de l'opération dans son ensemble. Puis elle dit que la clause de compétence du Contrat n'attribue pas compétence à une juridiction étatique. Enfin, la cour souligne que la matière n'est pas inarbitrable et que les prétentions des parties ne portent pas sur « des droits indisponibles », avant d'ajouter que si elle annulait la sentence, M. Z serait victime d'un déni de justice, puisque son action avait été (définitivement) déclarée irrecevable en première instance.

[...]

Panorama de jurisprudence de la Cour de cassation 370v2

Par
Catherine BERLAUD

■ CONTRAT DE CONSTRUCTION

Point de départ de la prescription de la demande du solde du prix de la construction

Lorsque le maître de l'ouvrage ne se fait pas assister par un professionnel pour la réception, le solde du prix est payable dans les huit jours qui suivent la remise des clés consécutive à la réception, si aucune réserve n'a été formulée, ou, dans le cas contraire, à la levée des réserves.

Un couple conclut avec une société un contrat de construction d'une maison individuelle avec fourniture du plan. La réception de l'ouvrage intervient le 1^{er} août 2011 et, le 23 mars 2015, le constructeur assigne les maîtres d'ouvrage en paiement d'un solde du prix des travaux.

Viole l'article L. 218-2, du Code de la consommation, et l'article R. 231-7 du Code de la construction et de l'habitation, dans sa version applicable à la cause, la cour d'appel qui, pour déclarer irrecevable la demande du constructeur, retient que la réception de l'ouvrage a donné lieu à l'expression de réserves, que les désordres et non-finitions n'ont pas été repris dans l'année de parfait achèvement et que l'action du constructeur est prescrite dès lors que le solde du prix des travaux était devenu exigible au plus tard le 1^{er} août 2012, date de la fin de la garantie de parfait achèvement qui constitue le point de départ du délai de deux ans accordé au constructeur par l'article L. 137-2 du Code de la consommation pour demander le paiement du prix, alors que le solde du prix n'est dû au constructeur qu'à la levée des réserves.

Cass. 3^e civ., 13 févr. 2020, n° 18-26194, S^{te} Logemaine c/ M. X et a., FS-PBI (cassation CA Angers, 9 oct. 2018), M. Chauvin, prés. ; M^{me} Isabelle Galy, av. 373b7

■ COPROPRIÉTÉ

Appel en garantie d'un entrepreneur en liquidation par le syndicat des copropriétaires et action en justice du syndic

Le propriétaire de deux appartements situés sous une toiture-terrasse, se plaignant d'infiltrations, assigne en paiement de dommages-intérêts le syndicat des copropriétaires qui appelle en garantie son assureur et la société d'étanchéité qui est placée en liquidation judiciaire en cours d'instance.

Il résulte des articles L. 621-21, L. 622-22 et L. 641-3 du Code de commerce que, dès l'ouverture de la procédure de liquidation judiciaire, les instances en cours sont interrompues jusqu'à ce que le créancier poursuivant ait procédé à la déclaration de sa créance et qu'elles sont alors reprises de plein droit, le mandataire judiciaire et, le cas échéant, l'administrateur dûment appelés, mais tendent uniquement à la constatation de créances et à la fixation de leur montant. Viole ces textes la cour d'appel qui déclare irrecevable la demande du syndicat des copropriétaires dirigée contre la société d'étanchéité au motif qu'en raison de la liquidation judiciaire dont la société fait l'objet, aucune condamnation ne peut intervenir à son encontre.

Selon l'article 55 du décret du 17 mars 1967, le syndic ne peut agir en justice au nom du syndicat sans y avoir été autorisé par une décision de l'assemblée générale. Une telle autorisation n'est pas nécessaire pour défendre aux actions intentées contre le syndicat.

Pour déclarer la demande irrecevable la demande du syndicat des copropriétaires dirigée contre son assureur, l'arrêt retient que l'assemblée générale des copropriétaires n'a pas habilité le syndic à agir contre l'assureur de la copropriété ni validé l'action.

En application de l'alinéa 2 du texte précité, il a été jugé que le syndic pouvait, dans une instance dans laquelle il était défendeur, appeler en garantie un coresponsable pour dégager la responsabilité du syndicat des copropriétaires (Cass. 3^e civ., 7 janv. 1981, n° 79-12508, Cass. 3^e civ., 30 nov. 2004, n° 00-20453).

De même, le syndic n'a pas à être autorisé par l'assemblée générale des copropriétaires pour défendre à l'action introduite à l'encontre du syndicat et former une demande en garantie contre l'assureur de la copropriété.

En statuant comme elle le fait, la cour d'appel viole le texte susvisé.

Cass. 3^e civ., 27 févr. 2020, n° 19-10887, Synd. copr. de l'immeuble Le Centenaire c/ M. X et a., FS-PBI (cassation partielle CA Chambéry, 20 nov. 2018), M. Chauvin, prés. ; SCP Zribi et Texier, SCP Boulloche, SCP Gatineau et Fattaccini, av. 373a5

■ DIVORCE / SÉPARATION DE CORPS

Demande d'homologation d'un jugement de divorce, l'office du juge

Aux termes de l'article 268 du Code civil, les époux peuvent, pendant l'instance, soumettre à l'homologation du juge des conventions réglant tout ou partie des conséquences du divorce. Le juge, après avoir vérifié que les intérêts de chacun des époux et des enfants sont préservés, homologue les conventions en prononçant le divorce.

Il en résulte que le juge ne peut prononcer l'homologation d'une convention portant règlement de tout ou partie des conséquences du divorce qu'en présence de conclusions concordantes des époux en ce sens.

Viole ce texte la cour d'appel qui, pour déclarer irrecevable la demande d'homologation présentée par l'époux, relève, d'une part, que cette homologation ne peut intervenir qu'à la demande conjointe des deux époux, d'autre part, que l'épouse n'a pas conclu, et ne forme donc aucune demande, alors que la demande d'homologation d'une convention réglant tout ou partie des conséquences du divorce présentée par un époux seul est recevable, et qu'il lui appartient de tirer les conséquences de l'absence d'accord de l'autre époux sur cette demande.

Cass. 1^{re} civ., 12 févr. 2020, n° 19-10088, FS-PBI (cassation partielle CA Paris, 6 nov. 2018), M^{me} Batut, prés. ; SCP Gaschignard, av. 373b3

■ ÉTRANGERS

Aide à l'entrée et au séjour des étrangers : conditions de l'exemption pénale

Un justiciable est renvoyé devant le tribunal correctionnel sous la prévention d'avoir commis l'infraction d'aide à l'entrée, à la circulation ou au séjour irréguliers d'un étranger en France, en l'espèce pour avoir transporté dans son véhicule deux ressortissants maliens et deux ressortissants libyens. Après avoir constaté que l'un des étrangers pouvait avoir la nationalité française, le tribunal déclare le prévenu coupable des autres faits et le condamne à trois mois d'emprisonnement avec sursis, outre une mesure de confiscation.

Il résulte de l'article L. 622-4, 3^o du CESEDA qu'est accordé le bénéfice de l'immunité pénale à toute personne physique ou morale ayant apporté une aide à la circulation ou au séjour irrégulier d'un étranger lorsque l'acte reproché, ne donnant lieu à aucune contrepartie directe ou indirecte, a consisté à fournir une aide apportée dans un but exclusivement humanitaire.

Pour dire que le prévenu ne pouvait bénéficier des dispositions de ce texte et le déclarer coupable des faits poursuivis, la cour d'appel relève que si la démarche du prévenu n'a

donné lieu à aucune contrepartie et visait à assurer le gîte et le couvert à ses passagers, sa propre audition, celles de sa mère et des migrants font apparaître que le prévenu n'avait pas connaissance de l'éventuelle situation de détresse de ces derniers.

Les juges ajoutent que les déclarations du prévenu, selon lesquelles il aurait agi uniquement à titre personnel et non pour le compte d'une association d'aide aux migrants, sont démenties par ses autres réponses apportées aux gendarmes et par les données de l'enquête dès lors qu'il a précisé appartenir à cette association, dont les juges retiennent qu'il est de notoriété publique qu'elle apporte aide et assistance à des personnes étrangères en situation irrégulière, et qu'il a déclaré connaître son responsable.

Ils en concluent que l'exemption pénale dont se prévaut le prévenu, sans que soient remises en cause l'absence de contrepartie directe ou indirecte ainsi que la motivation du prévenu d'agir selon sa conscience et ses valeurs, n'est pas établie, dès lors que la prise en charge de plusieurs personnes étrangères, en situation irrégulière, par le prévenu à bord du véhicule de sa mère avec la volonté de les transporter chez une autre personne n'a pas été réalisée dans un but uniquement humanitaire.

Ils retiennent en effet que les actes du prévenu, dépourvus de toute spontanéité et constitutifs d'une intervention sur commande sans connaissance de l'éventuelle situation de détresse des migrants, qu'il savait avoir pénétré illégalement en France, se sont inscrits, de manière générale, dans le cadre d'une démarche d'action militante en vue de soustraire sciemment des personnes étrangères aux contrôles mis en œuvre par les autorités pour appliquer les dispositions légales relatives à l'immigration.

Ainsi, la cour d'appel méconnaît le texte susvisé et l'article 593 du Code de procédure pénale.

En premier lieu, la situation de détresse des migrants n'est pas un élément visé par l'article L. 622-4 3° du CESEDA.

En deuxième lieu, il ne résulte nullement de ces dispositions légales que la protection dont bénéficient les auteurs d'actes accomplis dans un but exclusivement humanitaire soit limitée aux actions purement individuelles et personnelles et qu'en soit exclue une action non spontanée et militante exercée au sein d'une association.

En troisième lieu, si l'aide apportée aux fins de soustraire sciemment des personnes étrangères aux contrôles mis en œuvre par les autorités pour appliquer les dispositions légales relatives à l'immigration peut constituer un but excluant son auteur du bénéfice de l'exemption prévue par ce texte, la cour d'appel, qui s'abstient de caractériser un tel mobile, ne peut se contenter de procéder par voie d'affirmation.

Cass. crim., 26 févr. 2020, n° 19-81561, FS-PBI (cassation CA Aix-en-Provence, 16 janv. 2019), M. Soulard, prés. ; SCP Spinosi et Bureau, av. 373a4

■ FISCALITÉ / FINANCES PUBLIQUES

Perception de taxe sur les activités polluantes et enrichissement sans cause : l'office du juge

Une société, qui exploite plusieurs installations de stockage et de traitement de déchets non dangereux, est assujettie, à ce titre, à la taxe générale sur les activités polluantes (TGAP). Estimant que l'imposition mise à sa charge pour l'année 2011, concernant l'une de ses installations, a été établie en appliquant le tarif de 11 euros la tonne prévu pour les déchets faisant l'objet d'une valorisation énergétique du biogaz de plus de 75 %, au lieu de 7 euros la tonne pour les déchets stockés et traités selon la méthode du bioréacteur à laquelle répondait ladite installation, la société adresse à l'administration des douanes une demande de remboursement de trop-perçu de taxe pour l'exercice en cause.

Lorsque sa demande est rejetée, elle assigne l'administration des douanes en annulation de la décision de rejet de sa demande de remboursement et aux fins de voir ordonner le remboursement du trop-perçu.

Il résulte de l'article 1353, du Code civil et de l'article 352^{bis} du Code des douanes, ainsi que des principes posés par la CJUE (CJUE, 2 oct. 2003, n° C-147/01, *Weber's Wine World* et a.) qu'il incombe à l'administration, au terme d'une analyse économique tenant compte de toutes les circonstances pertinentes, d'établir l'existence et la mesure de l'enrichissement sans cause que le remboursement d'une imposition indûment perçue au regard du droit communautaire engendrerait pour l'assujetti.

La cour d'appel, pour rejeter la demande de la société, après avoir énoncé que l'assujetti qui a répercuté sur ses clients la taxe indue pouvait subir un préjudice lié à une diminution du volume de ses ventes, de sorte qu'il y avait lieu de mesurer l'enrichissement sans cause que lui procurerait le remboursement de la taxe indûment payée, retient qu'elle ne produit aucun élément de nature à démontrer un tel impact sur son activité commerciale et que le dossier qu'elle a adressé au préfet permet, au contraire, de constater que le volume des déchets stockés et traités par elle en 2011 a augmenté par rapport à celui de 2010.

En se déterminant ainsi, par des motifs pris de la seule augmentation du volume d'activité de l'assujettie sur la période considérée, impropres à établir qu'elle n'a subi aucun préjudice dès lors qu'il ne peut être exclu que, sans cette répercussion, son chiffre d'affaires aurait augmenté davantage, la cour d'appel, qui ne se réfère pas à une analyse économique globale prenant en compte l'ensemble des circonstances pertinentes relatives à l'évolution des prix, des marges et des volumes de l'assujettie et du secteur concerné au cours de la période considérée, qu'il incombe à l'administration fiscale de produire, prive sa décision de base légale.

Cass. com., 12 févr. 2020, n° 17-24583, S^{te} Collectes valorisation énergie déchets c/ Directeur général des douanes et droits indirects, FS-PB (cassation partielle CA Aix-en-Provence, 4 juill. 2017), M^{me} Mouillard, prés. ; SCP Boré, Salve de Bruneton et Mégret, SCP Matuchansky, Poupot et Valdelièvre, av. 373b8

■ PROCÉDURE CIVILE

Procédure de suspicion légitime

Dans le cadre d'une instance en relevé d'une mesure d'interdiction de gérer et alors que l'affaire est appelée à l'audience du 18 octobre 2018 et renvoyée à l'audience du 22 novembre 2018, l'intéressé dépose au greffe de la cour d'appel, le 15 novembre, une requête en suspicion légitime en faisant valoir que la présence de Maître Legras de Grandcourt et de son conseil à l'audience démontre la partialité du tribunal de commerce.

Le premier président, après avoir constaté que le conseil du requérant a déposé une requête en suspicion légitime auprès du greffe de la cour d'appel 15 novembre 2018, soit postérieurement à l'audience du 18 octobre du tribunal de commerce lors de laquelle les faits qui établiraient la partialité de cette juridiction se sont produits, retient à bon droit que faute d'avoir formé sa demande par déclaration consignée par procès-verbal lors de l'audience du 18 octobre, comme l'impose l'article 344 du Code de procédure civile, celle-ci est irrecevable.

Cass. 2^e civ., 27 févr. 2020, n° 18-26083, M. X c/ Procureur général près la cour d'appel de Versailles, FS-PBI (rejet pourvoi c/ CA Versailles, 11 déc. 2018), M. Pireyre, prés. ; SCP Gadiou et Chevallier, av. 373a7

■ PROCÉDURE PÉNALE

Visioconférence pour une mise en liberté : QPC suivant une déclaration d'inconstitutionnalité

La question qui se pose est de savoir si dispositions du quatrième alinéa de l'article 706-71 du Code de procédure pénale, dans leur rédaction issue de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, en ce qu'elles ne font pas obstacle à ce qu'en matière criminelle, une personne placée en détention provisoire soit privée, pendant une année entière, de la possibilité

de comparaître physiquement devant le juge appelé à statuer sur la détention provisoire, portent atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit et, plus précisément, aux droits de la défense et à l'équilibre des droits des parties.

Une QPC (Cons. const., 20 sept. 2019, n° 2019-802 QPC) avait soutenu que, faute de prévoir que le détenu qui a déposé une demande de mise en liberté puisse s'opposer à ce que son audition devant la chambre de l'instruction ait lieu par visioconférence, ces dispositions porteraient atteinte aux droits de la défense et au droit, en matière de détention provisoire, de comparaître physiquement devant son juge.

Le Conseil constitutionnel avait jugé ces dispositions contraires à la Constitution. En effet, par exception, en matière criminelle, en application de l'article 145-2 du Code de procédure pénale, la première prolongation de la détention provisoire pouvait n'intervenir qu'à l'issue d'une durée d'une année. Il en résultait qu'une personne placée en détention provisoire pouvait se voir privée, pendant une année entière, de la possibilité de comparaître physiquement devant le juge appelé à statuer sur la détention provisoire. Selon le Conseil constitutionnel, les dispositions contestées portaient une atteinte excessive aux droits de la défense.

La déclaration d'inconstitutionnalité des termes « la chambre de l'instruction » pourrait être regardée comme s'appliquant également aux mêmes mots, figurant à l'alinéa 4 de l'article 706-71, dans sa rédaction issue de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, dès lors que ces dispositions sont rédigées de manière identique et ont un objet analogue.

Toutefois, seule une déclaration d'inconstitutionnalité des mots « la chambre de l'instruction » figurant à la première phrase du quatrième alinéa de l'article 706-71, dans sa rédaction résultant de la loi du 23 mars 2019 précitée, permettrait au Conseil constitutionnel, le cas échéant, d'abroger cette disposition, de fixer la date de cette abrogation et de reporter dans le temps ses effets.

La disposition législative contestée, en ce qu'elle pourrait porter atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution soulève nécessairement, eu égard à la décision du Conseil constitutionnel mentionnée ci-dessus, une question présente un caractère sérieux qui justifie son renvoi au Conseil constitutionnel.

Cass. crim., QPC, 4 févr. 2020, n° 19-86945, FS-PBI (renvoi CA Paris, 11 oct. 2019), M. Soulard, prés. ; SCP Spinosi et Sureau, av. : <https://lexis.fr/lexis/M-3cW> 373a8

RURAL

Droits de l'exploitant d'une concession temporaire de terres agricoles en cas d'abandon d'un projet d'urbanisme

Il résulte de l'article L. 411-2 du Code rural et de la pêche maritime et de l'article L. 221-2 du Code de l'urbanisme que l'exploitant bénéficiaire de la concession temporaire de terres agricoles acquises par une personne publique pour la constitution d'une réserve foncière ne bénéficie d'aucun droit né du statut des baux ruraux si l'immeuble est repris en vue de son utilisation définitive dans une opération d'aménagement.

Conformément à un arrêté de déclaration d'utilité publique du 31 janvier 1975, un établissement public foncier acquiert des parcelles de terre en vue de la constitution d'une réserve foncière. Entre le 8 décembre 1993 et l'année culturale 2013-2014, un exploitant, son fils et la société civile d'exploitation agricole dont ils sont associés concluent chaque année avec l'établissement une concession d'occupation précaire de ces terrains en vue de leur exploitation. Par lettre du 10 juillet 2014, l'établissement les informe qu'il projette de céder les terrains à une SAFER et qu'ils doivent les libérer à la fin de la saison. Les exploitants saisissent le tribunal paritaire des baux ruraux en reconnaissance d'un bail statutoire.

Viola ces textes susvisés en ne tirant pas les conséquences légales de ses propres constatations la cour d'appel qui, pour rejeter leur demande, retient que le régime des biens constituant une réserve foncière gérée par une personne publique n'accorde au preneur aucun droit à se maintenir dans les

lieux, alors qu'elle a relevé l'abandon du projet d'urbanisme justifiant la constitution de la réserve foncière, de sorte que, les biens n'ayant pas été repris par l'établissement en vue de leur utilisation définitive, le statut d'ordre public des baux ruraux ne peut être écarté.

Cass. 3^e civ., 27 févr. 2020, n° 18-24772, M. X c/ Établissement public foncier de Normandie et a., FS-PBI (cassation CA Rouen, 20 sept. 2018), M. Chauvin, prés. ; SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, SCP L. Poulet-Odent, SCP Rocheteau et Uzan-Sarano, av. 373a6

SÉCURITÉ SOCIALE / PROTECTION SOCIALE

Décès par la faute inexcusable de l'employeur : mode de calcul du capital dû

Une société conteste le calcul effectué par la CPAM du capital représentatif de la majoration des rentes d'ayant droit versées aux ayant droits de son salarié, décédé des suites d'une maladie professionnelle reconnue imputable à sa faute inexcusable par une décision de justice définitive.

Selon l'article L. 452-2 du Code de la sécurité sociale, seul applicable à la détermination du montant de la majoration de la rente d'accident du travail due en cas de faute inexcusable de l'employeur, le salaire annuel s'entend du salaire effectivement perçu par la victime.

L'employeur ne peut reprocher à la cour d'appel de le débouter de son recours, en arguant que la majoration de la rente due en cas de faute inexcusable de l'employeur est calculée en fonction du salaire de référence de la rente de base en tenant compte des plannings et des plafonds de rémunération du salarié prévus par le Code de la sécurité sociale, dès lors que la cour d'appel retient qu'il résulte du mode de calcul dont justifie la caisse que la majoration a été fixée conformément aux dispositions du texte précité, en tenant compte du salaire annuel de la personne décédée, faisant ainsi ressortir que la majoration de la rente litigieuse a été calculée sur la base du salaire effectivement perçu par la victime, et en déduisant exactement qu'il doit être retenu pour la détermination du capital représentatif mis à la charge de la société.

Cass. 2^e civ., 13 févr. 2020, n° 19-11868, S^{te} Ahlstrom Arches c/ CPAM des Vosges, F-PBI (rejet pourvoi c/ CA Nancy, 14 déc. 2018), M. Pireyre, prés. ; SCP Célice, Texidor, Périé, SCP Foussard et Froger, av. 373b4

SÉCURITÉ SOCIALE / PROTECTION SOCIALE

Délais impératifs de transmission des ordonnances à la CPAM par une infirmière libérale

Une infirmière libérale réclame le remboursement de soins facturés par voie électronique, en raison de la transmission tardive des ordonnances correspondantes.

Il résulte de l'article L. 161-33, alinéas 1 et 3 du Code de la sécurité sociale que lorsque le professionnel de santé a transmis, hors du délai prévu par l'article R. 161-48, I, du même code, les ordonnances correspondant aux feuilles de soins électroniques, l'organisme d'assurance maladie peut exiger de ce dernier la restitution de tout ou partie des prestations servies à l'assuré.

Viola ces textes le tribunal qui, pour accueillir le recours formé par l'infirmière, relève que la caisse verse aux débats la copie de deux courriers mentionnant qu'elle lui a réglé des prestations en précisant le numéro de lot, le nombre de factures, les dates de transmission et de paiement ainsi que le montant correspondant à chaque lot, que ces courriers indiquent que les pièces justificatives correspondantes n'ont pas été reçues par l'organisme et que la caisse a mis en demeure l'intéressée de payer la somme de 2 856,58 euros en faisant état des courriers précités par lesquels elle demande la restitution des pièces justificatives pour les lots transmis tardivement, que la caisse ne justifie pas de la réception par l'intéressée des courriers qui faisaient état de l'absence de transmission de pièces pour d'autres lots, que pour ces autres lots, il semble que les pièces n'ont pas été davantage

transmises dans les délais de trois ou huit jours ouvrés visés à l'article R. 161-47 du Code de la sécurité sociale, que la caisse ne donne aucune explication sur les suites qu'elle a données à ce défaut de communication des pièces pour les lots non visés dans la mise en demeure et que l'infirmière verse aux débats un courrier émanant de la caisse, dans lequel l'organisme reconnaît que les pièces justificatives lui ont été transmises postérieurement à la mise en demeure, tout en faisant état d'un délai conventionnel d'un mois qui n'aurait pas été respecté après les télétransmissions.

Il ajoute que compte tenu des divergences contenues dans les courriers, d'une part, et de la mise en demeure, d'autre part, quant aux lots concernés par l'absence de transmission de pièces justificatives, d'autant qu'il n'est pas contesté que les pièces ont été communiquées dès que l'infirmière a eu connaissance des motifs de la mise en demeure, et à défaut de preuve d'une quelconque information antérieure, l'indu réclamé n'est pas justifié.

En effet, il résulte des propres constatations du tribunal que les documents auxquels est subordonnée l'ouverture du droit aux prestations de l'assurance maladie n'ont pas été adressés à la caisse dans les délais requis.

Cass. 2^e civ., 13 févr. 2020, n° 18-26662, CPAM des Ardennes c/ M^{me} X, F-PBI (cassation TASS Charleville-Mézières, 23 oct. 2018), M. Pireyre, prés. ; SCP Foussard et Froger, av. 373b6

■ SÉCURITÉ SOCIALE / PROTECTION SOCIALE

Lettre d'observation de l'URSSAF : conditions de forme obligatoires

La lettre d'observations prévue par R. 243-59 du Code de la sécurité sociale, dans sa rédaction applicable au litige, doit, pour assurer le caractère contradictoire du contrôle et la garantie des droits de la défense à l'égard du donneur d'ordre dont la solidarité financière est recherchée, préciser année par année le montant des sommes dues.

Une URSSAF adresse à une société une lettre d'observations en vue de la mise en œuvre de la solidarité financière prévue aux articles L. 8222-1 et suivants du Code du travail, aux fins de recouvrement des cotisations et contributions sociales dues, pour les années 2009 à 2011, par une entreprise sous-traitante, qui fait l'objet de poursuites pour travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié, puis une mise en demeure de payer les cotisations et majorations de retard dues sur la période considérée.

Viole les textes susvisés sans tirer les conséquences de ses propres constatations la cour d'appel qui, pour dire que la lettre d'observation répond aux exigences découlant de l'article R. 243-59 du Code de la sécurité sociale, retient que ce document, après avoir rappelé les règles applicables et mentionné le montant global des cotisations dues par le sous-traitant, énonce que les cotisations mises à la charge de la société correspondent à la valeur des prestations effectuées pour son compte par le sous-traitant et que, si cette lettre fait état d'une somme globale de cotisations et contributions sociales, sans ventilation année par année, d'une part, cette omission n'a pas mis la société dans l'impossibilité d'y répondre, d'autre part, la lettre de mise en demeure subséquente a précisé les périodes concernées, ainsi que les sommes dues au titre, respectivement, des cotisations et des majorations, alors qu'elle relève que la lettre d'observation ne précise pas le montant des sommes dues année par année.

Cass. 2^e civ., 13 févr. 2020, n° 19-11645, S^{te} Maison et jardin c/ URSSAF d'Auvergne et a., F-PBI (cassation sans renvoi CA Riom, 4 déc. 2018), M. Pireyre, prés. ; SCP Gatineau et Fattaccini, SCP Lyon-Caen et Thiriez, av. 373b5

■ SUCCESSIONS / LIBÉRALITÉS

Rapport à succession d'une dette envers le défunt : charge de la preuve

En matière successorale, à la différence du rapport des libéralités, lequel, régi par les articles 843 à 863 du Code civil,

intéresse la composition de la masse partageable et constitue une opération préparatoire au partage, le rapport des dettes, prévu aux articles 864 à 867, concerne la composition des lots et constitue une opération de partage proprement dite. Les règles du droit commun de la preuve s'y appliquent.

Aux termes de l'article 864, alinéa 1, du Code civil, lorsque la masse partageable comprend une créance à l'encontre de l'un des copartageants, exigible ou non, ce dernier en est alloué dans le partage à concurrence de ses droits dans la masse. À due concurrence, la dette s'éteint par confusion. Si son montant excède les droits du débiteur dans cette masse, il doit le paiement du solde sous les conditions et délais qui affectaient l'obligation.

Selon l'article 1353 du Code civil, celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

Il résulte de la combinaison de ces deux derniers textes que s'il appartient à l'héritier qui demande le rapport d'une dette par l'un de ses copartageants de prouver son existence, une fois cette preuve rapportée, le copartageant qui prétend s'en être libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

Après avoir relevé que l'héritier ne conteste pas que sa mère lui avait prêté 600 000 francs, la cour d'appel en déduit exactement que, l'existence de sa dette étant établie, il lui appartient de prouver qu'il l'a remboursée et que, dès lors qu'il n'apporte aucun élément en ce sens, il doit rapporter cette somme à la succession de sa mère.

Cass. 1^{re} civ., 12 févr. 2020, n° 18-23573, PBI (rejet pourvoi c/ CA Paris, 21 févr. 2018), M^{me} Batut, prés. ; SCP Le Bret-Desaché, SCP Waquet, Farge et Hazan, av. 373b2

■ TRAVAIL

Droits du salarié en cas d'annulation du PSE : aucun principe constitutionnel méconnu

La question de savoir si l'annulation de la décision de validation mentionnée à l'article L. 1233-57-2 ou d'homologation du document unilatéral fixant le contenu du plan de sauvegarde de l'emploi, mentionnée à l'article L. 1233-57-3 pour un motif autre que celui mentionné au deuxième alinéa de l'article L. 1235-10 donne lieu, sous réserve de l'accord des parties, à la réintégration du salarié dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis ou, à défaut, au droit à une indemnité à la charge de l'employeur, qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois, sans préjudice de l'indemnité de licenciement, ne présente pas un caractère sérieux.

En effet, en premier lieu, le texte contesté a pour objet d'assurer aux salariés une indemnisation minimale de la perte injustifiée de leur emploi en cas de licenciement non suivi de réintégration.

En deuxième lieu, il ne fait pas obstacle, sur le recours de l'employeur, à la condamnation de l'État à réparer le préjudice direct et certain résultant de l'illégalité de la décision d'homologation.

En troisième lieu, il n'institue pas une sanction ayant le caractère d'une punition au sens de l'article 8 de la Déclaration de 1789.

En dernier lieu, le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi est inopérant puisque le licenciement d'un salarié intervenu en l'absence de toute décision relative à l'homologation du plan de sauvegarde de l'emploi ou alors qu'une décision négative a été rendue est nul et relève, en ce qui concerne les conséquences indemnitaires, des dispositions de l'article L. 1235-11 du Code du travail, non de celles, contestées par la QPC, de l'article L. 1235-16 du même code qui ne sont, dès lors, contraires ni à la liberté d'entreprendre, ni au principe de responsabilité, ni au droit de propriété, ni à l'exigence de proportionnalité des sanctions, ni encore au principe d'égalité.

Cass. soc., QPC, 5 févr. 2020, n° 19-40036, FS-PB (non-lieu à renvoi CA Aix-en-Provence, 8 nov. 2019), M. Cathala, prés. ; SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, av. 373b0

■ TRAVAIL

Frais d'avocat remboursés au CHSCT : limiter leur montant quand celui-ci n'est pas contesté ?

Un CHSCT reproche à l'ordonnance du président du TGI de limiter à 2 000 euros la somme allouée au titre des frais et honoraires d'avocat alors « que l'employeur doit supporter les frais de la procédure de contestation l'expertise décidée par le CHSCT dès lors qu'aucun abus du comité n'est établi, que ce n'est que lorsque le montant de ces frais est contesté par l'employeur que le juge peut lui-même en fixer le montant et qu'en allouant au CHSCT, au titre des frais et honoraires d'avocat, une somme inférieure à celle sollicitée quand le montant des frais exposé par le CHSCT n'est pas contestée par l'employeur, le président du TGI viole l'article L. 4614-13 du Code du travail ».

Il résulte de ce texte qu'en cas de contestation, il incombe au juge de fixer le montant des frais et honoraires d'avocat exposés par le CHSCT qui seront mis à la charge de l'employeur au regard des diligences accomplies.

Viole ce texte la président du TGI qui, pour condamner la société à payer au CHSCT une certaine somme au titre des frais exposés, retient que la somme dont il est demandé le paiement apparaît excessive pour les diligences accomplies et que le montant à la charge de la société sera limité à 2 000 euros, alors que la somme demandée par le CHSCT ne fait l'objet d'aucune contestation.

Cass. soc., 5 févr. 2020, n° 18-26131, CHSCT Nord-Est de la s^{té} Pages jaunes c/ S^{té} Pages jaunes, F-PB (cassation TGI Nancy, 16 oct. 2018), M. Huglo, f.f. prés. ; SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, av. 373a9

■ TRAVAIL



Rôle des CHSCT pour le travailleur intérimaire mis à disposition d'une entreprise utilisatrice

Il résulte de l'article L. 4614-12 du Code du travail et de l'article L. 1251-21 du même code, interprétés à la lumière de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, de l'article 31 § 1, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et de l'article 6 § 4, de la directive 89/391/CEE du Conseil, du 12 juin 1989, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleurs au travail, une obligation pour ceux qui emploient des travailleurs de veiller à ce que leur droit à la santé et à la sécurité soit assuré, sous la vigilance des institutions représentatives du personnel ayant pour mission la prévention et la protection de la santé physique ou mentale et de la sécurité des travailleurs.

S'agissant des salariés des entreprises de travail temporaire, si la responsabilité de la protection de leur santé et de leur sécurité est commune à l'employeur et à l'entreprise utilisatrice, il incombe au premier chef à l'entreprise utilisatrice de prendre toutes les dispositions nécessaires pour assurer cette protection en application de l'article L. 1251-21-4° du code du travail. Par conséquent, c'est au CHSCT de l'entreprise utilisatrice qu'il appartient d'exercer une mission de vigilance à l'égard de l'ensemble des salariés de l'établissement placés sous l'autorité de l'employeur.

Lorsque le CHSCT de l'entreprise de travail temporaire constate que les salariés mis à disposition de l'entreprise

utilisatrice sont soumis à un risque grave et actuel, sans que l'entreprise utilisatrice ne prenne de mesures, et sans que le CHSCT de l'entreprise utilisatrice ne fasse usage des droits qu'il tient dudit article, il peut, au titre de l'exigence constitutionnelle du droit à la santé des travailleurs, faire appel à un expert agréé afin d'étudier la réalité du risque et les moyens éventuels d'y remédier.

Cass. soc., 26 févr. 2020, n° 18-22556, CHSCT IDF Manpower France c/ S^{té} Manpower France, FS-PBRI (cassation partielle TGI Nanterre, 1^{er} août 2018), M. Cathala, prés. ; SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, SCP Thouin-Palat et Boucard, av. 373a3

NOTE Le droit de propriété et le droit à la santé des travailleurs sont deux droits constitutionnellement garantis et la mise en balance de ces droits peut se révéler particulièrement délicate dans le cas de travailleurs intérimaires mis à disposition d'une entreprise, cliente de l'employeur lorsque c'est le CHSCT de ce dernier qui intervient au profit des travailleurs temporaires travaillant pour le compte d'une entreprise extérieure.

Dès lors que le droit à la santé des travailleurs est un droit protégé à la fois par le droit européen et par le droit constitutionnel, la chambre sociale a reconnu cette possibilité au CHSCT seulement à condition qu'il soit avéré qu'il existe un risque grave et actuel pour ces travailleurs et que soit constatée l'inaction de l'entreprise utilisatrice et de l'institution représentative du personnel en charge des questions de santé et sécurité en son sein.

Ici, alors qu'il était invoqué un risque grave pour la santé de travailleurs intérimaires, le président du TGI saisi en la forme des référés a écarté par principe la possibilité pour le CHSCT de l'entreprise de travail temporaire de désigner un expert dans l'établissement où les travailleurs temporaires étaient mis à disposition. La chambre sociale censure ce refus de principe et demande aux juges du fond de vérifier si le risque grave et actuel invoqué ainsi que l'inaction de l'entreprise utilisatrice étaient ou non avérés.

■ VOIES D'EXÉCUTION

Demande de prescription des intérêts en cause d'appel : office du juge

Aux termes d'une convention de coopérateur, deux époux acquièrent auprès d'une société civile de construction, une part de société donnant vocation à l'attribution d'un lot immobilier, constitué d'une maison avec garage, moyennant le paiement d'une certaine somme financée par des prêts consentis par la société.

Sur le fondement d'un arrêt irrévocable, la société fait pratiquer une saisie-vente et une saisie-attribution de compte bancaire que l'époux conteste devant un juge de l'exécution. À peine d'irrecevabilité relevée d'office, les parties ne peuvent soumettre à la cour de nouvelles prétentions si ce n'est pour opposer compensation, faire écarter les prétentions adverses ou faire juger les questions nées de l'intervention d'un tiers, ou de la survenance ou de la révélation d'un fait.

Prive sa décision de base légale au regard de l'article 564 du Code de procédure civile la cour d'appel qui, pour déclarer irrecevable la demande de l'époux tendant à voir déclarer prescrite la demande de paiement des intérêts, retient que le demandeur se prévaut pour la première fois en cause d'appel de la prescription des intérêts, alors qu'il n'a pas formé cette demande devant le juge de l'exécution en application de ce texte, tout en constatant qu'il a formé une demande relative à la prescription des intérêts, sans examiner si les conditions du texte susvisé étaient réunies.

Cass. 2^e civ., 27 févr. 2020, n° 18-19367, FS-PBI (cassation partielle CA Douai, 12 avr. 2018), M. Pireyre, prés. ; SCP Rousseau et Tapie, SCP Ghestin, av. 373b1

Panorama de jurisprudence du Conseil d'État 370v4

Par
Nathalie FINCK
et Samuel SEROC

■ SANTÉ / DROIT MÉDICAL

Exigence d'agrément et d'assermentation des agents chargés du contrôle au titre de l'article L. 114-10 du Code de la sécurité sociale

Il résulte de la combinaison des dispositions du IV de l'article L. 315-1, du III de l'article R. 315-1, des articles R. 315-2, R. 315-1-1 et L. 114-10 du Code de la sécurité sociale (CSS) que l'exigence d'agrément et d'assermentation prévue par ce dernier article ne s'applique pas aux médecins-conseils pour l'exercice, sur le fondement du IV de l'article L. 315-1 du CSS, de leur mission d'analyse de l'activité des professionnels de santé dispensant des soins aux bénéficiaires de l'assurance maladie. Il en résulte que la section des assurances sociales du Conseil national de l'ordre des médecins n'a pas commis d'erreur de droit en écartant le moyen par lequel le requérant contestait la validité des éléments recueillis par les médecins-conseils ayant participé aux opérations de contrôle de son activité, faute d'agrément et d'assermentation de ces médecins-conseils.

CE, 4^e et 1^{re} ch. réunies, 12 févr. 2020, n° 425566, Mentionné aux Tables du Recueil Lebon (rejet pourvoi c/ décision Conseil national de l'ordre des médecins, 17 oct. 2018), O. Fuchs, rapp. ; R. Chambon, rapp. pub. 372y2

■ COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

La décision du ministre de l'intérieur prévoyant une majoration annuelle d'une dotation destinée à certaines communes ne peut être regardée comme purement gracieuse et est susceptible de recours

En l'espèce, était attaquée la décision du ministre de l'intérieur prévoyant une majoration annuelle de 5 030 euros de la dotation pour les titres sécurisés pour les communes équipées d'un dispositif de recueil des empreintes digitales, une telle majoration n'étant pas imposée par les règles de compensation des transferts de compétences de l'État vers les collectivités territoriales.

Le Conseil d'État a jugé que si le ministre n'était pas tenu de prendre la décision attaquée, qui revêt un caractère réglementaire, cette décision ne saurait être regardée comme une mesure purement gracieuse qui, pour ce motif, serait insusceptible de recours. Elle ne saurait davantage être regardée comme une mesure favorable à la commune requérante, de sorte que celle-ci peut se prévaloir d'un intérêt lui donnant qualité à en demander l'annulation.

CE, 3^e et 8^e ch. réunies, 24 févr. 2020, n° 425034, Mentionné aux Tables du Recueil Lebon, G. Sajust de Bergues, rapp. ; M.-G. Merloz, rapp. pub. 373d0

■ BIENS PUBLICS

Délégation de la gestion d'un service public exploité au moyen d'un réseau public relevant du domaine public et absence de compétence du concessionnaire pour autoriser l'occupation de ce réseau par les exploitants de réseaux ouverts au public ainsi que pour fixer et percevoir les redevances

Aux termes de l'article L. 45-9 du Code des postes et communications électroniques (CPCE), « les exploitants de réseaux ouverts au public bénéficient d'un droit de passage, sur le domaine public routier et dans les réseaux publics relevant du domaine public routier et non routier, à l'exception des réseaux et infrastructures de communications électroniques,

et de servitudes sur les propriétés privées mentionnées à l'article L. 48, dans les conditions indiquées ci-après (...) ». Aux termes de l'article L. 47-1 du même code, « l'autorisation d'occuper les réseaux publics visés à l'article L. 45-9 et appartenant au domaine public routier ou non routier est refusée lorsque l'occupation est incompatible avec l'affectation desdits réseaux ou avec les capacités disponibles. (...) / La convention d'occupation du réseau public ne peut contenir des dispositions relatives aux conditions commerciales de l'exploitation. Elle donne lieu à versement de redevances dues à l'autorité concessionnaire ou gestionnaire du domaine public concerné, dans le respect du principe d'égalité entre tous les opérateurs. Le montant maximum de la redevance applicable est respectivement fixé dans le respect des articles L. 46 et L. 47, selon que le réseau public relève du domaine public non routier ou du domaine public routier. / Lorsque l'autorisation d'occuper le réseau public est consentie par l'autorité visée à l'alinéa précédent, la convention afférente est établie dans un délai de deux mois à compter de ladite autorisation ». Il ne résulte ni de ces dispositions, ni d'aucun texte, que la délégation à un tiers de la gestion du service public exploité au moyen d'un réseau public relevant du domaine public routier ou non entraîne nécessairement, dans le silence de la convention, le transfert au concessionnaire de la compétence pour autoriser l'occupation de ce réseau par les exploitants de réseaux ouverts au public visés au premier alinéa précité de l'article L. 45-9 du CPCE ainsi que pour fixer et percevoir les redevances correspondantes.

CE, 8^e et 3^e ch. réunies, 24 févr. 2020, n° 427280, Mentionné aux Tables du Recueil Lebon (annulation CAA Versailles, 22 nov. 2018), L. Domingo, rapp. ; K. Ciavaldini, rapp. pub. 373c1

■ PERSONNES / FAMILLE

Mesure de protection des personnes majeures et participation des personnes protégées au financement de la mesure de protection

Il résulte de l'article R. 471-5-3 du Code de l'action sociale et des familles (CASF), dans sa rédaction issue de l'article 1^{er} du décret n° 2018-767 du 31 août 2018 attaqué, que les majeurs protégés dont les ressources sont inférieures ou égales au montant de l'allocation aux adultes handicapés (AAH), qui s'élevait à un maximum de 819 euros par mois au 1^{er} avril 2018, sont exonérés de toute participation au financement de la mesure de protection les concernant. En revanche, un prélèvement de 0,6 % est appliqué à l'intégralité de la tranche de revenus correspondant au montant de cette allocation dès que les ressources du majeur protégé excèdent ce montant. Les requérants soutiennent que ces dispositions produisent des effets de seuil se traduisant par une réduction du revenu disponible des majeurs protégés dont les ressources prises en compte pour le calcul de cette participation dépassent de peu le seuil correspondant au montant maximum de l'AAH, par rapport à ceux dont les ressources sont inférieures ou égales à ce seuil. Ils indiquent que le montant mis à la charge d'un majeur protégé, lorsque ses ressources excèdent d'un euro ce seuil, est de l'ordre de cinq euros par mois. Les dispositions contestées prennent ainsi pour seuil à partir duquel est calculée la participation de la personne protégée au financement du coût de sa protection juridique, le montant maximum annuel de l'AAH. Compte tenu de la modicité des ressources des intéressés, le seuil étant en dessous de l'indicateur de pauvreté relative, des conséquences de l'application du taux de 0,6% sur le montant des revenus annuels des intéressés dès lors qu'ils dépassent ce seuil, en l'absence de tout mécanisme de lissage, la différence de traitement qui en résulte selon que les personnes protégées sont juste en dessous ou juste au-dessus de ce seuil, est manifestement

disproportionnée au regard de l'objet de la mesure, lequel est de les faire participer au financement de leur protection juridique en fonction de leurs ressources.

CE, 6^e et 5^e ch. réunies, 12 févr. 2020, n° 425138, Mentionné aux Tables du Recueil Lebon, D. Ribes, rapp. ; S. Hoyneck, rapp. pub. 372y4

■ FONCTION PUBLIQUE

Modalités d'examen de la légalité d'une décision de refus de titularisation d'un agent public stagiaire

Un agent public ayant, à la suite de son recrutement ou dans le cadre de la formation qui lui est dispensée, la qualité de stagiaire se trouve dans une situation probatoire et provisoire. La décision de ne pas le titulariser en fin de stage est fondée sur l'appréciation portée par l'autorité compétente sur son aptitude à exercer les fonctions auxquelles il peut être appelé et, de manière générale, sur sa manière de servir, et se trouve ainsi prise en considération de sa personne.

L'autorité compétente ne peut donc prendre légalement une décision de refus de titularisation, qui n'est soumise qu'aux formes et procédures expressément prévues par les lois et règlements, que si les faits qu'elle retient caractérisent des insuffisances dans l'exercice des fonctions et la manière de servir de l'intéressé.

Cependant, la circonstance que tout ou partie de tels faits seraient également susceptibles de caractériser des fautes disciplinaires ne fait pas obstacle à ce que l'autorité compétente prenne légalement une décision de refus de titularisation, pourvu que l'intéressé ait été alors mis à même de faire valoir ses observations.

Il résulte de ce qui précède que, pour apprécier la légalité d'une décision de refus de titularisation, il incombe au juge de vérifier qu'elle ne repose pas sur des faits matériellement inexacts, qu'elle n'est entachée ni d'erreur de droit, ni d'erreur manifeste dans l'appréciation de l'insuffisance professionnelle de l'intéressé, qu'elle ne revêt pas le caractère d'une sanction disciplinaire et n'est entachée d'aucun détournement de pouvoir et que, si elle est fondée sur des motifs qui caractérisent une insuffisance professionnelle mais aussi des fautes disciplinaires, l'intéressé a été mis à même de faire valoir ses observations.

CE, 3^e et 8^e ch. réunies, 24 févr. 2020, n° 421291, Mentionné aux Tables du Recueil Lebon (annulation CAA Bordeaux, 10 avr. 2018), C. Isidoro, rapp. ; M.-G. Merloz, rapp. pub. 373d1

NOTE v. CE, Section, 3 déc. 2003, n° 236485, Mme Mansuy, p. 469 ; pour le refus de renouvellement d'un contrat, CE, 19 déc. 2019, n° 423685, Commune du Vésinet.

■ COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

Mise en œuvre par le maire de ses pouvoirs de police pour remédier à un obstacle s'opposant à la circulation sur un chemin rural

Il résulte des articles L. 161-5 et D. 161-11 du Code rural et de la pêche maritime (CRPM) que le maire a l'obligation de remédier à l'obstacle qui s'oppose à la circulation sur un chemin rural. Toutefois, pour relever l'existence d'un obstacle à la circulation sur le chemin rural et pour déterminer les mesures qui s'imposent, le maire est nécessairement conduit à porter une appréciation sur les faits de l'espèce, notamment sur l'ampleur de la gêne occasionnée et ses conséquences. Ainsi, le maire ne peut être regardé comme se trouvant en situation de compétence liée pour prendre les mesures prévues par l'article D. 161-11 du CRPM.

Si les dispositions de l'article D. 161-11 du CRPM imposent au maire, lorsqu'un obstacle s'oppose à la circulation sur un chemin rural, de prendre sans délai les mesures propres à remédier à la situation, les conditions dans lesquelles il est ainsi tenu de mettre en œuvre ses pouvoirs de police ne traduisent pas nécessairement l'existence d'une situation d'urgence, au sens du 1^o du deuxième alinéa de l'article 24

de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, désormais codifié à l'article L. 121-2 du code des relations entre le public et l'administration, de nature à dispenser l'autorité administrative de faire précéder sa décision d'une procédure contradictoire. L'existence d'une telle situation d'urgence doit être appréciée concrètement, en fonction des circonstances de l'espèce.

CE, 8^e et 3^e ch. réunies, 24 févr. 2020, n° 421086, Mentionné aux Tables du Recueil Lebon (annulation CAA Nantes, 30 mars 2018), J.-M. Vié, rapp. ; K. Ciavaldini, rapp. pub. 373d4

■ URBANISME / CONSTRUCTION

Fourniture par le demandeur d'un permis d'aménager de l'attestation suivant laquelle il remplit les conditions définies à l'article R. 423-1 du Code de l'urbanisme

Il résulte des articles R. 441-1 et R. 423-1 du Code de l'urbanisme que les demandes de permis d'aménager doivent seulement comporter l'attestation du pétitionnaire qu'il remplit les conditions définies à l'article R. 423-1. Les autorisations d'utilisation du sol, qui ont pour seul objet de s'assurer de la conformité des travaux qu'elles autorisent avec la législation et la réglementation d'urbanisme, étant accordées sous réserve du droit des tiers, il n'appartient pas à l'autorité compétente de vérifier, dans le cadre de l'instruction d'une demande de permis, la validité de l'attestation établie par le demandeur. Toutefois, lorsque l'autorité saisie d'une demande de permis d'aménager vient à disposer au moment où elle statue, sans avoir à procéder à une instruction lui permettant de les recueillir, d'informations de nature à établir le caractère frauduleux de cette attestation ou faisant apparaître, sans que cela puisse donner lieu à une contestation sérieuse, que le pétitionnaire ne dispose, contrairement à ce qu'implique l'article R. 423-1 du Code de l'urbanisme, d'aucun droit à la déposer, il lui revient de refuser pour ce motif le permis sollicité. C'est le cas lorsque l'autorité saisie de la demande de permis est informée de ce que le juge judiciaire a remis en cause le droit de propriété sur le fondement duquel le pétitionnaire a présenté sa demande. En revanche, lorsque le pétitionnaire est, pour le terrain faisant l'objet de la demande de permis, titulaire d'une promesse de vente qui n'a pas été remise en cause par le juge judiciaire à la date à laquelle l'autorité administrative se prononce, l'attestation par laquelle il déclare remplir les conditions pour déposer la demande de permis ne peut, en l'absence de manœuvre frauduleuse, être écartée par l'autorité administrative pour refuser de délivrer le permis sollicité. En l'espèce, une société a fourni, lors du dépôt de sa demande de permis d'aménager, le 10 septembre 2014, l'attestation prévue par les dispositions de l'article R. 441-1 ci-dessus mentionné, et dont la qualité de propriétaire découlait d'une promesse du 22 janvier 2013 consentie par la commune pour la vente du terrain d'implantation du projet et d'une délibération du conseil municipal de cette commune du 6 février 2013 approuvant cette vente. Si le maire de la commune a retiré le permis d'aménager dont la société était devenue tacitement bénéficiaire le 18 février 2015 au motif qu'une délibération du conseil municipal du 6 novembre 2014 avait constaté la caducité de la vente et ainsi privé le pétitionnaire de la qualité requise pour obtenir le permis d'aménager, il résulte des constatations faites par la cour administrative d'appel dans le cadre de son pouvoir souverain qu'à la date de naissance du permis tacite, le juge judiciaire, qui était seulement saisi d'une action engagée pour contester la caducité de la promesse de vente, n'avait pas remis en cause la validité de cette promesse. Dans ces conditions, l'attestation fournie par la société ne pouvait, alors qu'aucune manœuvre frauduleuse n'est alléguée, être écartée par l'autorité administrative pour considérer que le permis d'aménager tacite obtenu par cette société était illégal et pour procéder, pour ce motif, au retrait de ce permis.

CE, 5^e et 6^e ch. réunies, 12 févr. 2020, n° 424608, Mentionné aux Tables du Recueil Lebon (rejet pourvoi c/ CAA Lyon, 31 juill. 2018), A. Seban, rapp. ; N. Polge, rapp. pub. 372y5

■ CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

Moyens opérants dans le cadre d'une question préjudicielle du juge judiciaire portant sur la légalité d'un acte réglementaire

Si, dans le cadre d'une contestation d'un acte réglementaire par voie d'exception, la légalité des règles fixées par l'acte réglementaire, la compétence de son auteur et l'existence d'un détournement de pouvoir peuvent être utilement critiquées, il n'en va pas de même des conditions d'édiction de cet acte, les vices de forme et de procédure dont il serait entaché ne pouvant être utilement invoqués que dans le cadre du recours pour excès de pouvoir dirigé contre l'acte réglementaire lui-même et introduit avant l'expiration du délai de recours contentieux.

Ces principes sont applicables à la contestation de la légalité d'un acte réglementaire dans le cadre d'une question préjudicielle posée par le juge judiciaire (sol. impl.).

CE, 3^e et 8^e ch. réunies, 24 févr. 2020, n° 431255, Mentionné aux Tables du Recueil Lebon, S. Monteillet, rapp. ; M.-G. Merloz, rapp. pub. 373c9

NOTE v. CE, Assemblée, 18 mai 2018, n° 414583, Fédération des finances et affaires économiques de la CFDT, p. 187.

■ DROIT FISCAL

Absence d'obligation de ventiler entre les catégories de revenus dont relèvent les bases rectifiées les droits résultant des rectifications

Il résulte du premier alinéa de l'article L. 48 et de l'article L. 57 du Livre des procédures fiscales que l'indication du montant des conséquences financières des rectifications proposées constitue une garantie pour le contribuable. Si la proposition de rectification doit indiquer de quelles catégories de revenus relèvent les différentes bases rectifiées, elle n'est pas tenue de ventiler les droits qui résultent des rectifications entre ces différentes catégories.

CE, 3^e et 8^e ch. réunies, 24 févr. 2020, n° 420394, Mentionné aux Tables du Recueil Lebon (annulation partielle CAA Versailles, 6 mars 2018), S. Monteillet, rapp. ; M.-G. Merloz, rapp. pub. 373d3

NOTE v. CE, Plénière, 2 déc. 1977, n° 99098, p. 481.

■ ENSEIGNEMENT

Les agents publics souhaitant être renouvelés dans leurs fonctions de professeur associé à mi-temps doivent obtenir une autorisation auprès de l'autorité hiérarchique dont ils relèvent dans les conditions prévues par le décret n° 85-733 du 17 juillet 1985 relatif aux maîtres de conférences et professeurs des universités associés ou invités

Il résulte des dispositions de l'article 9-2 du décret n° 85-733 du 17 juillet 1985 relatif aux maîtres de conférences et professeurs des universités associés ou invités que « les professeurs associés à mi-temps sont nommés pour une période qui ne peut être inférieure à trois ans ni supérieure à neuf ans suivant la procédure prévue à l'article 2 pour les professeurs des universités associés à temps plein. Dans cette dernière limite, le décret de nomination peut prévoir que, au terme d'une période de trois ans, l'intéressé peut, sur sa demande, être maintenu une ou plusieurs fois dans ses fonctions, par arrêté du président ou du directeur de l'établissement, au vu d'un rapport d'activité et dans les conditions prévues à l'article 2 du présent décret. Toute cessation anticipée de fonctions intervenant à la demande de l'intéressé est prononcée par arrêté du président ou du directeur de l'établissement. Les nominations faites dans les conditions définies à l'alinéa qui précède peuvent être renouvelées. Les agents publics souhaitant être renouvelés dans leurs fonctions de professeur associé

à mi-temps doivent obtenir une autorisation auprès de l'autorité hiérarchique dont ils relèvent dans les conditions prévues au III de l'article 9 du présent décret. (...) ». En l'espèce, il ressort des pièces du dossier que si l'intéressé a été nommé professeur associé pour une période de trois ans à compter de la date de son installation par un décret du Président de la République, ce décret ne prévoyait pas que l'intéressé pourrait, sur sa demande, au terme d'une période de trois ans, être maintenu en fonctions dans les conditions prévues par l'article 9-2 précité. Dès lors, le directeur de l'établissement d'enseignement supérieur n'avait pas compétence pour le renouveler dans ses fonctions.

CE, 4^e et 1^{re} ch. réunies, 12 févr. 2020, n° 425401, Mentionné aux Tables du Recueil Lebon (annulation décision directeur de l'Ecole nationale supérieure d'informatique pour l'industrie et l'entreprise, 24 juill. 2018), Y. Treille, rapp. ; R. Chambon, rapp. pub. 372y3

■ ENVIRONNEMENT

Contestation de l'estimation indicative du coût des mesures foncières figurant dans le plan de prévention des risques technologiques prévu par l'article R. 515-41 du Code de l'environnement

Il résulte des articles L. 515-16, L. 515-19, L. 515-8 et de l'article R. 515-41 du Code de l'environnement que les plans de prévention des risques technologiques (PPRT) ont notamment pour objet de délimiter, à l'intérieur de certaines zones, des secteurs dans lesquels les propriétaires des biens concernés peuvent mettre en demeure les personnes publiques compétentes en matière d'urbanisme de procéder à l'acquisition de leur bien, ainsi que des secteurs dans lesquels l'État peut déclarer d'utilité publique l'expropriation au profit de ces mêmes personnes des immeubles et droits réels immobiliers. Si l'estimation indicative du coût des mesures foncières qui, en vertu de l'article R. 515-41 du Code de l'environnement, doit être mentionnée par le plan de prévention, peut être utilement contestée à l'appui d'un recours contre ce dernier, elle n'a en revanche pas pour objet de déterminer le montant des indemnités versées aux propriétaires faisant l'objet de mesures foncières ni de fixer les modalités de financement de ces mesures. Dès lors en jugeant que cette estimation n'est pas susceptible d'être opposée aux futures décisions administratives qui devront être nécessairement prises pour assurer la mise en œuvre du plan, ainsi que le prévoient les dispositions de l'article L. 515-19 du Code de l'environnement, pour en déduire que la société requérante, qui exploite l'une des installations à l'origine du risque, ne saurait utilement contester la pertinence du coût estimé des futures mesures d'indemnisation dont elle pourra être amenée à supporter une partie des charges à l'appui de ses conclusions tendant à l'annulation du PPRT, la cour n'a pas commis d'erreur de droit. Si les exploitants des installations à l'origine du risque participent au financement des mesures prises en application du II et du III de l'article L. 515-16 dans les conditions prévues par les dispositions de l'article L. 515-19 du Code de l'environnement, ils peuvent contester l'indemnisation due au titre de ces mesures à l'appui de recours dirigés contre les actes administratifs pris dans le cadre de la mise en œuvre du PPRT. Par suite, le moyen tiré de ce que la cour a méconnu l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ainsi que les articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en privant la société requérante de tout recours utile pour contester l'indemnisation due à ce titre ne peut qu'être écarté.

CE, 6^e et 5^e ch. réunies, 12 févr. 2020, n° 424153, Mentionné aux Tables du Recueil Lebon (rejet pourvoi c/ CAA Marseille, 13 juill. 2018), L. Franceschini, rapp. ; S. Hoynck, rapp. pub. 372y6

Panorama de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme 370y5

Par
Catherine BERLAUD

■ CONV. EDH, ART. 6 – DROIT À UN PROCÈS ÉQUITABLE

Le refus de transmettre une question préjudicielle à la CJUE peut parfois constituer une violation du droit à un procès équitable

La requérante est la société anonyme Sanofi Pasteur, personne morale de droit français.

Une élève infirmière dut se faire vacciner contre l'hépatite B. En 1993, une sclérose en plaque lui fut diagnostiquée, en 1999, la maladie de Crohn et en 2004, une polymyosite.

Elle saisit le juge administratif d'une action en responsabilité de l'État et obtint gain de cause. L'État fut condamné à lui payer 656 803,83 euros en réparation de ses préjudices et à lui verser une rente annuelle de 10 950 euros.

Trois ans plus tard, elle assigna la société Sanofi Pasteur devant le juge civil afin d'obtenir réparation en raison de l'aggravation des préjudices dont elle avait obtenu réparation. Invoquant en particulier l'article 6 § 1, la société requérante se plaint de ce que la fixation du point de départ de la prescription de l'action de l'élève infirmière fixé à la date de la consolidation du dommage rend cette action imprescriptible dès lors que la maladie à la base du dommage, évolutive de nature, n'est pas susceptible de consolidation. La société requérante se plaint également du fait que la Cour de cassation a rejeté sa demande de questions préjudicielles à la CJUE, sans indiquer de motifs. Invoquant enfin le même texte et l'article 1 du Protocole n° 1, la société requérante se plaint d'avoir été condamnée sur le fondement d'une double présomption de causalité entre la vaccination et les pathologies de l'élève infirmière, d'une part, et la défectuosité du vaccin, d'autre part.

Lorsqu'une question relative notamment à l'interprétation du Traité ou des actes pris par les institutions de l'Union européenne est soulevée dans le cadre d'une procédure devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne – telle, en l'espèce, la Cour de cassation –, cette juridiction est tenue d'en saisir la CJUE à titre préjudiciel. Cette obligation n'est toutefois pas absolue. Il revient aux juridictions nationales d'apprécier si une décision sur un point de droit de l'Union est nécessaire pour leur permettre de rendre leur décision. En conséquence, elles ne sont pas tenues de renvoyer une question d'interprétation de droit de l'Union soulevée devant elles lorsqu'elles constatent que cette question n'est pas pertinente, que la disposition du droit de l'Union en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la CJUE ou que l'application correcte du droit de l'Union s'impose

avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable.

En l'espèce, si l'arrêt de la Cour de cassation contient du moins une référence aux questions préjudicielles soulevées par la société requérante (par le biais de la formule « sans qu'il y ait lieu de poser une question préjudicielle à la CJUE ») cet arrêt n'indique pas les raisons pour lesquelles il a été considéré que les questions soulevées ne méritaient pas d'être transmises à la CJUE et la Cour estime que les circonstances de l'espèce appelaient tout particulièrement une motivation explicite de la décision de ne pas saisir la CJUE des questions préjudicielles formulées par la société requérante. Elle observe en effet qu'il ressort du dossier que l'avocat général a examiné dans son avis devant la Cour de cassation la question de savoir si la directive 85/374 devait être prise en compte alors qu'en méconnaissance du délai prévu par son article 19, elle n'avait pas été transposée en droit français à l'époque des faits. Il a rappelé que la Cour de cassation avait jugé en 2003 dans une affaire similaire que le droit interne applicable devait être interprété à la lumière de cette directive, notant par ailleurs que telle avait été l'approche du juge du fond en l'espèce. Elle note au surplus que le jour où elle s'est prononcée en l'espèce, la Cour de cassation a renvoyé à la CJUE des questions préjudicielles similaires relatives à cette directive, dans une affaire comparable à certains égards à la présente à laquelle la société requérante était partie. Dans ce contexte et vu l'enjeu de la procédure pour la société requérante, il était particulièrement important que la raison du rejet de sa demande de saisine préjudicielle de la CJUE soit explicitée. Partant, il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

Pour les autres demandes, la Cour rappelle que la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes que pose l'article 35 § 1 de la Convention n'exige pas seulement que les requêtes aient été adressées aux tribunaux internes compétents et qu'il ait été fait usage des recours effectifs permettant de contester les décisions déjà prononcées. Le grief dont on entend saisir la Cour doit d'abord être soulevé, au moins en substance, dans les formes et délais prescrits par le droit interne, devant ces mêmes juridictions nationales appropriées. En l'espèce, la société requérante a soulevé devant la Cour de cassation la question de la charge de la preuve, mais n'a évoqué dans ce moyen ni l'article 6 § 1 de la Convention, ni l'article 1 du Protocole n° 1, et n'a tiré aucune conclusion quant à une atteinte à son droit à un procès équitable ou à son droit au respect de ses biens. La Cour en déduit qu'elle n'a pas, ne serait-ce qu'en substance, préalablement saisi la Cour de cassation du présent grief, et qu'elle n'a donc pas dûment épuisé les voies de recours internes. Partant, cette partie de la requête est irrecevable.

CEDH, 13 févr. 2020, n° 25137/16, Sanofi Pasteur c/ France : <http://lextnet.europa.eu/lextnet/Si2c1C> 373b9

Gazette Spécialisée

DROIT DES BAUX COMMERCIAUX

Sous la responsabilité scientifique de



Jehan-Denis BARBIER
Avocat au barreau de Paris,
cabinet Barbier-Associés



**Charles-Édouard
BRAULT**
Avocat au barreau de Paris,
cabinet Brault & Associés



André JACQUIN
Avocat au barreau
de Paris, spécialiste
en droit immobilier,
cabinet Jacquin-Maruani
Avocats

Actualité

- Loyers commerciaux : indices applicables
par Charles-Édouard BRAULT 49

Doctrine

- La réforme de la procédure devant le juge des loyers commerciaux
note par Jehan-Denis BARBIER sous D. n° 2019-1333, 11 déc. 2019 52
- Le jour sans fin du bailleur de centre commercial
étude par André JACQUIN 55
- Le vrai et le faux marché des valeurs locatives
en renouvellement
étude par Patrick COLOMER 59

Jurisprudence

- Chronique de jurisprudence de droit des baux commerciaux
par Jehan-Denis BARBIER et Charles-Édouard BRAULT 64
- Chronique de jurisprudence de fixation des indemnités d'éviction
par Olivier JACQUIN 79
- Panorama de jurisprudence de la Cour de cassation
en matière de baux commerciaux
par Rémy CONSEIL 82
- Panorama de jurisprudence de cours d'appel
en matière de baux commerciaux
par Sabine CHASTAGNIER 85

Remontrances ^{372z8}



Jehan-Denis BARBIER
Docteur en droit, avocat
au barreau de Paris,
Barbier-Associés

“ Quand la Cour
de cassation invite les juges
à ne pas appliquer la loi ”

Depuis la loi du 18 juin 2014, le loyer déplaçonné du bail renouvelé ne peut conduire à des augmentations dépassant 10 % l'an. La troisième chambre civile de la Cour de cassation, dans un avis du 9 mars 2018, avait suggéré aux parties de ne pas appliquer la loi : « L'étalement n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent convenir de ne pas l'appliquer » (Cass. 3^e civ., avis, 9 mars 2018, n° 17-70040). À l'époque des taux négatifs, une augmentation de 10 % par an était tout à fait insuffisante, semblait-elle penser. Et la troisième chambre civile invitait les juges eux-mêmes à ne pas tenir compte de la loi : « Il n'entre pas dans l'office du juge des loyers commerciaux » d'appliquer les dispositions limitant les hausses de loyer à 10 % l'an.

Cette fois-ci, par un arrêt du 6 février 2020, la troisième chambre civile déclare que la contestation de la loi « présente un caractère sérieux », et que les augmentations de 10 % l'an « sont susceptibles de porter une atteinte disproportionnée au droit de propriété du bailleur » (Cass. 3^e civ., 6 févr. 2020, n° 19-19503 : v. la note de Charles-Édouard Brault dans la chronique de jurisprudence *infra*). On n'est pas loin des remontrances du Parlement de Paris sous l'Ancien Régime. Pourtant, le plafonnement lui-même, qui aboutit à des augmentations nettement inférieures à 10 % l'an, a été jugé conforme à la loi (Cass. 3^e civ., 9 oct. 1973, n° 73-10439 : Gaz. Pal. 1973.2.936) et conforme à la Constitution (Cass. 3^e civ., 13 juill. 2011, n° 11-11072).

Les propriétaires de locaux d'habitation sont à plaindre, car ils sont ligotés de toutes parts et ne disposent d'aucune liberté, ni pour les clauses, ni pour les prix. Les propriétaires de locaux commerciaux, à l'inverse, disposent d'une liberté quasiment sans limite pour imposer leurs clauses, leurs charges, leurs conditions financières, notamment des prix de marché en renouvellement (v. ci-après l'étude de Patrick Colomer sur les valeurs locatives), et l'on comprend mal pourquoi la Cour de cassation prend leur défense en critiquant la loi, alors qu'elle absout leur hégémonie contractuelle et les dispense d'obligations particulières malgré la particularité des centres commerciaux (v. ci-après l'étude d'André Jacquin). ●

Textes

Loyers commerciaux : indices applicables ^{371z3}

Depuis la loi du 18 juin 2014 et pour les baux conclus ou renouvelés à compter du 1^{er} septembre 2014, le plafonnement du loyer en révision ou en renouvellement doit se calculer au moyen de l'ILC ou l'ILAT, dont les domaines d'application sont définis à l'article D. 112-2 du Code monétaire et financier.

Avant la loi de modernisation de l'économie (dite *LME*) du 4 août 2008, **l'indice du coût de la construction (ICC)** était le seul indice visé aux articles L. 145-38 et L. 145-34 du Code de commerce. Il servait à calculer le loyer plafonné en révision et en renouvellement, et était devenu, au fil des ans, l'indice de référence quasi exclusif inséré dans les clauses d'échelle mobile.

La loi *LME* a ensuite instauré **l'indice des loyers commerciaux (ILC)** qui s'applique aux « activités commerciales et artisanales définies par décret ». Son champ d'application est défini par l'article D. 112-2 du Code monétaire et financier (CMF) visant les activités commerciales, y compris celles exercées par les artisans, et excluant les activités exercées dans les locaux à usage exclusif de bureaux, les plateformes logistiques et les activités industrielles visées à l'article L. 110-1, 5^o du Code de commerce, à savoir toutes entreprises de manufacture, commissions, ou transports par terre ou par eau.

Puis **l'indice trimestriel des loyers des activités tertiaires (ILAT)** a été créé par la loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, et le décret n° 2011-2028 du 29 décembre 2011 a permis l'entrée en vigueur de ce nouvel indice.

L'ILAT s'applique aux activités tertiaires autres que les activités commerciales et artisanales et qui recouvrent notamment les activités des professions libérales et celles effectuées dans des entrepôts logistiques (Brault P.-H., « À propos de l'indice des loyers des activités tertiaires "ILAT" » : *Loyers et copr.* févr. 2012, p. 3 ; Jacquin A., « L'entrée en vigueur de l'ILAT suscite des interrogations » : *Gaz. Pal.* 18 févr. 2012, n° I8787, p. 20). À l'instar de l'ILC, ce nouvel indice avait impliqué des modifications du Code monétaire et financier et des articles L. 145-34 et L. 145-38 du Code de commerce.

Depuis la loi du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux TPE, le calcul du plafonnement du loyer pour les baux conclus ou renouvelés à compter du 1^{er} septembre 2014 doit s'effectuer, en révision comme en renouvellement, au moyen de l'ILC ou de l'ILAT.

Il faut cependant noter que la suppression de l'ICC aux articles L. 145-34 et L. 145-38 du Code de commerce ne concerne que le calcul du plafonnement. Faute d'avoir été supprimé à l'article L. 112-2 du CMF, l'ICC peut toujours être pris en compte dans les clauses d'indexation. Cette situation n'est pas sans engendrer quelques complexités, et il importe de bien distinguer l'indexation conventionnelle, du plafonnement légal du loyer en révision comme en renouvellement.

En application de la loi du 18 juin 2014 susvisée, deux avis du ministère des Finances, publiés au *JO* du 20 novembre 2014, permettent de disposer des indices ILC et ILAT jusqu'au 1^{er} trimestre 2005.

Une difficulté demeure néanmoins en cas de loyer plafonné ensuite d'une tacite prolongation ou après exercice du droit de repentir puisque le calcul nécessiterait de disposer d'indices antérieurs au 1^{er} trimestre 2005 (Brault C.-E., « Le calcul du plafonnement face à l'inadéquation des indices » : *Gaz. Pal.* 14 mars 2017, n° 290f9, p. 57).

Si le texte légal vise la variation d'un indice, la conjugaison de plusieurs indices semble devoir être retenue. Pour la période antérieure à la parution des indices ILC et ILAT, et faute d'un autre indice, il faudrait d'abord calculer la variation sur l'ICC, puis calculer la variation sur l'un des deux autres indices légaux.

Figurent dans les tableaux ci-après les indices trimestriels ILC, ILAT et ICC publiés par l'Insee avec, entre parenthèses, leur date de parution au *JO*.

I. ILC

Années	1 ^{er} trimestre	2 ^e trimestre	3 ^e trimestre	4 ^e trimestre
2005	92,15 (20.11.14)	92,46 (20.11.14)	92,86 (20.11.14)	93,46 (20.11.14)
2006	94,21 (20.11.14)	95,00 (20.11.14)	95,80 (20.11.14)	96,40 (20.11.14)
2007	96,81 (20.11.14)	97,45 (20.11.14)	98,07 (20.11.14)	98,90 (20.11.14)
2008	100,00 (13.11.08)	101,20 (13.11.08)	102,46 (15.01.09)	103,01 (25.04.09)
2009	102,73 (19.07.09)	102,05 (15.10.09)	101,21 (13.01.10)	101,07 (11.04.10)
2010	101,36 (20.07.10)	101,83 (10.10.10)	102,36 (09.01.11)	102,92 (10.04.11)

Années	1 ^{er} trimestre	2 ^e trimestre	3 ^e trimestre	4 ^e trimestre
2011	103,64 (19.07.11)	104,44 (09.10.11)	105,31 (08.01.12)	106,28 (08.04.12)
2012	107,01 (04.08.12)	107,65 (07.10.12)	108,17 (06.01.13)	108,34 (10.04.13)
2013	108,53 (11.07.13)	108,50 (08.10.13)	108,47 (10.01.14)	108,46 (06.04.14)
2014	108,50 (20.06.14)	108,50 (19.09.14)	108,52 (20.12.14)	108,47 (15.03.15)
2015	108,32 (20.06.15)	108,38 (20.09.15)	108,38 (23.12.15)	108,41 (24.03.16)
2016	108,40 (22.06.16)	108,40 (21.09.16)	108,56 (21.12.16)	108,91 (22.03.17)
2017	109,46 (21.06.17)	110,00 (20.09.17)	110,78 (20.12.17)	111,33 (22.03.18)
2018	111,87 (27.06.18)	112,59 (20.09.18)	113,45 (20.12.18)	114,06 (23.03.19)
2019	114,64 (22.06.19)	115,21 (21.09.19)	115,60 (21.12.19)	

II. ILAT

Années	1 ^{er} trimestre	2 ^e trimestre	3 ^e trimestre	4 ^e trimestre
2005	89,64 (20.11.14)	90,07 (20.11.14)	90,51 (20.11.14)	91,18 (20.11.14)
2006	92,00 (20.11.14)	92,87 (20.11.14)	93,78 (20.11.14)	94,52 (20.11.14)
2007	95,06 (20.11.14)	95,76 (20.11.14)	96,45 (20.11.14)	97,25 (20.11.14)
2008	98,32 (12.01.12)	99,43 (12.01.12)	100,59 (12.01.12)	101,03 (12.01.12)
2009	100,97 (12.01.12)	100,49 (12.01.12)	99,86 (12.01.12)	99,76 (12.01.12)
2010	100,00 (12.01.12)	100,41 (12.01.12)	100,84 (12.01.12)	101,31 (12.01.12)
2011	101,96 (12.01.12)	102,74 (12.01.12)	103,64 (12.01.12)	104,60 (08.04.12)
2012	105,31 (08.07.12)	106,00 (07.10.12)	106,46 (06.01.13)	106,73 (10.04.13)
2013	107,09 (13.07.13)	107,18 (08.10.13)	107,16 (10.01.14)	107,26 (06.04.14)
2014	107,38 (20.06.14)	107,44 (19.09.14)	107,62 (20.12.14)	107,80 (15.03.15)
2015	107,69 (20.06.15)	107,86 (20.09.15)	107,98 (23.12.15)	108,16 (24.03.16)
2016	108,20 (22.06.16)	108,41 (21.09.16)	108,69 (24.12.16)	108,94 (22.03.17)
2017	109,41 (21.06.17)	109,89 (20.09.17)	110,36 (20.12.17)	110,88 (22.03.18)
2018	111,45 (27.06.18)	112,01 (20.09.18)	112,74 (20.12.18)	113,30 (23.03.19)
2019	113,88 (22.06.19)	114,47 (21.09.19)	114,85 (24.12.19)	

III. ICC

Années	1 ^{er} trimestre	2 ^e trimestre	3 ^e trimestre	4 ^e trimestre
2005	1270 (13.07.05)	1276 (19.10.05)	1278 (26.01.06)	1332 (13.04.06)
2006	1362 (20.07.06)	1366 (17.10.06)	1381 (18.01.07)	1406 (27.04.07)
2007	1385 (11.07.07)	1435 (12.10.07)	1443 (12.01.08)	1474 (12.06.08)
2008	1497 (11.07.08)	1562 (12.10.08)	1594 (15.01.09)	1523 (25.04.09)
2009	1503 (25.07.09)	1498 (14.10.09)	1502 (13.01.10)	1507 (11.04.10)
2010	1508 (20.07.10)	1517 (10.10.10)	1520 (09.01.11)	1533 (10.04.11)
2011	1554 (19.07.11)	1593 (09.10.11)	1624 (08.01.12)	1638 (08.04.12)
2012	1617 (08.07.12)	1666 (07.10.12)	1648 (06.01.13)	1639 (10.04.13)
2013	1646 (11.07.13)	1637 (08.10.13)	1612 (10.01.14)	1615 (06.04.14)
2014	1648 (20.06.14)	1621 (19.09.14)	1627 (20.12.14)	1625 (15.03.15)
2015	1632 (20.06.15)	1614 (20.09.15)	1608 (23.12.15)	1629 (24.03.16)
2016	1615 (22.06.16)	1622 (21.09.16)	1643 (22.12.16)	1645 (22.03.17)
2017	1650 (21.06.17)	1664 (20.09.17)	1670 (20.12.17)	1667 (22.03.18)
2018	1671 (27.06.18)	1699 (20.09.18)	1733 (20.12.18)	1703 (23.03.19)
2019	1728 (22.06.19)	1746 (21.09.19)	1746 (21.12.19)	

Charles-Édouard BRAULT
Avocat au barreau de Paris

Jurisprudence

Procédure collective et responsabilité du mandataire judiciaire ^{373a0}

Pour une cour d'appel, le mandataire judiciaire a engagé sa responsabilité dans le cadre d'un redressement judiciaire sans désignation d'un administrateur, puisqu'il lui appartient de donner un avis conforme sur la poursuite ou non du bail. En ne s'opposant pas à la poursuite du contrat par le débiteur alors qu'il ne pouvait ignorer que les loyers n'étaient plus payés, le mandataire judiciaire a donc commis une faute.

Mais en l'absence d'administrateur, c'est au débiteur lui-même d'exercer la faculté de poursuivre les contrats en cours et de demander la résiliation du bail, et le mandataire, qui n'a pas été consulté par le débiteur, ne peut être tenu pour responsable de la poursuite du contrat ni de l'absence de sa résiliation en application de l'article L. 627-2 du Code de commerce.

Dans le cadre de la liquidation, le mandataire désigné ensuite liquidateur avait choisi de ne pas résilier le bail et avait tenté de vendre le fonds de commerce au détriment du bailleur. Mais pour la Cour de cassation, il convenait de rechercher si ce dernier avait mis le liquidateur en demeure de payer les loyers échus pendant la liquidation, et s'il avait demandé la résiliation judiciaire ou fait constater la résiliation de plein droit du bail, comme l'y autorise l'article L. 641-12, 3° du Code de commerce.

C.-E. B.

Cass. com., 5 févr. 2020, n° 18-21529, F-PB

Sanction d'une clause d'indexation illicite ^{373a1}

La clause d'indexation stipulée dans le bail prévoyait une première indexation en créant une distorsion entre l'intervalle de variation indiciaire (2 ans) et celui séparant la prise d'effet du bail de la première révision (1 an), tandis que les dispositions de cette clause applicable aux révisions postérieures ne prévoyaient pas une période de variation de l'indice supérieure à la durée écoulée entre les révisions.

Pour la cour d'appel, la clause d'indexation devait être réputée non écrite en son entier, mais cet arrêt est cassé au visa de l'article L. 112-1 du Code monétaire et financier. Pour la Cour de cassation, seule la stipulation qui crée la distorsion prohibée est réputée non écrite, et la cour d'appel, qui avait constaté que

la clause n'engendrait une telle distorsion que lors de la première révision, a donc violé les dispositions du Code monétaire et financier.

C.-E. B.

Cass. 3^e civ., 6 févr. 2020, n° 18-24599, FS-PBI

Vient de paraître

Le statut des baux commerciaux ^{373a2}



Cette nouvelle édition de la « Brochure orange », publiée depuis 1953 par la *Gazette du Palais*, vient de paraître sous la signature de M^{es} Jehan-Denis Barbier et Charles-Édouard Brault, avec le concours de M^{es} Séverine Valade et de Sabine Chastagnier.

La prise à bail de locaux soumis au statut des baux commerciaux concerne tous les secteurs de l'économie et toutes les entreprises, qu'il s'agisse de bureaux, de boutiques, d'entrepôts, de terrains, d'hôtels, etc. Cette matière essentiellement pratique est régie par des textes complexes et une jurisprudence évolutive.

Cet ouvrage tient notamment son succès, d'une part, de sa présentation originale et en colonnes des textes et de la jurisprudence, et, d'autre part, de son côté pratique et complet. Il présente les solutions concrètes qui aideront le praticien à prévenir ou à résoudre les litiges. Il est par ailleurs à jour de la réforme de la procédure devant le juge des loyers commerciaux.

J.-D. Barbier et C.-E. Brault, *Le statut des baux commerciaux*, 1^{re} éd., LGDJ, coll. L'expert, févr. 2020, 330 p., 60 €, disponible sur www.lgdj.fr

Agenda

Sous-commission Baux commerciaux ^{372z9}

La sous-commission Baux commerciaux de la commission ouverte de Droit immobilier du Barreau de Paris, sous la présidence de M^e Gilles Hittinger-Roux, organise une réunion **mardi 12 mai 2020** de 18h30 à 20h30 à l'auditorium de la Maison du Barreau (Paris, 1^{er}).

La revue de jurisprudence sera assurée par M^e Jehan-Denis Barbier.

Contact : commissions.ouvertes@avocatparis.org

BAUX COMMERCIAUX

La réforme de la procédure devant le juge des loyers commerciaux 372z6

L'essentiel

Le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019, réformant la procédure civile, impose la représentation obligatoire par avocat. Les mémoires doivent être signés par les avocats. Devant le juge des loyers commerciaux, les parties sont tenues de constituer avocat.

D. n° 2019-1333, 11 déc. 2019, réformant la procédure civile, art. 4, 7 et 16 : JO, 12 déc. 2019



Note par
Jehan-Denis BARBIER
Docteur en droit, avocat
au barreau de Paris,
Barbier-Associés

Le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019, réformant la procédure civile, modifie les articles R. 145-26, R. 145-27, R. 145-28, R. 145-29 et R. 145-31 du Code de commerce concernant la procédure de fixation du loyer devant le juge des loyers commerciaux. La principale nouveauté est l'obligation, pour les parties, de constituer avocat. Les mémoires doivent être signés par un avocat.

Nous reprendrons le déroulement classique d'une procédure pour apprécier les changements opérés par les nouvelles dispositions.

I. LE MÉMOIRE PRÉALABLE

La règle processuelle particulière figurant à l'article R. 145-27 du Code de commerce, selon laquelle « le juge ne peut, à peine d'irrecevabilité, être saisi avant l'expiration d'un délai d'un mois suivant la réception par son destinataire du premier mémoire établi », n'a pas été modifiée. Par cette disposition qui date de 1972, le législateur avait voulu réserver aux parties un délai de réflexion d'un mois pour se rapprocher éventuellement. Il est interdit d'assigner avant l'expiration de ce délai. Le droit des baux commerciaux était, à cet égard, précurseur des divers mécanismes de conciliation ou médiation préalable qui sont aujourd'hui à la mode.

Comme le juge ne peut pas être saisi avant l'expiration du délai d'un mois suivant le premier mémoire, on qualifie celui-ci de « mémoire préalable ». Il constitue, par définition, un acte antérieur à la procédure.

Le mémoire a une nature hybride (v., sur ce point, Maymat A., AJPI, déc. 1980, p. 860 ; Lehman E., AJPI, janv. 1985, p. 22). Le mémoire préalable, nécessairement antérieur à l'assignation et à la saisine du juge, n'est pas considéré comme un acte de procédure (CA Paris, 25 oct. 1977 : Gaz. Pal. Rec. 1978, 1, p. 108, note Brault P.-H.). Sa signature ne constitue pas un acte de représentation en justice ; c'est la raison pour laquelle, avant la réforme du 11 décembre 2019, on considérait qu'il pouvait être signé par tout mandataire (Cass. 3^e civ., 10 févr. 1981, n° 79-14364 : Bull. civ. III, n° 27 : Gaz. Pal. Rec. 1981, 2, som.

p. 210 ; Rev. loyers 1981, p. 257, note J. V.). En revanche, un mémoire notifié après la saisine du juge constitue un acte de procédure (Cass. 3^e civ., 6 juin 1984, n° 83-11540 : Bull. civ. III, n° 112 ; Bull. loyers 1984, n° 373 ; Gaz. Pal. Rec. 1984, 2, pan., p. 275 ; JCP G 1984, IV, p. 259).

Désormais, que ce soit avant ou après la saisine du juge, les mémoires doivent être signés exclusivement par les avocats des parties, comme cela est prévu par le nouveau texte de l'article R. 145-26 du Code de commerce. La partie concernée, elle-même, ne peut pas signer son mémoire.

Cependant, la distinction ci-dessus évoquée entre le mémoire préalable, qui n'est pas un acte de procédure, et les mémoires postérieurs à la saisine du juge, qui sont des actes de procédure, conserve son intérêt lorsque les locaux litigieux sont situés en dehors du ressort de la cour d'appel où exerce habituellement l'avocat de la partie concernée, puisqu'il faut alors tenir compte de la territorialité de la postulation. L'article R. 145-29 du Code de commerce modifié dispose en effet que les parties sont tenues de constituer avocat. Mais cette constitution n'est pas nécessaire au stade du mémoire préalable ; elle ne s'imposera qu'au moment de l'engagement de la procédure, lorsqu'il faudra saisir un juge des loyers commerciaux.

Ainsi, le mémoire préalable peut être signé par tout avocat. En revanche, les mémoires postérieurs à l'assignation, en tant qu'actes de procédure, ne peuvent être signés que par un avocat postulant.

Supposons une société lyonnaise, qui a son avocat habituel à Lyon, mais qui doit engager une procédure pour des locaux situés à Marseille. L'avocat lyonnais est parfaitement habilité à signer le mémoire préalable, bien qu'il ne soit pas postulant (à vrai dire, le choix d'un avocat postulant ne se pose pas au moment de la notification du mémoire préalable, pour la simple raison qu'il n'est pas possible de se constituer devant un juge qui n'est pas encore saisi). Mais les mémoires postérieurs à l'assignation devront être signés par un avocat postulant sur Marseille.

II. LE MÉMOIRE EN RÉPONSE

Le locataire qui reçoit un mémoire préalable de son bailleur croit parfois qu'il est dans l'obligation d'y répondre dans le délai d'un mois. La situation peut être anxiogène, vu la brièveté du délai pour consulter un avocat, étudier le dossier, et lui faire signer un mémoire en réponse.

En réalité, le délai d'un mois, lorsqu'il est mentionné dans la notification du mémoire préalable, renvoie seulement au délai pendant lequel il n'est pas possible de saisir le juge, comme il est dit au premier alinéa de l'article R. 145-27 du Code de commerce. Le locataire (ou le propriétaire lorsque c'est lui qui est en défense) dispose de tout le temps nécessaire pour notifier son mémoire en réponse, puisqu'il peut l'être même après l'assignation, voire jusqu'à la date de l'audience, conformément à l'article 844 du Code de procédure civile, sous réserve toutefois de prévoir le petit délai nécessaire au retour de l'accusé de réception de la lettre recommandée de notification du mémoire.

Le mémoire en réponse devra donc être signé et notifié par un avocat.

Si l'assignation n'a pas encore été délivrée, il ne sera pas nécessaire de demander à un avocat postulant d'intervenir.

“ On peut s'interroger sur le destinataire du mémoire en réponse, avant délivrance de l'assignation ”

On peut toutefois s'interroger, compte tenu de la réforme, sur le destinataire de ce mémoire en réponse.

Jusqu'à présent, le mémoire en réponse pouvait être adressé soit à la partie elle-même, soit, de la part du locataire, au gérant de l'immeuble, conformément à la dernière phrase du premier alinéa de l'article R. 145-26 du Code de commerce : « La notification est valablement faite par le locataire au gérant de l'immeuble », c'est-à-dire à l'administrateur de biens du bailleur.

Cette mention n'a pas été modifiée. Il est donc toujours possible de notifier un mémoire au gérant de l'immeuble (on reviendra toutefois sur ce point à propos des mémoires qui doivent être notifiés après l'assignation : voir ci-après).

Comme désormais, par définition, le défendeur doit prendre un avocat, ce dernier va-t-il notifier sa lettre recommandée à la partie elle-même ou à l'avocat adverse ? L'article R. 145-26 n'a pas été modifié, en ce qu'il indique toujours : « Les mémoires sont notifiés par chacune des parties à l'autre par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ». Toutefois, lorsqu'une disposition du Code de procédure civile mentionne « la partie », cela vise l'avocat, lorsqu'il est constitué.

Mais, dans l'hypothèse présentement étudiée, il n'y a pas encore de constitution, puisque l'assignation n'a pas été délivrée. L'avocat du locataire, en défense, peut donc hésiter à notifier son mémoire en réponse soit à son confrère, auteur du mémoire préalable, soit au bailleur lui-même, soit encore au gérant de l'immeuble. Les trois modalités paraissent possibles.

En pratique, il est peu probable que les juridictions aient à se prononcer sur ce sujet, car il est toujours possible, pour le défendeur, de notifier un nouveau mémoire après la délivrance de l'assignation et avant l'audience.

III. L'ENGAGEMENT DE LA PROCÉDURE

Avant la réforme du texte par le décret n° 2019-1333 du 11 décembre 2019, le ministère d'avocat n'était pas obligatoire. Désormais, le nouvel article R. 145-29 dispose : « Les parties sont tenues de constituer avocat ».

A. La prise de date

L'article R. 145-28 dispose, comme précédemment, qu'il est procédé conformément à la procédure à jour fixe, étant observé que les articles du Code de procédure civile concernant cette procédure ont été modifiés : il s'agit désormais des articles 840 à 844.

Cependant, pour obtenir une date d'audience, l'article R. 145-27 alinéa 2, inchangé sur ce point, dispose que : « La partie la plus diligente remet au greffe son mémoire aux fins de fixation de la date de l'audience ». La mention de l'ancien texte : « La remise peut être faite par la partie elle-même ou pas un avocat » a été supprimée.

Comme les parties sont tenues de constituer avocat, il paraît nécessaire que ce soit désormais l'avocat postulant qui dépose le mémoire et les pièces au greffe, pour obtenir une date d'audience.

Certains greffiers souhaitent obtenir en même temps une copie du projet d'assignation, sur lequel figurera nécessairement le nom de l'avocat postulant.

On observera que le renvoi à l'article 840 du Code de procédure civile par l'article R. 145-28 du Code de commerce procède manifestement d'une erreur, puisque l'article 840 vise la requête à fin d'assigner à jour fixe. Or, dans la procédure en matière de baux commerciaux, il n'y a pas lieu de présenter une requête, et le juge n'a pas à rendre une ordonnance. C'est le greffe qui donne la date d'audience.

Il n'y a pas de motif d'urgence à exposer. Une ordonnance autorisant à assigner n'aurait pas de sens, pour la simple raison que le juge des loyers commerciaux ne peut pas refuser une date d'audience, comme peut le faire le Président du tribunal dans la procédure à jour fixe classique, s'il estime que les motifs de l'urgence ne sont pas justifiés.

B. L'assignation

L'assignation devra comporter la constitution de l'avocat postulant.

La disposition finale de l'article R. 145-28 du Code de commerce n'a pas été modifiée : l'assignation n'a pas à reproduire les éléments déjà portés à la connaissance du défendeur. On sait que l'assignation se borne à renvoyer aux demandes figurant dans le mémoire préalable. Elle ne comporte pas l'argumentation du demandeur. Elle ne constitue qu'une simple convocation à l'audience. Le juge ne statue pas sur l'assignation, mais sur le mémoire, comme il est dit à la fin du premier alinéa de l'article R. 145-23 du Code de commerce.

Ainsi, un avocat postulant mentionnera dans son assignation un mémoire préalable rédigé par l'avocat plaçant. Le juge, dans une procédure écrite, avec constitution d'avocat, statue sur un mémoire rédigé et signé par l'avocat plaçant, ce qui reste une originalité.

Il est vrai que dans la plupart des cas, d'autres mémoires auront été échangés, nécessairement signés par l'avocat postulant, puisque postérieurs à l'assignation. Mais, en

théorie du moins, les mémoires ne sont pas récapitulatifs, contrairement aux conclusions, et le juge des loyers commerciaux reste bien saisi du mémoire préalable.

L'assignation devra préciser que, conformément aux dispositions des articles 842 du Code de procédure civile et R. 145-29 du Code de commerce, le défendeur est tenu de constituer avocat avant la date de l'audience, étant précisé que le délai de quinzaine prévu à l'article 763 du Code de procédure civile ne s'applique pas dans le cadre de la procédure à jour fixe.

L'assignation peut préciser que, conformément aux dispositions de l'article L. 212-5-1 du Code de l'organisation judiciaire (COJ), le demandeur accepte que la procédure se déroule sans audience. Toutefois si cette mention peut être tentante pour obtenir rapidement la désignation d'un expert au cas où les deux parties seraient d'accord, elle risque d'être dangereuse pour la procédure après expertise, puisque l'article L. 121-5-1 du COJ dispose que la procédure est, dans ce cas, « exclusivement écrite », sans distinguer les audiences avant ou après expertise.

IV. LES MÉMOIRES ULTÉRIEURS

Bien que prévoyant désormais une constitution d'avocat obligatoire, le législateur a maintenu les notifications par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Pour les mémoires postérieurs à l'assignation, l'auteur du mémoire sera nécessairement l'avocat postulant.

On peut toutefois s'interroger à nouveau, comme pour le mémoire en réponse, sur le destinataire des mémoires en cours de procédure.

L'administrateur de biens pourra-t-il toujours en être destinataire ? la dernière phrase de l'article R. 145-26 du Code de commerce, qui permet la notification « par le locataire au gérant de l'immeuble », est applicable à tous les mémoires et ne distingue pas le mémoire antérieur à l'assignation du mémoire postérieur.

La jurisprudence aura à trancher cette question mais il nous semble que, dès lors que les avocats sont constitués, la notification devrait se faire entre eux.

Pourra-t-on toujours notifier le mémoire à l'autre partie personnellement ? Il serait bien curieux qu'un avocat postulant n'adresse pas son mémoire à son confrère postulant, mais à la partie elle-même. Il reste que le texte n'est guère précis.

On peut également s'interroger sur les notifications des mémoires par RPVA, qui est la voie normale entre avocats constitués, alors que le législateur a maintenu la

formalité de la lettre recommandée. En l'état, les éventuelles notifications par RPVA ne sauraient remplacer la lettre recommandée.

“ Bien que prévoyant désormais une constitution d'avocat obligatoire, le législateur a maintenu les notifications par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ”

V. L'AUDIENCE

L'article R. 145-29 du Code de commerce dispose toujours que les « parties (...) ne peuvent, ainsi que leur conseil, développer oralement, à l'audience, que les moyens et conclusions de leurs mémoires ». Le législateur semble ici vouloir encourager les débats oraux, par « les parties » elles-mêmes, dans une procédure pourtant écrite avec représentation obligatoire...

Par ailleurs, le renvoi par l'article R. 145-28 du Code de commerce à l'article 844 du Code de procédure civile est, là encore, imprécis. Le deuxième alinéa de l'article 844, qui dispose que l'affaire peut être plaidée en l'état « même en l'absence de conclusions du défendeur ou sur simples conclusions verbales », est inapplicable à la procédure en matière de baux commerciaux. Elle reste une procédure écrite, toutes conclusions verbales étant exclues.

Avant la codification du statut des baux commerciaux, l'article 29-2 du décret du 30 septembre 1953 renvoyait déjà à la procédure à jour fixe, mais précisait que cette procédure était applicable « en tant que de raison ». Le législateur codificateur a supprimé, à tort, la mention « en tant que de raison ». Elle reste sous-entendue.

VI. LE DROIT TRANSITOIRE

Les nouvelles dispositions sont applicables aux instances introduites à compter du 1^{er} janvier 2020.

Les mémoires préalables qui ont été notifiés avant le 1^{er} janvier 2020 restent valables, même lorsqu'ils ont été signés par la partie elle-même ou par son administrateur de biens, ou par un autre mandataire.

Les nouvelles dispositions sont donc applicables aux assignations délivrées à compter du 1^{er} janvier 2020, étant rappelé que c'est l'assignation qui ouvre l'instance, non le mémoire préalable.

BAUX COMMERCIAUX

Le jour sans fin du bailleur de centre commercial ^{372q4}

L'essentiel

L'obligation du bailleur de centre commercial, relative au maintien d'un environnement commercial favorable, connaît-elle des évolutions marquantes ? À l'aune de la jurisprudence récente de la Cour de cassation et des juridictions du fond, il apparaît nécessaire de faire le point sur la question.



Étude par
André JACQUIN
Avocat au barreau de
Paris, spécialiste en droit
immobilier, SAS Jacquin
Maruani & Associés

L'abondante jurisprudence récente rendue relativement à l'obligation qu'aurait le bailleur de maintenir, dans un centre commercial ou une galerie marchande, un environnement commercial favorable nous incite à remettre notre ouvrage sur le métier.

Depuis quelques années, les locataires invoquent un manquement à l'obligation de délivrance du bailleur en tentant d'étendre cette obligation au maintien de l'environnement commercial

du centre commercial, dès lors que celui-ci constituerait une unité autonome de marché organisée principalement par le bailleur, qui devrait être génératrice de profits.

Ainsi, selon cette thèse, le défaut ou l'insuffisance de commercialité du centre commercial, ou le défaut d'entretien de celui-ci, seraient susceptibles de démontrer un manquement dont la responsabilité pourrait être imputée au bailleur. Cette responsabilité serait la conséquence de l'obligation de délivrance à laquelle serait tenu ce dernier en application des dispositions de l'article 1719, 1° et 2°, du Code civil ainsi rédigé :

« Le bailleur est obligé, par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière :

1° de délivrer au preneur la chose louée (...) ;

2° d'entretenir cette chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée (...). »

En outre, il n'est pas sans intérêt de s'interroger sur la responsabilité du bailleur dans l'hypothèse où ce dernier aurait cessé d'entretenir les parties communes du centre commercial, lesquelles constituent indéniablement l'accessoire nécessaire de la chose louée.

En effet, sur ce point encore, les locataires, considérant que le bailleur n'avait pas rempli l'obligation de jouissance paisible à laquelle il était astreint, pouvaient, de ce fait, demander réparation de ce manquement sur le fondement de l'article 1719, 3°, ainsi rédigé :

« Le bailleur est obligé, par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière : (...)

3° d'en faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail. »

I. SUR LE MAINTIEN D'UN ENVIRONNEMENT COMMERCIAL FAVORABLE AUX LOCATAIRES

A. La position constante de la Cour de cassation

La Cour de cassation, depuis plus de 25 ans, adopte une position constante selon laquelle le bailleur n'a, à l'égard des locataires d'un centre commercial ou d'une galerie marchande, aucune obligation particulière relative au maintien d'un environnement commercial favorable, en l'absence de stipulation particulière du bail.

Ainsi, un bailleur de centre commercial ou de galerie marchande n'a pas plus d'obligations qu'un bailleur de pied d'immeuble de centre-ville.

Aux termes d'un arrêt du 13 juin 2001, la Cour a pu considérer que le bailleur n'avait aucune obligation de maintenir un environnement commercial favorable au preneur, aux termes de l'attendu de principe suivant : « Mais attendu qu'ayant retenu, sans violer la loi des parties, que le bail ne prévoyait, à la charge du bailleur, aucune obligation particulière liée à l'existence de la galerie marchande, notamment en ce qui concerne le maintien d'un environnement commercial favorable, la cour d'appel, qui en a exactement déduit que la société AJD Holding n'était en conséquence tenue vis-à-vis de la locataire d'aucune obligation que celle de délivrance, d'entretien et de jouissance paisible de la chose louée, a légalement justifié sa décision de ce chef » ⁽¹⁾.

Cette solution a ensuite été réitérée par un arrêt du 3 juillet 2013 ⁽²⁾.

Depuis lors, cette jurisprudence ne s'est pas démentie.

C'est ainsi que dans un arrêt récent, du 11 avril 2019 ⁽³⁾, la Cour de cassation a repris, une fois encore, sa jurisprudence antérieure avec l'attendu suivant : « Mais attendu qu'ayant relevé que le bail ne stipulait aucune obligation de garantir la commercialité de la galerie marchande à la charge du bailleur, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de vérifier l'existence de circonstances particulières, en a exactement déduit, sans violer la loi des parties, que le bailleur n'avait commis aucune faute contractuelle ».

Cette absence d'obligation du bailleur doit néanmoins être nuancée.

En effet, si le bailleur n'a aucune obligation de maintenir un environnement commercial favorable au preneur, il lui

(1) Cass. 3^e civ., 13 juin 2001, n° 99-17985 : Gaz. Pal. 1^{er} févr. 2003, n° F0078, p. 24, note Barbier J.-D.

(2) Cass. 3^e civ., 3 juill. 2013, n° 12-18099.

(3) Cass. 3^e civ., 11 avr. 2019, n° 18-12076.

incombe néanmoins, dans l'hypothèse d'une décommercialisation, de démontrer qu'il a mis en œuvre tous les moyens lui permettant d'y parvenir.

“ Le maintien par le bailleur d'un environnement commercial favorable relève d'une obligation de moyens ”

C'est ainsi que la Cour de cassation a récemment pu approuver une cour d'appel d'avoir considéré que le maintien par le bailleur d'un environnement commercial favorable relevait d'une obligation de moyens ou de diligence, et non de résultat ⁽⁴⁾. Cette décision s'inscrit totalement dans la ligne de la jurisprudence antérieure rendue sur cette question ⁽⁵⁾.

C'est d'ailleurs dans ce contexte que la Cour de cassation a censuré une décision de la cour d'appel de Paris du 4 février 2014 qui avait rejeté une demande d'expertise formulée par le preneur en raison du défaut de commercialité du centre commercial, aux motifs qu'une telle procédure serait manifestement vouée à l'échec car au regard des clauses du bail, elle ne reposerait pas sur un motif légitime.

Cette censure est intervenue avec la motivation suivante : « Qu'en statuant ainsi, par des motifs impropres à caractériser l'absence d'intérêt légitime du demandeur à une mesure qui tend, avant tout procès, non seulement à conserver mais également à établir la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige que le demandeur envisage d'intenter contre son adversaire, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision » ⁽⁶⁾.

En effet, la mesure d'expertise sollicitée par le preneur pouvait permettre de s'assurer que le bailleur avait respecté son obligation de diligence dans la recommercialisation des locaux.

Plus récemment, la Cour de cassation a pu fixer sa position, de manière extrêmement didactique, aux termes d'un arrêt en date du 26 mai 2016 ⁽⁷⁾.

Certains locataires du centre commercial de Chelles 2, situé en région parisienne, demandaient réparation de leur préjudice résultant du manquement des bailleuses à leur obligation d'entretien dudit centre et reprochaient en outre à celles-ci d'avoir manqué à leur obligation de garantir la jouissance paisible des locaux, cette carence étant à l'origine de la perte de commercialité du centre commercial qui résultait, selon eux, de la violation par les bailleuses de leur obligation de recommercialiser les locaux vacants.

La cour d'appel de Paris, selon l'arrêt attaqué du 26 novembre 2014, avait rejeté les demandes des locataires.

Un pourvoi était formé à l'encontre de cet arrêt et s'articulait autour de deux moyens.

Selon le premier moyen, les sociétés bailleuses avaient, d'une part, manqué à leur obligation d'entretien par violation de l'obligation de délivrance conforme et, d'autre part, étaient tenues de délivrer aux preneurs la chose louée et d'entretenir cette chose en état de servir à l'usage pour lequel elle avait été louée.

Les preneurs invoquaient un second moyen selon lequel les bailleuses auraient manqué à leur obligation de garantir la jouissance paisible aux preneurs et leur carence était à l'origine de la perte de commercialité du centre commercial, de même que la violation de l'obligation du bailleur de recommercialiser les locaux vacants.

La Cour de cassation rejette le pourvoi et écarte le premier moyen au motif que, d'une part, l'entretien du centre avait été parfaitement assuré par les bailleuses et que, d'autre part, si les bailleuses d'un centre commercial étaient tenues d'entretenir les parties communes du centre, « accessoire nécessaire à l'usage de la chose louée », il n'était pas démontré qu'elles avaient manqué à leur obligation à ce titre.

La Cour de cassation ajoute : « Mais attendu qu'ayant souverainement apprécié la valeur et la portée des éléments de preuve soumis et sans être tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, la cour d'appel, qui a relevé que les parties communes du centre commercial étaient dans un état en rapport avec l'âge du centre ouvert en 1996 mais non dans un état d'abandon faute d'entretien, et retenu que les locataires ne démontraient pas la réalité ni l'ampleur des manquements allégués, a pu en déduire que les bailleuses n'avaient pas failli à leur obligation d'entretien des parties communes ».

Sur le second moyen, également rejeté par la Cour de cassation, celle-ci considérait : « Mais attendu qu'ayant exactement retenu que l'obligation de maintenir un environnement commercial favorable était une obligation de moyens et relevé, par motifs propres et adoptés, que les bailleuses devenues propriétaires en 2007, avaient, par un mandat exclusif, donné mission à une société gestionnaire à la compétence reconnue de mettre en œuvre les actions nécessaires à la recherche de nouveaux locataires pour les locaux vacants, laquelle en avait rendu compte, et engagé dans un délai raisonnable, à partir de son acceptation en 2011 par la commission départementale d'aménagement commercial, un projet de restructuration du centre destiné à offrir aux commerçants un cadre totalement rénové, la cour d'appel a pu décider que les bailleuses avaient satisfait à leur obligation contractuelle ».

Cet arrêt répond parfaitement aux questions posées, particulièrement concernant l'obligation de maintien d'un environnement commercial favorable aux preneurs, puisque cet arrêt relève que, s'agissant d'une obligation de moyens, les bailleuses avaient démontré qu'elles avaient, d'une part, donné mandat à une société spécialisée de recommercialiser les locaux vacants et, d'autre part, engagé dans un délai raisonnable les actions nécessaires à la mise en œuvre d'un projet de restructuration du centre permettant une recommercialisation du centre commercial.

Ainsi, selon la Cour de cassation, le bailleur de centre commercial n'a aucune obligation de maintenir un environnement commercial favorable au preneur, mais il doit

(4) Cass. 3^e civ., 14 avr. 2016, n° 15-13867.

(5) V. not. Cass. 3^e civ., 14 févr. 2012, n° 11-13393 : AJDI 2012, p. 512.

(6) Cass. 3^e civ., 23 juin 2015, n° 14-50033.

(7) Cass. 3^e civ., 26 mai 2016, n° 15-11307 : Gaz. Pal. 5 juill. 2016, n° 26925, p. 63, note Brault C.-E.

néanmoins mettre en œuvre les moyens nécessaires pour recommercialiser les locaux vacants ou mener, le cas échéant, les actions nécessaires à une telle recommercialisation, comme une restructuration du centre.

B. Une position plus hétérogène des juges du fond tendant à s'unifier

Les juges du fond, après avoir eu une position assez hétérogène, retiennent à présent une position plus conforme à celle adoptée par la Cour de cassation.

La jurisprudence de ces deux dernières années se présente ainsi de façon homogène.

À cet égard, on peut relever les décisions suivantes :

Jugement du tribunal de grande instance de Paris du 18 avril 2019. Par cette décision ⁽⁸⁾, le TGI de Paris, faisant une interprétation du contrat, tout en rappelant le principe selon lequel « à défaut de stipulation particulière du bail, [le bailleur] n'est pas tenu d'assurer la bonne commercialité du centre », a considéré que, lorsque le bail met à la charge du bailleur « des obligations particulières, comme celles liées au prestige et au standing de la galerie marchande, sa responsabilité [peut] être retenue s'il est constaté que la galerie commerciale ne correspond plus au standing contractuellement prévu ».

Arrêt de la cour d'appel de Bourges du 11 juillet 2019. La cour d'appel de Bourges indique, aux termes de cet arrêt ⁽⁹⁾ : « Il est de jurisprudence constante que le bailleur n'est nullement garant de la commercialité d'un centre commercial mais est seulement tenu, en l'absence de stipulations particulières, d'assurer la délivrance, l'entretien et la jouissance paisible de la chose louée (...). Le fait que plusieurs boutiques du centre commercial où se situent les locaux donnés à bail aient dû fermer, du fait notamment d'un achalandage insuffisant, à le supposer avéré, ne caractérise nullement de manquement de la SAS Carmina France à ses obligations contractuelles [notamment celles de délivrance, d'entretien et de garantie de jouissance paisible des lieux donnés à bail] ni de mauvaise foi de sa part dans leur exécution, le bailleur n'étant en aucun cas garant de la commercialité du centre commercial, sauf stipulation contractuelle en ce sens. »

On notera qu'aux termes de cet arrêt, la cour d'appel de Bourges ne semble pas s'être interrogée sur les moyens mis en œuvre par le bailleur pour recommercialiser les locaux.

Arrêt de la cour d'appel de Paris du 26 septembre 2019. Par cet arrêt ⁽¹⁰⁾, la cour parisienne rappelle brièvement que la société locataire « n'explique pas en quoi la société Uni-Commerces peut être tenue pour responsable, notamment du fait de sa gestion des parties communes, de la baisse de la commercialité invoquée, qui peut dépendre, à la supposer établie, de multiples facteurs qui ne relèvent pas nécessairement de son obligation de délivrance ».

Arrêt de la cour d'appel de Caen du 3 octobre 2019. Par cet arrêt ⁽¹¹⁾, la cour caennaise rappelle, dans un premier temps, le principe selon lequel, à défaut de clause

expresse dans le bail, le bailleur n'a aucune obligation de maintien d'un environnement commercial favorable au sein du centre.

En outre, elle précise que le preneur avait contractuellement accepté les aléas économiques inhérents au centre commercial.

Enfin, elle indique que l'allègement temporaire de loyer octroyé au preneur par le bailleur n'implique nullement une reconnaissance, par ce dernier, d'une faute qu'il aurait commise au titre notamment de l'animation, la promotion, la publicité ou encore la commercialité du centre.

II. SUR L'OBLIGATION D'ENTRETIEN DE LA CHOSE LOUÉE

1. Il n'en reste pas moins que le bailleur conserve une obligation d'entretien de la chose louée, et notamment des parties communes du centre commercial qui constituent « l'accessoire nécessaire des locaux loués ».

Or, dès lors que les parties communes sont mal entretenues, les normes de sécurité non respectées et que, par ailleurs, un avis défavorable a été émis à la poursuite de l'exploitation du centre commercial, cela est de nature à constituer un manquement susceptible d'engager la responsabilité du bailleur.

“ Le bailleur a une obligation d'entretien des parties communes du centre commercial ”

2. C'est ainsi que par arrêt de la cour d'appel de Rouen du 28 mai 2015 ⁽¹²⁾, divers manquements du bailleur ont été retenus relativement à l'obligation d'entretien qui lui incombait.

Il est vrai que le centre commercial concerné était dans un état de profonde déliquescence du fait de l'absence d'entretien des parties communes ayant entraîné une désertification, laquelle avait attiré divers trafics, le centre étant devenu un repaire de gangs et un refuge pour SDF.

L'arrêt relevait que les procès-verbaux de constats versés aux débats démontraient notamment le non-fonctionnement des ascenseurs, le blocage des portes coupe-feu, l'absence de climatisation, l'absence de fonctionnement des escalators, des dysfonctionnements de la ventilation et l'état d'insalubrité du local poubelles. En d'autres termes, il semble que le centre commercial ait été laissé dans un état d'abandon.

La cour a, de ce fait et logiquement, considéré qu'il était établi que ces manquements du bailleur à ses obligations d'entretien de la chose louée, ainsi qu'à son obligation d'assurer au preneur une jouissance paisible, étaient de nature à entraîner sa responsabilité à l'égard des preneurs.

3. De la même manière, la cour d'appel de Versailles, dans un arrêt du 26 avril 2018 ⁽¹³⁾, a jugé que le bailleur avait manqué à son obligation d'entretien des lieux loués dans la mesure où le centre commercial n'était plus en

(8) TGI Paris, 18^e ch., 18 avr. 2019, n° 14/10036.

(9) CA Bourges, ch. civ., 11 juill. 2019, n° 18/01521.

(10) CA Paris, 1-2, 26 sept. 2019, n° 19/04973.

(11) CA Caen, 2^e ch. civ. et comm., 3 oct. 2019, n° 18/03402.

(12) CA Rouen, ch. civ. et comm., 28 mai 2015, n° 14/03292.

(13) CA Versailles, 12^e ch., 2^e sect., 26 avr. 2018, n° 17/08154.

sécurité et où la sous-commission départementale pour la sécurité contre les risques d'incendie et de panique dans les établissements recevant du public avait déclaré maintenir « l'avis défavorable à la poursuite de l'exploitation du centre commercial émis le 13 mai 2002, le 29 janvier 2010 et le 11 janvier 2012, outre une sécurisation faible des portes d'accès au centre commercial qui sont toutes dépourvues d'alarme (...) ».

Le preneur avait, en outre, justifié avoir subi des désordres ayant affecté non seulement les parties communes, mais également ses parties privatives louées, du fait de l'absence de chauffage.

Ainsi, la juridiction de Versailles a retenu, dans cette espèce, que « la désertification et le dépérissement de ce centre commercial en son ensemble implanté dans un environnement urbain dense, au centre-ville de la commune, induit par ces incidents (...) constituent bien un changement manifeste de la chose louée, de nature à engager la responsabilité de la société bailleuses sur le fondement des articles 1719 et 1723 du Code civil ».

4. En revanche, la même cour de Versailles, par un arrêt particulièrement motivé en date du 20 septembre 2018 ⁽¹⁴⁾, rappelle les principes essentiels régissant les rapports entre bailleurs et preneurs de centres commerciaux, selon lesquels : « Le bailleur de locaux dans un centre commercial est tenu comme tout bailleur, en vertu de l'article 1719 du Code civil, d'une obligation de délivrance, d'entretien et de jouissance des locaux loués mais il n'est pas garant du maintien de l'environnement commercial des locaux loués, à défaut de stipulations particulières dans le bail (...). La cour constate, à la lumière des photographies prises par l'huissier de justice, que les parties communes, et en particulier les allées, accessoires nécessaires à l'usage de la chose louée, sont en très bon état d'entretien, bien éclairées, ce qui constitue un facteur d'attractivité des lieux et démontre que le bailleur respecte l'obligation d'entretien mise à sa charge pour favoriser la commercialité du centre (...). »

Ce faisant, la cour rejette l'exception d'inexécution invoquée par le preneur pour ne pas payer le loyer, aux termes de l'attendu suivant : « Il est constant que l'obligation de payer le prix du bail constitue une obligation essentielle du preneur qui peut néanmoins suspendre le paiement de ses loyers en opposant au bailleur une exception d'inexécution s'il se trouve dans l'impossibilité totale d'utiliser les lieux loués ; que tel n'est pas le cas en l'espèce, la société MGE n'ayant jamais cessé d'exploiter le local commercial (...) ».

5. En parfaite corrélation avec sa décision précédente, la même cour d'appel de Versailles ⁽¹⁵⁾ a considéré que le bailleur, établissant avoir entrepris des travaux de modernisation du centre commercial relativement aux parties communes de celui-ci, ayant modifié la signalétique du centre et installé des bornes interactives et des espaces de jeu pour les enfants, outre des services destinés à la clientèle tels que espace repos, espace bébé, distributeur de billets, etc., le preneur ne démontrait pas que le bailleur avait manqué à son obligation de « délivrance, d'entretien et de jouissance des locaux loués ».

Pour conclure. L'analyse de cette jurisprudence permet de conclure que le défaut d'entretien du centre commercial par le bailleur ne peut être sanctionné que s'il est démontré que ce dernier a commis une faute caractérisée, soit en laissant le centre dans un état d'abandon, soit en ne respectant pas les règles de sécurité.

En revanche, si l'état du centre commercial résulte de son ancienneté et que, par ailleurs, celui-ci se trouve normalement entretenu par le bailleur, aucune responsabilité de ce dernier ne pourra être utilement recherchée.

Les dernières décisions jurisprudentielles ramènent, finalement, aux principes fondamentaux des centres commerciaux, tels qu'ils avaient été formulés par Bruno Boccara ⁽¹⁶⁾, à savoir que bailleur et preneur assument un risque partagé : le bailleur en assurant la promotion du centre commercial, le preneur en prenant à bail des locaux à la commercialité non pas prouvée, mais seulement escomptée.

(14) CA Versailles, 14^e ch., 20 sept. 2018, n° 18/00712.

(15) CA Versailles, 14^e ch., 4 oct. 2018, n° 17/01193.

(16) Boccara B, « Les centres commerciaux et les loyers du marché », AJPI 1983, p. 379.

BAUX COMMERCIAUX

Le vrai et le faux marché des valeurs locatives en renouvellement 372y0

L'essentiel

La valeur locative de renouvellement ou de révision d'un bail commercial prévue à l'article L. 145-33 du Code de commerce est inférieure à celle de marché. Cela conduit logiquement les bailleurs avertis à prévoir l'application de la valeur locative de marché lorsque la location a été consentie au marché. Parfois ils glissent la valeur locative de marché dans le bail lors des renouvellements. Cela est admis, la valeur locative de l'article L. 145-33 n'étant pas d'ordre public. Cependant, pour obtenir la vraie valeur de marché, il convient de définir celui-ci car il n'est pas prévu par la loi.



Étude par
Patrick COLOMER
Expert immobilier près
la cour d'appel de Paris,
expert agréé par la Cour
de cassation, chartered
surveyor MRICS

Selon la Charte de l'expertise, la « valeur locative de marché » correspond au montant auquel un bien pourrait être raisonnablement loué. Elle s'analyse comme la contrepartie financière annuelle de l'usage d'un bien immobilier dans le cadre d'un contrat de bail. C'est la rémunération du capital qui appartient au bailleur : le local.

La valeur locative de marché correspond au montant qui devrait être obtenu de la part d'un locataire pour qu'il puisse disposer de l'usage

d'un bien libre dans le cadre d'un bail nouveau, aux conditions usuelles d'occupation pour la catégorie d'immeuble concernée, les conditions suivantes étant supposées réunies :

- la libre volonté du locataire et du propriétaire ;
- la conclusion d'un contrat à des conditions normales eu égard aux pratiques en vigueur sur le marché immobilier considéré ;
- la disposition d'un délai raisonnable pour la négociation préalablement à la signature du contrat de location ;
- la présentation préalable du bien sur le marché, sans réserve, avec des moyens de commercialisation adéquats ;
- l'absence de facteurs de convenance personnelle ;
- une relation équilibrée et indépendante entre preneur et bailleur.

Le locataire raisonne en fonction de sa capacité contributive, qui dépend du chiffre d'affaires au m² d'aire de vente et de la marge brute d'exploitation. Il doit rémunérer son travail et sa prise de risque. Il convient de répartir la rentabilité de l'exploitation entre le bailleur, dont le capital est mis à disposition à travers le local, et le locataire, en intégrant les risques. Dans les bons emplacements, le risque est moins élevé, ce qui augmente la capacité contributive.

Le Code de commerce prévoit un calcul de la valeur locative par comparaison, ce qui peut créer un décalage plus ou moins significatif par rapport au marché en fonction du

panel des termes de comparaison. La loi ne définit pas la valeur locative, mais ses critères. Le marché ne définit pas non plus la valeur locative, mais elle en résulte.

Depuis 2008, on constate une diminution des valeurs locatives de marché. La ville s'est toujours articulée autour du commerce ; les concepts et les modes de distribution ont toujours évolué. Cependant, l'apparition du e-commerce, qui est un nouveau mode de distribution, change la donne. Les bureaux se sont réinventés avec l'apparition des nouvelles technologies, les boutiques pas encore. Internet entraîne une profonde remise en cause, ayant fusionné avec la société au point d'en devenir le système nerveux. La technologie évolue rapidement et devient interactive, ce qui amène du changement. L'offre multicanal recentre la demande dans les boutiques, les clients recherchant une expérimentation. L'évolution vers des concepts de loisir et de restauration génère un flux, mais pas forcément de consommateurs. Les clients restent plus longtemps, mais viennent-ils pour consommer ? Le flux de clients, qui est un flux d'argent pour le commerçant, se transforme moins en chiffre d'affaires. Par ailleurs, la capacité contributive de ces commerces est moins élevée que pour l'équipement de la personne, la bijouterie ou les cosmétiques.

Les politiques ont détourné les consommateurs des centres-villes en créant les autoroutes. Ils ont développé la périphérie, la nouvelle clientèle habitant en dehors de la ville. Puis ils ont causé la ruine des boutiques existantes en limitant les voitures, les consommateurs de périphérie ne se rendant plus en centre-ville. Si l'on y ajoute l'insécurité, à comparer avec la sécurisation des zones commerciales, le plan d'action « cœur de ville » devient sans objet... Les fondamentaux sont pourtant simples : accessibilité, propreté, sécurité.

La consommation de masse s'est développée à partir des années 1960, mais aujourd'hui c'est la fin des années glorieuses du commerce. Être distributeur ne suffit plus, il faut devenir commerçant. Le vendeur conseille plus qu'il ne vend, le client cherche du service. Les codes ont changé, on ne parle plus de boutique mais de lieu d'expérience. Il faut créer un lien émotionnel avec le client, lui raconter une histoire. Le vendeur devient un conseiller. Cela implique de penser différemment les locaux ; il faut créer un univers type « concept store » pour donner envie. La communication se faisant gratuitement via les réseaux sociaux, la boutique doit être « instagramable ».

Cependant les boutiques ne disparaissent pas pour autant ; elles deviennent plus complémentaires que concurrentes du commerce internet. Ce sont des lieux de vie qui confèrent une visibilité et une réalité matérialisable. Les horaires d'ouverture deviennent plus larges, notamment le dimanche et le soir, ce qui génère des coûts supplémentaires de personnel et des charges. On assiste inexorablement à un phénomène de contraction avec la réduction de la taille des boutiques. Cela permet de réduire les coûts.

Le consommateur compare les prix via internet, qui est dans sa poche. Internet génère un gain de temps et d'argent. Les « millenials », qui sont les consommateurs nés en 2000, ont également une véritable conscience sociétale et écologique. Ce ne sont plus des hyperconsommateurs ; ils ont pris conscience de l'épuisement des ressources. En conséquence ils s'orientent vers une consommation différente, qui inclut notamment le recyclage...

Il y a également une guerre du pouvoir d'achat entre les générations. Faire plus avec moins, c'est gagner moins, donc avoir une capacité contributive inférieure. Le cocktail révolution numérique/ vieillissement de la population/ transition énergétique/conscience sociétale n'est pas propice à une augmentation des chiffres d'affaires réalisés dans les boutiques, lesquels sont la source des valeurs locatives. Toutefois les boutiques deviennent des outils de communication qui contribuent au chiffre d'affaires récupéré sur le net. Mais moins de chiffre d'affaires en boutique, c'est moins de loyer, même si le chiffre d'affaires résultant d'internet est généré en partie par la boutique, car ce dernier coûte paradoxalement plus cher, notamment en raison du coût des livraisons.

Le marché locatif de l'immobilier de commerce étant à deux vitesses, il faut distinguer :

- les bons emplacements, dans lesquels on constate une érosion des valeurs locatives ;
- les emplacements moyens et peu recherchés : les valeurs locatives s'y effondrent ; la vacance s'accroît considérablement, voire dramatiquement.

Les centres commerciaux et les centres-villes sont les plus touchés. Les *retails parks* s'en sortent moins mal. L'objectif des bailleurs devient de stabiliser les locataires, à défaut de stabiliser les loyers. Mieux vaut une baisse de loyer qu'une boutique vide, qui représentera un coût, le bailleur ne pouvant plus récupérer les charges. La vacance est une forme de cancer qui accélère la chute des valeurs locatives. Le rapport de force s'est inversé entre le propriétaire et le locataire, notamment dans les centres commerciaux. En 2005, le locataire devait s'acquitter de droits d'entrée ; depuis 2015, le bailleur participe aux travaux du locataire...

Dès lors qu'il y a moins de chiffre d'affaires généré dans la boutique, il y a moins de loyer pour les bailleurs. Ceux-ci veulent rendre la baisse moins apparente.

I. LE LOYER ÉCONOMIQUE EST LE VRAI LOYER

Le loyer affiché dans le bail est parfois supérieur à celui effectivement versé. Il est appelé « loyer facial » et permet au bailleur d'afficher une valeur locative supérieure à la somme qui va être encaissée.

Les mesures « d'accompagnement » sont multiples : la mise à disposition anticipée, les franchises de loyer, la participation aux travaux, le plafonnement des charges, la flexibilité (faculté de restitution de surfaces).

Retenir le loyer facial, c'est retenir un prix supérieur au marché. Il convient dès lors de retraiter le loyer facial, celui-ci ne reflétant pas la valeur locative, pour retenir le loyer économique.

**“ Il convient de retraiter
le loyer facial, celui-ci ne reflétant
pas la valeur locative, pour retenir
le loyer économique ”**

Le loyer économique est souvent très inférieur au loyer facial, tant lors des nouvelles locations que des renouvellements. Mais pourquoi la valeur locative de renouvellement est-elle inférieure à celle du marché ?

La recette en renouvellement et révision est donnée par l'article L. 145-33 du Code de commerce qui prévoit cinq critères de la valeur locative, détaillés aux articles R. 145-3 à R. 145-8 du même code :

- 1° Les caractéristiques du local considéré ;
- 2° La destination des lieux ;
- 3° Les obligations respectives des parties ;
- 4° Les facteurs locaux de commercialité ;
- 5° Les prix couramment pratiqués dans le voisinage.

Seul le cinquième critère est de nature à entraîner une minoration par rapport au marché. Son mode d'application figure à l'article R. 145-7 du Code de commerce, qui prévoit que la valeur locative est recherchée par comparaison avec « les prix couramment pratiqués dans le voisinage ». On constate que la valeur locative est évaluée à partir de prix, qui sont les ingrédients de comparaison.

Or un prix ne reflète pas toujours la valeur, surtout lorsqu'il est encadré. À l'exception des fixations judiciaires qui sont la conséquence d'un désaccord entre les parties, les loyers sont négociés entre bailleurs et locataires.

Il existe différents niveaux de prix « pratiqués dans le voisinage » : les locations nouvelles sans droit d'entrée, les locations nouvelles avec droit d'entrée, les loyers négociés lors de cessions de droit au bail, les loyers déplafonnés lors de renouvellements de baux, les loyers plafonnés, les fixations judiciaires.

A. Les locations nouvelles sans droit d'entrée

Lorsque les bailleurs louent sans pas de porte, le loyer correspond à la valeur locative réelle, communément appelée « loyer pur ». C'est le vrai marché, sous réserve des mesures d'accompagnement visées *supra*.

B. Les locations nouvelles avec droit d'entrée

La dichotomie entre la valeur locative de marché et le loyer est créée par les bailleurs, qui minorent le loyer annuel pour percevoir un capital sous la forme d'un droit d'entrée. Dans les mauvais emplacements, les droits d'entrée et les droits au bail sont faibles, voire inexistant ; ils augmentent avec la qualité de l'emplacement.

La valeur locative de marché peut être reconstituée en réintégrant le droit d'entrée au loyer pratiqué, s'agissant d'une modalité de paiement du loyer sous la forme d'un capital. Le mécanisme est identique pour le droit au bail, lequel est versé entre locataires. Pour le locataire entrant, il est indifférent de verser une somme en capital au bailleur ou au locataire sortant pour pouvoir louer le même local.

Les loyers en capital peuvent-ils être retenus lorsque l'on recherche un loyer périodique ? Cela est contesté lors des révisions ou renouvellements. Pour le calcul des indemnités d'éviction, il est recherché une valeur en capital : le droit au bail. Dans ce cas, les prix reconstitués sont systématiquement retenus pour apprécier la valeur locative de marché.

Il existe trois difficultés pour la réintégration des droits d'entrée ou « droit au bail » lors des renouvellements de baux :

- la nature de « loyer » du droit d'entrée ou du « droit au bail » est contestée par une partie de la doctrine ;
- les coefficients de décapitalisation ne sont pas actuellement uniformes en fonction des experts ;
- dans l'hypothèse où les droits d'entrée ou droits au bail seraient des loyers, ce ne sont pas des loyers pratiqués périodiquement mais des loyers en capital.

Pour l'ensemble de ces motifs, les loyers reconstitués sont actuellement le plus souvent écartés. Mais retenir, pour les renouvellements, les loyers pratiqués sans y ajouter le droit d'entrée ou le droit au bail équivaut à écarter une partie du marché, d'autant plus que les locations nouvelles sans versement d'un droit d'entrée étaient rares avant la crise dans les emplacements recherchés commercialement. La Cour de cassation, dans un arrêt du 11 octobre 2011, n'a pas écarté le principe de la décapitalisation pour le renouvellement d'une location sans versement d'un droit d'entrée, en rappelant le pouvoir souverain d'appréciation du juge du fond lui permettant d'adopter « le mode de calcul qui lui est apparu le meilleur » (Cass. 3^e civ., 11 oct. 2011, n° 08-18599, Sté MM2 c/ M^{me} C.).

Le coefficient permettant de reconstituer la valeur locative de marché n'est pas financier, le commerçant n'effectuant pas un placement financier mais acquérant un emplacement commercial représentant un potentiel de chiffre d'affaires et de marge brute d'exploitation.

L'emplacement joue un rôle considérable, mais ce coefficient est lié aux seuls prix de marché. C'est un coefficient de commercialité. Il existe, pour les boutiques, des locations nouvelles sans versement d'un droit d'entrée et un véritable marché des droits au bail, avec de nombreuses cessions. Par l'analyse des cessions, les coefficients qui permettent de reconstituer la valeur locative de marché peuvent être identifiés. Appliquer un coefficient uniforme ne permet pas de retrouver la valeur locative de marché pratiquée pour les locations nouvelles sans versement d'un droit d'entrée.

L'observation du marché des droits d'entrée et cessions de droit au bail conduit actuellement aux coefficients suivants, déterminés en fonction du prix du marché :

- Pour des boutiques :

Prix unitaire (m ² B)	Coefficient
< à 250 €	2
251 à 300 €	3
301 à 350 €	4
351 à 400 €	5
401 à 500 €	5,50
501 à 600 €	6
601 à 700 €	6,50
701 à 800 €	7
801 à 999 €	7,50
1 000 à 1 399 €	8
1 400 à 1 899 €	8,50
1 900 à 2 499 €	9
2 500 à 3 499 €	9,50
3 500 à 4 499 €	10
4 500 à 5 499 €	11
> à 5 500 €	12

- Pour des grandes surfaces (avec pondération base grande surface, sans zones) :

Prix unitaire (m ² pGS)	Coefficient
< à 50 €	3
51 à 80 €	4
81 à 100 €	4,50
101 à 120 €	5
121 à 140 €	5,50
141 à 170 €	6
171 à 200 €	6,50
201 à 250 €	7
251 à 300 €	7,50
301 à 599 €	8
600 à 999 €	9
> à 1 000 €	10

Le coefficient variant en fonction du prix du marché, plus le prix unitaire est élevé, plus le coefficient augmente. Cela s'explique par le fait que plus le chiffre d'affaires augmente, plus la capacité contributive (appelée taux d'effort) est importante. Le coefficient est lié à l'emplacement, mais il doit prendre également en compte la destination contractuelle et l'époque de la valorisation. Seul le prix permet de prendre en considération tous ces éléments. Les prix pratiqués (loyers) sont hétérogènes, mais les valeurs locatives de marché reconstituées sont homogènes lorsqu'on applique un coefficient de commercialité adapté. Cela confirme que la méthode du différentiel de loyer pour calculer une valeur de droit au bail est adaptée d'un point de vue économique. En appliquant la grille ci-dessus, les loyers reconstitués correspondent aux loyers de marché sans versement d'un droit d'entrée ; ils ne présentent pas le côté artificiel qui leur est souvent reproché. L'incompréhension résulte de l'application de coefficients financiers qui ne permettent pas d'analyser le marché.

C. Les loyers négociés lors de cessions de droit au bail

Le bailleur peut obtenir une augmentation du loyer en contrepartie de la modification de la destination contractuelle.

Toutefois, il ne pourra pas obtenir la valeur locative de marché qui correspond au maximum. En effet, si le loyer augmente trop, le locataire cèdera son fonds de commerce dans l'activité autorisée par le bail, et dans ce cas le bailleur ne pourra pas l'augmenter. Pour que le locataire ait intérêt à céder son droit au bail pour une autre activité, il faut qu'il soit supérieur à la valeur fonds de commerce, ce qui implique une augmentation de loyer en proportion.

“ La minoration des loyers en renouvellement résulte du panel des prix retenus ”

D. Les loyers déplaçonnés lors de renouvellements de baux

Ces loyers ne sont pas uniformes, essentiellement pour deux raisons :

1. L'existence d'une condition de recevabilité pour obtenir la valeur locative : le déplaçonnement. En effet, le principe est le plafonnement lors des renouvellements de baux, c'est-à-dire l'application de l'indice INSEE. Le loyer varie en fonction de la certitude ou de l'incertitude de la recevabilité du motif de déplaçonnement. Plus le motif est sérieux, moins la marge de négociation du locataire avec le bailleur est élevée, et inversement. En raison du préalable de la recevabilité de l'action en déplaçonnement, les loyers négociés ne sont pas linéaires et correspondent, le plus souvent, à un prix déconnecté de la valeur locative. On peut ajouter qu'en cas d'application du principe de l'étalement de l'augmentation du loyer par paliers de 10 % institué par la loi n° 2014-626 relative au bail commercial, le loyer pratiqué est de nouveau minoré.

2. L'existence de facteurs de minoration ou de majoration résultant de la liberté à l'origine des baux. Ceux-ci

peuvent être quantifiés afin de rétablir un équilibre entre les éléments de comparaison. Mais l'accession différée des travaux entraîne une minoration du loyer de renouvellement qui est très difficilement quantifiable, les baux étant rarement explicites sur l'abattement retenu.

E. Les loyers plafonnés

Ces loyers sont écartés, ne résultant pas d'un accord entre les parties. Mais ils peuvent créer une forte valeur de droit au bail dans les activités autorisées par le bail, étant souvent très inférieurs à la valeur locative.

En raison de la crise, on assiste à de nombreuses baisses de loyer. Ainsi, depuis 2011, les loyers plafonnés peuvent correspondre à la valeur locative, voire même lui être supérieure.

F. Les fixations judiciaires

La prise en compte des différents niveaux de prix pratiqués conduit mécaniquement à une valeur locative inférieure à celle des locations nouvelles consenties sans versement d'un droit d'entrée. Au surplus, les loyers fixés par le juge ne sont pas linéaires, les charges et conditions des baux étant différentes en raison de la liberté contractuelle, ce qui influe directement sur leur niveau.

Il n'est pas possible d'effectuer la moyenne des termes de comparaison (les prix pratiqués), s'agissant d'un panel qui n'est pas exhaustif, mais aussi en raison de la commercialité des rues qui n'est pas uniforme, des dates de prise d'effet, des surfaces et des destinations contractuelles qui sont différentes.

II. LA PRISE EN COMPTE DES LOYERS RECONSTITUÉS POUR OBTENIR LA VRAIE VALEUR LOCATIVE DE MARCHÉ

La valeur locative de révision ou de renouvellement est déterminée en fonction des prix pratiqués, lesquels sont hétérogènes. Il apparaît que la minoration de la valeur locative n'est pas due à la propriété commerciale ni à un dysfonctionnement des tribunaux, mais résulte de l'application de l'article R. 145-7 du Code de commerce.

Les différents niveaux de prix couramment pratiqués conduisent mécaniquement à une minoration par rapport au marché, d'autant que les renouvellements de baux sont généralement plus nombreux que les locations nouvelles. C'est pourquoi les loyers fixés judiciairement sont inférieurs à la valeur locative de marché.

Il en résulte deux niveaux de valeur locative : libre (de marché) et encadrée (en fonction des critères du Code de commerce, qualifiée à tort de « judiciaire » car déterminée par le juge en cas de désaccord entre les parties).

La conséquence crée un particularisme français : les renouvellements des baux des boutiques s'effectuent à des loyers inférieurs à la valeur locative de marché. Si le bail prévoit l'application du marché, celui-ci peut s'appliquer, l'article L. 145-33 du Code de commerce n'étant pas d'ordre public. En revanche, il convient de vérifier la définition du marché dans le bail : soit le véritable marché en réintégrant les droits d'entrée ou droit au bail, soit une valeur locative du Code de commerce majorée avec la prise en compte des locations nouvelles et des loyers de renouvellement, à l'exclusion des fixations judiciaires

et des loyers reconstitués s'ils ne sont pas expressément prévus.

Mais le juge connaît-il le marché ? La valeur de marché n'est pas prévue dans le Code de commerce. Peut-il l'appliquer ? La réponse semble positive si elle est prévue par le bail, le juge appliquant la convention des parties.

Prévoir l'application de la valeur locative du Code de commerce en dérogeant uniquement à l'article R. 145-7, c'est-à-dire en prévoyant seulement le marché dans le panel de références, permet de s'assurer de la compétence du juge et d'obtenir le vrai marché. Mais il faut fournir au juge les ingrédients à retenir : les locations nouvelles et les loyers reconstitués.

En résumé, la recette de l'article L. 145-33 est bonne, mais en fonction des ingrédients retenus, la valeur locative ne sera pas la même.

Ainsi il existe une difficulté en fonction de la définition de la valeur locative de marché dans le bail :

1) la seule valeur locative de marché, avec prise en compte des droits d'entrée et des droits au bail, lesquels sont fréquents dans les beaux emplacements. Leur réintégration au loyer pratiqué permet de reconstituer le véritable marché.

2) la valeur locative de marché sans prise en compte des loyers reconstitués (principe de la décapitalisation), ce qui peut conduire à une minoration de l'ordre de 10 à 30 %.

3) la valeur locative de marché avec prise en compte des loyers reconstitués, mais également les renouvellements

de baux, ce qui peut conduire à une minoration de l'ordre de 20 à 40 %.

4) la valeur locative de marché sans prise en compte des loyers reconstitués, avec également les renouvellements de baux, ce qui peut conduire à une minoration de l'ordre de 30 à 50 %.

Le seul moyen de sécuriser le loyer en période de baisse des valeurs locatives est de prévoir le vrai marché, mais cela n'est pas suffisant. Il faut également anticiper que le loyer ne pourra pas baisser. C'est le principe de la double limite : le marché et le loyer en vigueur.

Empêcher la baisse du loyer dans le cadre d'une indexation n'est pas possible, en raison du principe de réciprocité, mais prévoir un plancher lors du renouvellement est admis. Toutefois, si le loyer est supérieur au marché, le locataire rendra les clés au bailleur à l'expiration d'une période triennale. Dans la pratique, ce dernier préfère le plus souvent conserver le locataire en place en ajustant le loyer.

Enfin, appliquer le vrai marché, c'est supprimer la valeur du droit au bail, qui prend naissance dans la faiblesse du loyer et consiste en la capitalisation de sa différence avec la valeur locative de marché. Le droit au bail représentant fréquemment la moitié de la valeur du fonds de commerce, cela sera lourd de conséquences en cas d'éviction.

Chronique de jurisprudence de droit des baux commerciaux 370y0

Par
Jehan-Denis BARBIER
Docteur en droit, avocat
au barreau de Paris,
Barbier-Associés
et
Charles-Édouard
BRAULT
Avocat au barreau de
Paris, Brault & Associés

L'essentiel

Au cours des derniers mois, la Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur l'obligation d'immatriculation pour un bail de terrain (Cass. 3^e civ., 23 janv. 2020, n° 19-11215), sur le maintien de la responsabilité du bailleur qui vend l'immeuble (Cass. 3^e civ., 23 janv. 2020, n° 18-19589), sur les circonstances particulières qui justifient la conclusion d'une convention d'occupation précaire (Cass. 3^e civ., 12 déc. 2019, n° 18-23784), sur la forme du congé triennal signifié par le preneur (Cass. 3^e civ., 24 oct. 2019, n° 18-24077) et sur la compétence du tribunal judiciaire pour statuer sur une clause d'adhésion obligatoire à une association de commerçants (Cass. 3^e civ., 24 oct. 2019, n° 18-20838). En matière de loyers, la Cour a, à nouveau, été saisie de la validité ou non de certaines clauses d'indexation (Cass. 3^e civ., 12 déc. 2019, n° 18-23339 ; Cass. 3^e civ., 19 déc. 2019, n° 18-23196), tandis que la question de la constitutionnalité de la limitation des augmentations de loyer à 10 % l'an a été renvoyée au Conseil constitutionnel (Cass. 3^e civ., 6 févr. 2020, n° 19-19503). En matière d'indemnité d'éviction, la Cour de cassation a précisé que seul l'usufruitier en est débiteur (Cass. 3^e civ., 19 déc. 2019, n° 18-26162), le locataire maintenu dans les lieux pouvant demander en outre la réparation d'un éventuel préjudice de jouissance pendant cette période (Cass. 3^e civ., 28 nov. 2019, n° 18-18862). En matière de résiliation, les juges doivent constater la persistance de l'infraction un mois après le commandement visant la clause résolutoire (Cass. 3^e civ., 24 oct. 2019, n° 18-20317), mais ce commandement n'est pas nécessaire lorsque le bailleur agit devant le juge-commissaire pour demander la constatation de la résiliation de plein droit (Cass. com., 9 oct. 2019, n° 18-17563 ; Cass. com., 15 janv. 2020, n° 17-28127).

PLAN

I. CONDITIONS D'APPLICATION	
DU STATUT	p. 64
II. DROITS ET OBLIGATIONS	
DES PARTIES	p. 66
III. CESSION, SOUS-LOCATION,	
DÉSPÉCIALISATION	(néant)
IV. DURÉE DU BAIL	p. 66
V. RÉVISIONS, INDEXATION	p. 69
VI. RENOUVELLEMENT DU BAIL	p. 72
VII. REFUS DE RENOUVELLEMENT	
DU BAIL	p. 74
VIII. RÉSILIATION, CLAUSE RÉSOLUTOIRE ...	p. 76
IX. COMPÉTENCE, PROCÉDURE,	
PRESCRIPTION	p. 76
X. DROIT D'OPTION, DROIT	
DE REPENTIR	(néant)
XI. DIFFICULTÉS DES ENTREPRISES	p. 77

I. CONDITIONS D'APPLICATION DU STATUT

Un bail de terrain est soumis à immatriculation 372k9

L'essentiel La société bailleuse, qui avait consenti à la société preneuse un bail portant sur un terrain nu et l'avait autorisée à y édifier des constructions, lui a notifié un refus de renouvellement de ce bail sans indemnité d'éviction pour défaut d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés de l'établissement secondaire situé dans les lieux. La société preneuse l'a assignée en nullité du congé et en paiement d'une indemnité d'éviction. La société preneuse fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté

ses demandes. Ayant retenu à bon droit que le preneur à bail d'un terrain nu sur lequel sont édifiées des constructions ne peut bénéficier du droit au renouvellement du bail que confère le statut des baux commerciaux que s'il remplit les conditions exigées au premier alinéa de l'article L. 145-1, I, du Code de commerce tenant à son immatriculation et à l'exploitation d'un fonds et ayant constaté que la société preneuse n'était pas, au moment de la délivrance du congé, immatriculée pour l'établis-

ment secondaire exploité dans les lieux, la cour d'appel en a exactement déduit que celle-ci n'avait pas droit à une indemnité d'éviction.

Cass. 3^e civ., 23 janv. 2020, n° 19-11215, Sté Clean Service Wolfidis c/ Sté Wolfisheim Distribution, FS-PBI (rejet pourvoi c/ CA Colmar, 1^{re} ch. civ., sect. A, 31 oct. 2018), M. Chauvin, prés., M^{me} Corbel, rapp., M^{me} Guilguet-Pauthe, av. gén. ; SCP Boullez et SCP Marlange et de La Bourgade, av.

Note par
Jehan-Denis BARBIER

Par cet arrêt de principe, la Cour de cassation décide – à notre connaissance pour la première fois – qu'un

bail de terrain est soumis, pour bénéficier de la protection statutaire, à la condition d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés.

En l'espèce, le bail portait sur un terrain nu et la société locataire avait été autorisée à y édifier des constructions. Conformément à l'article L. 145-1, I, 2°, du Code de commerce, le statut des baux commerciaux s'applique aux baux des terrains nus sur lesquels ont été édifiées des constructions à usage commercial, avec le consentement exprès du propriétaire. Tel était le cas en l'espèce. Il s'agissait donc bien d'un bail commercial.

Cependant, à l'expiration du bail, la société bailleuse fit signifier à la société locataire un congé comportant refus de renouvellement du bail sans offre d'indemnité d'éviction, au motif que la société locataire n'était pas immatriculée au registre du commerce pour l'établissement secondaire qu'elle exploitait sur le terrain et dans les constructions.

On sait que, d'une façon générale, pour avoir droit au statut des baux commerciaux, le locataire doit être régulièrement immatriculé au registre du commerce, à l'adresse des lieux loués, conformément au 1^{er} alinéa de l'article L. 145-1 du Code de commerce.

Les établissements secondaires doivent notamment faire l'objet d'une inscription complémentaire s'ils sont situés dans le même ressort que l'établissement principal, ou d'une immatriculation secondaire s'ils sont situés dans un autre ressort, conformément aux articles R. 123-67 et R. 123-63 du Code de commerce (Cass. 3^e civ., 13 oct. 1999, n° 97-22258 : Gaz. Pal. Rec. 2000, 2, som., p. 46).

La question posée était de savoir si la condition d'immatriculation, prévue au 1^{er} alinéa de l'article L. 145-1, devait s'appliquer aux baux de terrains, alors que l'alinéa les régissant ne la mentionne pas.

Le moyen du pourvoi soutenait que le texte relatif aux terrains nus constituait « une disposition autonome » par rapport au 1^{er} alinéa de l'article L. 145-1, lequel « étend

le bénéfice du statut des baux commerciaux aux baux de terrains nus sur lesquels ont été élevées des constructions sans en subordonner l'application à la condition que le preneur soit immatriculé au registre du commerce et des sociétés au jour de la délivrance d'un congé par le bailleur ».

Ce moyen est rejeté. La Cour de cassation considère que le texte relatif aux terrains nus ne constitue pas un texte autonome. La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir jugé que le titulaire d'un bail de terrain nu doit remplir « les conditions exigées au 1^{er} alinéa de l'article L. 145-1 du Code de commerce ».

Cette solution est justifiée par la structure du texte. L'article L. 145-1 est divisé en trois parties.

Le I requiert, de façon générale, dans un premier alinéa, une immatriculation au registre du commerce, puis poursuit en traitant : 1° des locaux accessoires et 2° des terrains nus.

Le II traite de la dispense d'immatriculation en cas d'exploitation du fonds en location-gérance.

Le III traite des dispenses d'immatriculation lorsque le bail est consenti à plusieurs preneurs ou en cas d'indivision, notamment successorale.

Ainsi, la première partie du texte ne mentionne aucune dispense d'immatriculation, à la différence des deuxième et troisième parties qui sont précisément consacrées aux exceptions à l'obligation d'immatriculation.

Pour les locaux accessoires, la jurisprudence a précisé depuis longtemps qu'ils devaient faire l'objet d'une inscription complémentaire, dès lors qu'ils constituaient un établissement (Cass. 3^e civ., 9 oct. 1991, n° 90-12824 : Gaz. Pal. Rec. 1992, 2, som., p. 651, note Barbier J.-D. – Cass. 3^e civ., 13 oct. 1999, n° 97-22258 : Gaz. Pal. Rec. 2000, 2, som., p. 2034, note Barbier J.-D.). Le texte les régissant (le 1°) n'est pas considéré comme autonome. Il en va de même du texte régissant les terrains (le 2°). Il n'est pas davantage autonome.

En outre, le bail de terrain nu sur lequel des constructions ont été édifiées doit, pour bénéficier de la protection statutaire, servir à l'exploitation d'un fonds de commerce (Cass. 3^e civ., 11 mai 1988, n° 86-19631). Le preneur doit nécessairement y ouvrir un établissement, lequel doit donc être immatriculé conformément aux dispositions relatives au registre du commerce.

Enfin, la Cour de cassation rappelle que l'immatriculation de l'établissement secondaire exploité dans les lieux est requise au moment de la délivrance du congé (Cass. 3^e civ., 18 mai 2005, n° 04-11985 : Administrer août-sept. 2005, p. 40, note Barbier J.-D. – Cass. 3^e civ., 22 nov. 2011, n° 10-25857).

II. DROITS ET OBLIGATIONS DES PARTIES

La vente de l'immeuble ne décharge pas le bailleur de sa responsabilité antérieure ^{372m0}

L'essentiel En cas de vente des locaux donnés à bail, le bailleur originaire n'est pas déchargé à l'égard du preneur des conséquences dommageables de l'inexécution de ses obligations par une clause contenue dans l'acte de vente subrogeant l'acquéreur dans les droits et obligations du vendeur-bailleur.

Cass. 3^e civ., 23 janv. 2020, n° 18-19589, Sté Klépierre c/ Sté Univers des Sacs et Sté Ochito, F-D (rejet pourvoi c/ CA Versailles, 12^e ch. civ., sect. 2, 26 avr. 2018), M. Chauvin, prés., M^{me} Corbel, rapp. ; SCP Garreau, Bauer-Violas et Feschotte-Desbois, SCP Alain Bénabent, et SCP Bernard Hémerly, Carole Thomas-Raquin, Martin Le Guerer, av.

Note par
Jehan-Denis BARBIER

Le locataire, qui exploitait des locaux dans un centre commercial, se plaignait du mauvais état du centre commercial et d'un dysfonctionnement du chauffage dans ses locaux. La responsabilité du bailleur avait été retenue.

Dans un centre commercial, les parties communes sont les accessoires nécessaires à l'usage de la chose louée, et le bailleur est tenu de les entretenir convenablement et, si nécessaire, d'entreprendre les diligences utiles auprès du syndicat des copropriétaires, ce qu'il n'avait pas fait en l'espèce (Cass. 3^e civ., 5 juin 2013, n° 12-14227 : Gaz. Pal. 3 août 2013, n° 141f2, p. 30, note Brault C.-É. – Cass. 3^e civ., 19 déc. 2012 : Administrer févr. 2013, p. 31, note Barbier J.-D. – Cass. 3^e civ., 23 juin 2015, n° 14-12606 : Gaz. Pal. 18 août 2015, n° 237k7, p. 32, note Barbier J.-D.). Cependant, en cours de procédure, la société propriétaire vendit le centre commercial à un autre investisseur qui intervint dans la procédure.

La cour d'appel condamna *in solidum* les deux sociétés, l'ancienne propriétaire et la nouvelle, à payer des dommages et intérêts à la société locataire en réparation du préjudice qu'elle avait subi.

L'ancienne bailleresse contestait cette décision jusque devant la Cour de cassation, en faisant valoir que l'acte de vente du centre commercial prévoyait la subrogation de

l'acquéreur dans tous les droits et obligations du vendeur, notamment au titre des procédures existantes avec les locataires au jour de la vente.

L'argument était curieux, car la subrogation a les mêmes effets qu'une cession de créance, et n'a jamais permis de procéder à une cession de dette ou de se dégager de sa responsabilité antérieure, et ce, tant dans les textes du Code civil anciens (C. civ., art. 1249 et s.) que dans les nouveaux (C. civ., art. 1346 et s.).

La Cour de cassation rappelle que la vente de l'immeuble ne décharge pas le bailleur vis-à-vis du preneur des conséquences dommageables de l'inexécution de ses obligations, même lorsque l'acte de vente comporte une clause de subrogation. Le bailleur qui n'a pas rempli ses obligations avant la vente reste responsable à l'égard du preneur.

La vente de l'immeuble laisse subsister les obligations personnelles. C'est pourquoi, par exemple, en matière d'indemnité d'éviction, l'ancien propriétaire qui a signifié le refus de renouvellement du bail reste tenu du paiement de l'indemnité d'éviction, même s'il vend l'immeuble ensuite (Cass. 3^e civ., 27 oct. 1993, n° 91-18859 ; Cass. 3^e civ., 10 déc. 1997, n° 96-13616 : Administrer mai 1998, p. 33, note Barbier J.-D. – Cass. 3^e civ., 5 mars 2008, n° 06-19237 : Gaz. Pal. 8 juill. 2008, n° H1884, p. 18, note Barbier J.-D. – Cass. 3^e civ., 13 sept. 2011, n° 10-18241 : Gaz. Pal. Rec. 2011, p. 3064, note Barbier J.-D.).

Pour la même raison, il a été jugé que l'ancien propriétaire de l'immeuble n'est pas dégagé de ses obligations, même si le nouveau propriétaire est susceptible d'être condamné *in solidum*, lorsque la violation de l'obligation de délivrance persiste (Cass. 3^e civ., 21 févr. 2019, n° 18-11553 : Administrer mars 2019, p. 35, note Barbier J.-D.).

On rappellera par ailleurs qu'en cas de vente de l'immeuble, si une procédure de révision du loyer a été engagée par l'ancien propriétaire avant la vente, il est prudent que celui-ci ne se retire pas de la procédure (Cass. 3^e civ., 14 juin 2018, n° 17-18576 : Gaz. Pal. 20 nov. 2018, n° 335e7, p. 66, note Barbier J.-D.), les droits et obligations personnels ne suivant pas nécessairement l'immeuble.

[...]

IV. DURÉE DU BAIL

Un projet de cession ne constitue pas une cause objective de précarité ^{372p2}

L'essentiel Un bail commercial ayant été renouvelé à effet du 1^{er} janvier 2005, un accord est intervenu le 29 juin 2007 entre les parties prévoyant la rupture anticipée du bail à effet du 31 décembre 2007 et autorisant la société locataire à se maintenir dans les lieux à compter du 1^{er} janvier 2008 pour une durée de 23 mois afin de favoriser la ces-

sion, par le preneur, de son fonds de commerce ou de son droit au bail ; le 18 octobre 2010, la bailleresse a assigné en expulsion la locataire, qui, demeurée dans les lieux, a sollicité que le bénéfice d'un bail commercial lui soit reconnu.

Pour accueillir les demandes de la société baille-
resse, l'arrêt retient que l'accord exclut explicitement
les dispositions des articles L. 145 et suivants du Code
de commerce et que les parties ont entendu limiter à
23 mois l'occupation des locaux par la locataire dans l'at-
tente de la cession de son fonds de commerce ou de son
droit au bail, événement incertain et extérieur à la volonté
des parties puisqu'impliquant l'intervention d'un tiers se
portant acquéreur du fonds, ce qui constituait un motif
légitime de précarité.

En statuant ainsi, après avoir constaté, d'une part, que
le projet de cession portait sur le fonds de commerce
de la locataire ou son droit au bail, ce qui excluait l'exis-
tence d'une cause objective de précarité de l'occupation
des lieux faisant obstacle à la conclusion ou à l'exécution
d'un bail commercial et justifiant le recours à une conven-
tion d'occupation précaire et, d'autre part, qu'au-delà du
terme prévu à la convention qui dérogeait aux disposi-
tions statutaires, la locataire était restée dans les lieux
sans que le bailleur n'eût manifesté son opposition, ce
dont il résultait qu'il s'était opéré un nouveau bail, la cour
d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses
propres constatations, a violé [l'article L. 145-5 du Code
de commerce, ensemble l'article 1134 du Code civil].

Cass. 3^e civ., 12 déc. 2019, n° 18-23784, Sté Les Arcades
c/ Stés NC Invest et Le Criquet, FS-PBI (cassation CA Caen,
2^e ch., 14 juin 2018), M. Chauvin, prés., M^{me} Andrich, rapp.,
M. Stulèsse, av. gén. ; SCP Boré, Salve de Bruneton et Mégret et
SCP Marc Lévis, av.

Note par
Jehan-Denis BARBIER

Pour des motifs qui arran-
geaient probablement
tant la société baille-
resse que la société locataire, les
parties avaient convenu d'une rupture anticipée du bail
commercial, mais la société locataire avait été autori-
sée à rester dans les lieux 23 mois, pour lui permettre de
trouver un éventuel repreneur à qui céder son fonds de
commerce ou son droit au bail. La société baille-
resse était d'ailleurs disposée à établir un nouveau bail au bénéfice
d'un cessionnaire.

Toutefois, la situation s'éternisa bien au-delà des 23 mois.
Il était apparemment difficile de trouver un repreneur. La
société baille-
resse assigna en expulsion et la société lo-
cataire répondit en demandant que le bénéfice d'un bail
commercial lui soit reconnu, puisqu'elle était restée dans
les lieux au-delà de la durée du bail dérogatoire.

On sait en effet qu'aux termes de l'article L. 145-5 du
Code de commerce, si le preneur reste et est laissé en
possession à l'expiration d'un bail dérogatoire, il s'opère
un nouveau bail qui est un bail commercial soumis au
statut ⁽¹⁾.

(1) Cass. 3^e civ., 22 janv. 2003, n° 01-16490 : Gaz. Pal. Rec. 2003, p. 1781, note
Barbier J.-D. – Cass. 3^e civ., 5 juin 2013, n° 12-19634 : Gaz. Pal. 3 août 2013,
n° 141c6, p. 25, note Brault C.-E.

On rappellera d'autre part que, malgré la lettre du texte qui
n'autorise la conclusion d'un bail dérogatoire que « lors de
l'entrée dans les lieux du preneur », la Cour de cassation
a admis qu'un bail dérogatoire puisse faire suite à un bail
commercial, dans une affaire similaire à celle présente-
ment commentée. La Cour a décidé que « l'entrée dans les
lieux » vise la prise de possession des locaux en exécution
du bail dérogatoire, « peu important que le preneur les ait
occupés antérieurement en vertu d'un autre titre depuis
expiré » ⁽²⁾, et qu'un bail dérogatoire puisse être conclu,
après la résiliation triennale d'un bail commercial, avec le
même locataire, pourtant déjà dans les lieux ⁽³⁾.

Cependant, en l'espèce, la cour d'appel estima que le
contrat litigieux n'était pas un bail dérogatoire, mais une
convention d'occupation précaire, le motif légitime de pré-
carité étant constitué par la nécessité de trouver un tiers
qui se porterait acquéreur du fonds de commerce ou du
droit au bail. Mais elle ne sera pas suivie par la Cour de
cassation.

La convention d'occupation précaire est une création
prétorienne ⁽⁴⁾ qui, depuis la loi du 18 juin 2014 relative à
l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises,
est définie à l'article L. 145-5-1 du Code de commerce :
« N'est pas soumise au présent chapitre la convention
d'occupation précaire qui se caractérise, quelle que soit sa
durée, par le fait que l'occupation des lieux n'est autorisée
qu'à raison de circonstances particulières indépendantes
de la seule volonté des parties ».

Le législateur a entériné la jurisprudence. Une convention
d'occupation précaire n'est valable que si elle est justifiée
par des « circonstances particulières indépendantes de la
seule volonté des parties ». Il faut un motif légitime de
précarité ⁽⁵⁾. En l'espèce, la Cour de cassation considère
que le motif retenu par la cour d'appel ne constituait pas
une cause objective de précarité. Un projet de cession por-
tant sur le fonds de commerce de la locataire ou son droit
au bail, bien que dépendant de l'intervention d'un tiers (le
repeneur éventuel), ne constituerait pas une circonstance
particulière indépendante de la seule volonté des parties.

La convention d'occupation doit donc être requalifiée en
bail dérogatoire et, comme le locataire est resté dans les
lieux au-delà de la durée de 23 mois, il s'est opéré un bail
commercial soumis au statut des baux commerciaux.

(2) Cass. 3^e civ., 2 mars 2017, n° 15-28068 : Administrer 2017, p. 30, note Bar-
bier J.-D. ; Loyers et copr. 2017, n° 111, note Brault P.-H.

(3) Cass. 3^e civ., 1^{er} févr. 2018, n° 16-23122 : Gaz. Pal. 20 mars 2018, n° 316d7,
p. 59, note Brault C.-E.

(4) V. Barbier J.-D., « Baux dérogatoires et conventions d'occupation précaire »,
Administrer 1997, p. 10 ; Puygauthier J.-L., « Les conventions dérogatoires
au statut des baux commerciaux en raison de leur durée et de leur précarité »,
JCP N 1993, I 283, n° 58 à 94 ; Roy-Loustanaud C., « La convention d'occupa-
tion précaire », D. 1988, p. 216.

(5) Cass. 3^e civ., 19 nov. 2003, n° 02-15887 : Loyers et copr. 2004, n° 30, note
Brault P.-H. ; Administrer 2004, p. 26, note Boccara B et Lipman-Boccara D.
– Cass. 3^e civ., 9 nov. 2004, n° 03-15084 : Loyers et copr. 2005, n° 13, note
Brault P.-H. ; AJDI 2005, p. 386, note Blatter J.-P. – Cass. 3^e civ., 29 avr. 2009,
n° 08-10506 : D. 2009, p. 1357, note Rouquet Y. – Cass. 3^e civ., 17 mai 2018,
n° 17-11963 : Gaz. Pal. 17 juill. 2018, n° 329g5, p. 49, note Barbier J.-D.

Formalisme du congé donné par le preneur 372n8

L'essentiel « L'article L. 145-4 [du Code de commerce], dans sa rédaction issue de la loi du 6 août 2015, confère au preneur la faculté de donner congé à l'expiration d'une période triennale, au moins 6 mois à l'avance, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par acte extrajudiciaire. »

Cass. 3^e civ., 24 oct. 2019, n° 18-24077, Sté Qualiterre c/ Sté Sanor AEOS, FS-PBI (cassation partielle CA Caen, 6 sept. 2018), M. Chauvin, prés. ; M^e Balat, av.

Note par
Charles-Édouard
BRAULT

Par cet important arrêt destiné à une large publicité, la Cour de cassation apporte une solution logique sur la forme que doit revê-

tir un congé donné par le locataire pour une échéance triennale. Nonobstant cette décision, de légitimes interrogations subsistent sur les formes que doivent recouvrir les congés des parties en matière de bail commercial.

I. FORME DU CONGÉ À ÉCHÉANCE TRIENNALE DU LOCATAIRE

Avant la loi n° 85-1408 du 30 décembre 1985 qui a modifié l'article 3.1 du décret du 30 septembre 1953 (devenu l'article L. 145-4 du Code de commerce) en offrant aux parties la liberté de décider d'une durée ferme supérieure à 3 années, ou de fixer d'autres échéances pour mettre fin au bail, le preneur conservait le droit de résilier le bail à chaque échéance triennale.

La loi du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises est revenue à l'esprit initial du statut des baux commerciaux en réaffirmant le principe de la faculté pour le preneur de délivrer congé à chaque échéance triennale, sous réserve des exceptions prévues pour les baux d'une durée supérieure à 9 années et ceux portant sur les locaux construits en vue d'une seule utilisation, les locaux à usage exclusif de bureaux et les locaux de stockage.

Avant l'entrée en vigueur de cette loi, les congés devaient être signifiés par acte d'huissier sous peine de nullité⁽¹⁾, et le formalisme du congé à échéance triennale a ensuite fait l'objet de modifications par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite *Macron*, et le décret n° 2016-296 du 11 mars 2016 relatif à la simplification de formalités en matière de droit commercial⁽²⁾.

Depuis ces réformes et dans l'état actuel du texte de l'article L. 145-4 du Code de commerce, le congé triennal du locataire peut être notifié soit par lettre recommandée avec avis de réception, soit par acte d'huissier.

L'objectif poursuivi était d'offrir au seul locataire la faculté de délivrer un congé par lettre recommandée pour les échéances triennales, et de légitimes interrogations avaient été émises sur l'application, aux baux en cours, de la faculté réaffirmée des preneurs de délivrer congé aux échéances triennales et sur la forme de ces congés⁽³⁾. Mais ces dispositions devaient être considérées comme d'application immédiate aux contrats en cours, en application de la théorie des effets légaux du contrat : la loi nouvelle régit immédiatement les effets des situations juridiques ayant pris naissance avant son entrée en vigueur et non définitivement réalisés⁽⁴⁾. La solution était ensuite confirmée par une réponse ministérielle précisant que l'application immédiate de la nouvelle règle était destinée à assurer l'égalité de traitement des preneurs et justifiée par un souci d'efficacité⁽⁵⁾.

En l'espèce, une société sous-locataire avait notifié congé par lettre recommandée avec demande d'avis de réception pour la date de la seconde échéance triennale, en respectant le préavis de 6 mois, mais le locataire principal avait contesté la validité de ce congé en réclamant, de ce fait, le règlement des loyers échus postérieurement à cette échéance.

La cour d'appel de Caen avait estimé que ce congé était régi par les dispositions de l'article L. 145-9 du Code de commerce imposant sa délivrance par acte extrajudiciaire, de telle sorte que le congé du sous-locataire n'avait pu produire ses effets et mettre fin au bail, avec les conséquences qui en découlaient.

Cette décision est logiquement sanctionnée par la Cour de cassation, puisque le congé à échéance triennale doit seulement se conformer aux dispositions de l'article L. 145-4 du Code de commerce dans sa rédaction applicable à la date de la signification, qui prévoient la faculté offerte au preneur de le délivrer par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par acte extrajudiciaire.

La cour d'appel avait donc refusé d'appliquer les dispositions de l'article L. 145-4 du Code de commerce et fait une application erronée des dispositions de l'article L. 145-9 dudit code.

On rappellera à cet effet que l'article L. 145-4 est d'ordre public et qu'il s'agit bien du seul texte applicable aux modalités de signification du congé du preneur aux échéances triennales, tandis que le bailleur qui souhaitera délivrer congé pour reconstruire aux mêmes échéances devra respecter les conditions de forme prévues par l'article L. 145-9 et imposant l'acte extrajudiciaire.

II. FORMES DES CONGÉS HORS ÉCHÉANCE TRIENNALE

Indépendamment de la solution inévitable apportée par la haute juridiction sur la forme du congé du locataire aux échéances triennales, une difficulté demeure pour les

(1) Cass. 3^e civ., 24 janv. 1996, n° 93-20842 : Gaz. Pal. Rec. 1996, 1, p. 257, note Barbier J.-D. – Cass. 3^e civ., 10 nov. 1999, n° 97-21942 : Gaz. Pal. Rec. 2000, som., p. 1192.

(2) Brault C.-E., « La loi *Macron* et le bail commercial », Gaz. Pal. 24 nov. 2015, n° 248f6, p. 17 – Blatter J.-P., « La date de délivrance des actes en matière de bail commercial : une fausse bonne idée », AJDI 2016, p. 237.

(3) Brault C.-E., « Les congés à échéance triennale et l'application de la loi du 18 juin 2014 dans le temps », Gaz. Pal. 5 juill. 2016, n° 270a4, p. 25.

(4) Cass. 3^e civ., 3 juill. 2013, n° 12-21541 : Gaz. Pal. 3 août 2013, n° 141m7, p. 34, note Barbier J.-D.

(5) Rép. min. n° 93154 : JOAN, 31 mai 2016, p. 4684.

congés donnés à l'échéance contractuelle ou en cours de tacite prolongation.

L'article L. 145-4 ne concerne que le congé donné « à l'expiration d'une période triennale » et ses dispositions n'ont donc théoriquement pas vocation à s'appliquer pour les autres échéances.

Néanmoins, certains auteurs considèrent que l'article L. 145-4 régirait le congé du preneur pour quelque échéance que ce soit, avec la faculté, dès lors, d'une délivrance par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, tandis que l'article L. 145-9 ne concernerait que le congé à l'initiative du bailleur ⁽⁶⁾.

La question ne se pose nullement sur la forme que doit revêtir tout congé donné par le bailleur, puisqu'il doit respecter les dispositions de l'article L. 145-9 qui imposent, depuis la réforme du 6 août 2015 susvisée, le recours à un acte d'huissier. D'ailleurs, lorsque le bailleur souhaite délivrer congé à une échéance triennale pour construire ou reconstruire, l'article L. 145-4 procède à un renvoi exprès aux conditions posées par l'article L. 145-9.

On s'aperçoit dès lors que l'article L. 145-4 n'a pas simplement vocation à s'appliquer pour tous les congés délivrés par le locataire, mais porte sur les congés à échéance triennale émanant des deux parties.

D'ailleurs, l'article L. 145-4 est inclus dans la section II du chapitre du Code de commerce relatif à la durée du bail commercial, tandis que l'article L. 145-9 est intégré dans la section relative au renouvellement du bail, ce qui permet de considérer que ce second article a vocation à s'appliquer pour tout congé mettant fin au bail pour ou après son échéance contractuelle.

L'article L. 145-9 traite de la fin du bail commercial en dérogeant aux dispositions du droit commun, et le bail ne prendra fin que par un congé signifié conformément aux dispositions de cet article ou par une demande de renouvellement notifiée dans les formes de l'article L. 145-10.

Le cas de la tacite prolongation du bail est également prévu par l'article L. 145-9, et il paraît dès lors difficile de considérer que l'article L. 145-4, qui ne concerne que le congé donné « à l'expiration d'une période triennale », pourrait s'appliquer au bénéfice du locataire en cours de tacite prolongation.

En réalité, si le vœu du législateur était effectivement de permettre au locataire de signifier congé pour n'importe quelle échéance par lettre recommandée avec avis de réception, il s'avère que la rédaction actuelle des textes ne le permet pas.

Lorsque l'échéance du bail correspondra à une période triennale (hypothèse d'un bail d'une durée de 9 années), on pourrait considérer que le locataire disposerait de la faculté de délivrer congé par lettre recommandée avec avis de réception, et ce conformément aux dispositions de l'article L. 145-4, même si la prudence et la sécurité de l'acte inciteront à respecter la condition de forme posée par l'article L. 145-9, à savoir la signification par exploit d'huissier.

En revanche, lorsque l'échéance contractuelle du bail ne correspondra pas à une échéance triennale (hypothèse d'un bail de 10 ans) ou lorsque le bail se prolongera tacitement, l'état actuel des textes semble toujours imposer que le locataire délivre alors congé en respectant les conditions de forme imposées par l'article L. 145-9, c'est-à-dire uniquement par exploit d'huissier.

(6) Blatter J.-P., note sous Cass. 3^e civ., 24 oct. 2019, n° 18-24077 : AJDI 2019, p. 902.

V. RÉVISIONS, INDEXATION

Clause distordue, loyer non dû ^{372p0}

L'essentiel 1) Par acte du 30 août 2005, le bail commercial a été renouvelé aux conditions et clauses du bail antérieur, en ce compris sa clause d'indexation annuelle. Du fait d'une extension de la surface louée, le loyer a été augmenté de 5 % à compter du 1^{er} août 2010. Le 1^{er} octobre 2010, la clause d'indexation annuelle a été appliquée à cette augmentation de loyer. Le 8 mars 2016, la société locataire a assigné la société bailleuse aux fins de voir réputée non écrite la clause d'indexation et restituer les sommes trop versées.

Doit être cassé l'arrêt qui rejette ces demandes. Après avoir constaté qu'en l'état de révisions prévues annuellement, les parties étaient convenues de comparer l'indice de révision à l'indice de base fixe du 1^{er} trimestre 1997, antérieur de plus d'un an à la période de révision, ce dont il résultait une distorsion, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article L. 112-1 du Code monétaire et financier (1^{re} espèce).

2) La société bailleuse ayant donné à bail un local commercial pour une durée de neuf années à compter du 5 avril 2005, moyennant un loyer indexé annuellement sur l'indice du coût de la construction, le preneur a, le 22 juillet 2015, assigné le bailleur aux fins de voir déclarer réputée non écrite la clause d'indexation stipulée au bail et se voir rembourser les sommes indument versées à ce titre.

La cour d'appel qui rejette cette demande, tout en constatant que la clause comportait en elle-même une distorsion entre l'intervalle de variation indiciaire et la durée s'étant écoulée entre le 5 avril 2005, date de prise d'effet du bail, et le 1^{er} janvier 2006, date de révision du loyer, n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article L. 112-1 du Code monétaire et financier (2^{de} espèce).

Cass. 3^e civ., 12 déc. 2019, n° 18-23339, Sté Cèdre c/ SCI Les Roches, F-D (cassation CA Toulouse, 2^e ch., 6 juin 2018),

M. Chauvin, prés., M^{me} Provost-Lopin, rapp. ; SCP Matuchansky, Poupot et Valdelièvre et SCP Piwnica et Molinié, av. - Cass. 3^e civ., 19 déc. 2019, n° 18-23196, M. G. c/ Sté Sodiac, F-D (cassation partielle CA Saint-Denis de la Réunion, 15 juin 2018), M. Chauvin, prés., M^{me} Provost-Lopin, rapp. ; SCP Potier de La Varde, Buk-Lament et Robillot et SCP Gadiou et Chevallier, av.

Note par
Jehan-Denis BARBIER

1. Voici deux nouveaux arrêts qui viennent compléter – ou plus précisément confirmer – la jurisprudence de la

Cour de cassation sur les clauses d'indexation comportant un indice de base fixe.

On se souvient que ces clauses ont donné lieu à de nombreux commentaires de la doctrine ⁽¹⁾.

Après de longs débats, la Cour de cassation avait tranché par un arrêt du 11 décembre 2013, en décidant que la stipulation d'un indice de référence fixe était valable dès lors que son application ne conduisait pas à créer une distorsion, lors des réajustements, entre l'intervalle de variation indiciaire et la durée s'écoulant entre deux indexations ⁽²⁾.

Puis, dans un certain nombre de décisions ultérieures, la troisième chambre civile paraissait avoir admis que certaines distorsions involontaires pouvaient échapper à la sanction du réputé non écrit et que les juges du fond pouvaient, dans certains cas, adapter la clause d'indexation, plutôt que de l'annuler ⁽³⁾.

La Cour de cassation avait notamment admis qu'une distorsion lors de la première indexation ne soit pas sanctionnée, dès lors que les indexations suivantes ne la renouvelaient pas ⁽⁴⁾.

Mais, par les deux arrêts présentement rapportés, la Cour de cassation reproche à des cours d'appel de n'avoir pas sanctionné une distorsion et d'avoir rejeté les demandes de locataires visant à voir juger des clauses d'indexation non écrites et à se faire rembourser les trop-versés de loyer.

2. Dans la première affaire (arrêt du 12 déc. 2019), un bail, qui avait pris effet le 1^{er} octobre 1997, comportait une clause d'indexation annuelle au 1^{er} octobre de chaque année, en visant comme indice de base celui du 1^{er} trimestre 1997. Ultérieurement, ce bail avait été renouvelé, par acte du 30 août 2005, mais, maladroitement, la clause d'indexation du bail expiré avait été reproduite mot pour mot, notamment la mention de l'indice du 1^{er} trimestre

1997 comme indice de base fixe. En outre, il avait été convenu qu'en contrepartie d'une extension de l'assiette du bail, le loyer était augmenté à compter du 1^{er} août 2010. De fait, en pratique, le bailleur avait calculé l'indexation chaque année en prenant l'indice du 1^{er} trimestre de l'année de l'indexation qu'il avait comparé à l'indice du 1^{er} trimestre de l'année précédente, sans revenir, comme le prévoyait la clause, au 1^{er} trimestre 1997. Or, le 1^{er} octobre 2010, le bailleur appliqua la clause d'indexation au loyer qui avait été majoré au 1^{er} août 2010. Alors que le loyer majoré datait de deux mois, la variation de l'indice fut appliquée sur un an.

La cour d'appel avait considéré qu'il n'y avait pas lieu d'annuler la clause d'indexation, dès lors que le bailleur en avait fait seulement « une mauvaise application » qu'il suffisait de corriger. La cour avait « invité les parties à procéder à une réécriture de la clause litigieuse pour résoudre les contradictions constatées et en faciliter l'application pour l'avenir ».

Cette dernière observation est très dans l'air du temps. On ne juge plus. On rapproche, on concilie, on s'aime, on invite les parties à faire leurs comptes en bonne entente ⁽⁵⁾, on leur suggère de réécrire gentiment leurs clauses. La Justice n'a plus les moyens de juger et les juges en ont perdu le goût. *Da mihi factum, judicium non dabo*.

Le pourvoi dénonçait le déni de justice, mais ce n'est pas sur ce fondement que l'arrêt est cassé. La Cour de cassation reproche à la cour d'appel de ne pas avoir déclaré non écrite la clause d'indexation, alors qu'elle avait constaté l'existence d'une distorsion puisque « en l'état de révisions prévues annuellement, les parties étaient convenues de comparer l'indice de révision à l'indice de base fixe du premier trimestre 1997, antérieur de plus d'un an à la période de révision ».

3. Dans la seconde affaire (arrêt du 19 déc. 2019), le bail comportait également un indice de base fixe : celui du 3^e trimestre 2004. Le bail avait pris effet le 5 avril 2005, mais la première indexation avait été convenue au 1^{er} janvier 2006. Il n'y avait donc que 8 mois et 25 jours entre le point de départ du bail et la date de l'indexation, alors que la variation des indices devait s'appliquer sur un an.

La cour d'appel avait pensé que cette clause pouvait échapper à la sanction du réputé non écrit, au motif qu'il s'agissait de la première indexation. La Cour de cassation elle-même n'avait-elle pas jugé qu'une première indexation comportant un décalage illicite mais ponctuel ne devait pas être sanctionnée, dès lors que les périodes d'indexation suivantes étaient régulières ⁽⁶⁾ ?

Toutefois, en l'occurrence, comme la clause comportait un indice de base fixe, la distorsion devait se perpétuer lors de chaque indexation. Comme le relevait le moyen du pourvoi, la rédaction de la clause entraînait « automatiquement une distorsion similaire lors des révisions successives du loyer ». Pour la seconde indexation, la variation de l'indice était retenue sur deux ans, alors que la durée écoulée était d'un an, 8 mois et 25 jours. Pour la troisième indexation,

(1) Brault P.-H., « Sur l'indexation du loyer du bail commercial », Gaz. Pal. 5 mai 2009, n° H3873, p. 17 ; Barbier J.-D. et de Peyronnet T., « L'indice à l'index », Gaz. Pal. 2 juill. 2011, n° I6394, p. 5 ; Denizot C., « La clause d'indexation sous le contrôle du Code monétaire et financier », AJDI 2011, p. 134 ; de Galember A., « Étude des risques pesant sur la validité des clauses d'indexation », Rev. Loyers 2011, p. 2 ; Antoniutti A., « Baux commerciaux et ordre public monétaire et financier : le cas des clauses d'échelle mobile », Loyers et copr. 2017, dossier 11.

(2) Cass. 3^e civ., 11 déc. 2013, n° 12-22616 : Gaz. Pal. 19 avr. 2014, n° 17639, p. 26, note Brault C.-E. ; Administrer 2014, p. 31, note Barbier J.-D.

(3) Cass. 3^e civ., 13 sept. 2018, n° 17-19525 : Gaz. Pal. 20 nov. 2018, n° 33588, p. 67, note Barbier J.-D. ; Loyers et copr. 2018, n° 226, note Brault P.-H. – Cass. 3^e civ., 17 mai 2018, n° 17-15146 : Administrer 2018, p. 31, note Barbier J.-D. ; Loyers et copr. 2018, n° 177, note Brault P.-H.

(4) Cass. 3^e civ., 29 nov. 2018, n° 17-23058 : Gaz. Pal. 11 déc. 2018, n° 328m2, p. 44 ; Administrer 2019, p. 27, note Barbier J.-D.

(5) Cass. 3^e civ., 9 mars 2018, n° 17-70040 : Administrer 2018, p. 28, note Barbier J.-D. ; Gaz. Pal. 17 juill. 2018, n° 329h8, p. 61, note Brault C.-E.

(6) Cass. 3^e civ., 29 nov. 2018, n° 17-23058 : Gaz. Pal. 11 déc. 2018, n° 328m2, p. 44 ; Administrer 2019, p. 27, note Barbier J.-D.

la variation de l'indice était sur 3 ans, alors que la durée écoulée était de 2 ans, 8 mois et 25 jours, etc.

L'arrêt est cassé puisque « la clause comportait en elle-même une distorsion ».

En l'état des nombreuses décisions rendues, la jurisprudence de la Cour de cassation paraît s'ordonner autour de deux distinctions : d'une part, selon que la distorsion résulte du contrat lui-même ou de la mise en œuvre d'une fixation légale (I) ; d'autre part, selon que la clause d'indexation comporte ou non un indice de base fixe (II).

I. DISTORSION RÉSULTANT DE LA MISE EN ŒUVRE D'UNE FIXATION LÉGALE

En présence d'une clause d'indexation classique, ne comportant en elle-même aucune distorsion, une difficulté peut survenir lorsque le renouvellement du bail intervient à une date différente de celle de l'indexation contractuelle. Supposons un bail conclu à effet du 1^{er} janvier, avec une indexation parfaitement régulière au 1^{er} janvier de chaque année, en fonction de la variation de l'indice sur un an. Supposons qu'arrivé à son terme, ce bail se poursuive par tacite prolongation et qu'il fasse l'objet d'un renouvellement, par exemple, à effet du 1^{er} juillet. La clause d'indexation deviendrait de ce fait inapplicable puisque, si l'on fait jouer l'indexation au 1^{er} janvier, on ne respecte pas la périodicité annuelle prévue par la clause, et si l'on fait jouer l'indexation un an après la date du renouvellement, on ne respecte pas la date du 1^{er} janvier contractuellement prévue. Dans un tel cas, la Cour de cassation a jugé que la clause d'indexation restait néanmoins valable puisque « la distorsion retenue ne résultait pas de la clause d'indexation elle-même, mais du décalage entre la date du renouvellement et la date prévue pour l'indexation »^[7].

La clause d'indexation elle-même ne comportait aucun décalage. C'est la mise en œuvre d'une fixation légale, à une date différente de celle de l'indexation, qui avait provoqué un décalage, qu'il appartenait au juge de corriger. La clause d'indexation ne devait pas être réputée non écrite, car la mise en œuvre d'une disposition légale ne peut avoir pour effet de créer une distorsion prohibée par la loi et d'entraîner la mise à néant d'une clause valable.

Cela a également été jugé à la suite d'un décalage résultant d'une révision légale. Dans une affaire où l'indexation a joué au 1^{er} juillet de chaque année, une demande de révision légale déplaçonnée avait été notifiée un 23 décembre. Il fut jugé que si le loyer révisé était fixé à une date différente de celle prévue par la clause d'indexation, le juge devait alors adapter la clause d'indexation à la date de prise d'effet du nouveau prix. Les juges avaient relevé que « la révision du loyer ne pouvait elle-même organiser la distorsion prohibée par la loi »^[8].

Ainsi, lorsque le décalage, en principe prohibé par la loi, ne résulte pas de la clause contractuelle elle-même, mais de la mise en œuvre d'une disposition légale, il n'y a pas lieu de condamner le contrat.

Mais il en va différemment lorsque la distorsion ne résulte pas de la mise en œuvre d'une fixation légale, mais de la clause elle-même.

II. DISTORSION RÉSULTANT DE LA CLAUSE CONTRACTUELLE

La clause d'indexation peut être mal rédigée sans qu'il y ait pour autant une intention frauduleuse. Il peut arriver, dans un bail type, que l'on recopie une clause d'indexation au 1^{er} janvier de chaque année, alors qu'en fait le bail prend effet à une autre date. Il faut alors distinguer selon que la clause comporte un indice de base fixe ou non.

A. En l'absence d'indice de base fixe

Si la clause est bien rédigée et s'il est stipulé que, loin de revenir, lors de chaque indexation, à un indice de base initial fixe, on prendra chaque année le dernier indice connu et l'indice de l'année précédente, une éventuelle distorsion lors de la première indexation ne se répercutera pas sur les indexations suivantes.

Dans un tel cas, la Cour de cassation, indulgente, a admis que la clause prévoyant un premier ajustement, illicite mais ponctuel, tenant à la prise d'effet du bail en cours d'année civile (le bail ayant pris effet le 1^{er} juin et l'indexation étant prévue au 1^{er} janvier), tandis que les périodes de référence suivantes avaient la même durée, n'était pas contraire aux dispositions de l'article L. 112-1 du Code monétaire et financier^[9].

En présence d'une telle clause, la maladresse affectant la première indexation ne se renouvelle pas. Les indexations suivantes auront bien lieu chaque année au 1^{er} janvier avec une période de variation d'un an, l'indice n'étant pas fixe mais glissant.

Il en va différemment, précisément, si la maladresse rédactionnelle se double d'un indice de base fixe qui a pour effet de la perpétuer.

B. En présence d'un indice de base fixe

C'est précisément l'existence d'un indice de base fixe qui, dans les deux arrêts commentés, conduit la Cour de cassation à décider que la clause doit être réputée non écrite.

Cette sanction est encourue lorsqu'un avenant, en cours de bail, maintient la clause d'indexation initiale en l'appliquant au nouveau loyer convenu. Comme la clause oblige à revenir constamment à l'indice initial, alors que l'avenant a provoqué un décalage, toutes les indexations suivantes sont affectées. C'était le cas dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 12 décembre 2019, qui reprend en fait une jurisprudence antérieure concernant un avenant intervenu en cours de bail, avec maintien de la clause d'indexation comportant un indice de base fixe^[10].

En l'absence d'avenant, la clause elle-même peut comporter une distorsion lors de la première indexation. La stipulation d'un indice de base fixe répercutera la distorsion sur toutes les indexations suivantes. Tel était le cas dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 19 décembre

(7) Cass. 3^e civ., 13 sept. 2018, n° 17-19525 : Gaz. Pal. 20 nov. 2018, n° 335g8, p. 67, note Barbier J.-D. ; Loyers et copr. 2018, n° 226, note Brault P.-H.

(8) Cass. 3^e civ., 17 mai 2018, n° 17-15146 : Administrer 2018, p. 31, note Barbier J.-D. ; Loyers et copr. 2018, n° 177, note Brault P.-H. – CA Versailles, 12^e ch., 13 sept. 2016, n° 15/00657 : Gaz. Pal. 14 mars 2017, n° 290h5, p. 84, note Chastagnier S.

(9) Cass. 3^e civ., 29 nov. 2018, n° 17-23058 : Administrer 2019, p. 27, note Barbier J.-D.

(10) Cass. 3^e civ., 26 févr. 2016, n° 14-28165 : Administrer 2016, p. 25, note Barbier J.-D.

2019 qui reprend, lui aussi, une jurisprudence antérieure⁽¹¹⁾. La clause doit être réputée non écrite.

(11) Cass. 3^e civ., 9 févr. 2017, n° 15-28691 : Administrer 2017, p. 27, note Barbier J.-D.

C'est la conjonction d'une fixation contractuelle décalée, avec le maintien d'un indice de base fixe, qui provoque la sanction.

VI. RENOUVELLEMENT DU BAIL

QPC sur le lissage du déplaçonnement du loyer et renvoi devant le Conseil constitutionnel^{372x9}

L'essentiel La question posée sur la constitutionnalité du dernier alinéa de l'article L. 145-34 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 18 juin 2014, présente un caractère sérieux en ce que ces dispositions, qui prévoient que le déplaçonnement du loyer en cas de modification notable des éléments mentionnés aux 1^o à 4^o de l'article L. 145-33 du Code de commerce ou s'il est fait exception aux règles de plafonnement par suite d'une clause du contrat relative à la durée du bail, ne peut conduire à des augmentations supérieures, pour une année, à 10 % du loyer acquitté au cours de l'année précédente, sont susceptibles de porter une atteinte disproportionnée au droit de propriété du bailleur.

En conséquence, il y a lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel la question qui porte sur la constitutionnalité du dernier alinéa de l'article L. 145-34 du Code de commerce au regard du droit de propriété.

Cass. 3^e civ., 6 févr. 2020, n° 19-19503, Sté A.-D. Trézel c/ M^{me} B. R., FS-PB (QPC et renvoi au Cons. const. CA Paris, 3 avr. 2019), M^{me} Corbel, cons. rapp. ; SCP Hemery, Thomas-Raquin, Le Guerret et SCP Benabent, av.

Note par
Charles-Édouard
BRAULT

1. Ce renvoi au Conseil constitutionnel d'une question portant sur la constitutionnalité du lissage du déplaçonnement du loyer

intervient dans le cadre du pourvoi formé à l'encontre de l'important arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 3 avril 2019⁽¹⁾, aux termes duquel la cour avait dû statuer sur l'application au bail renouvelé de la loi dite *Pinel* du 18 juin 2014⁽²⁾, mais aussi et surtout sur l'éventuel motif de déplaçonnement pouvant découler des modifications apportées par cette loi.

À l'occasion du pourvoi formé contre cette décision, le bailleur a posé deux questions prioritaires de constitutionnalité :

– La première porte sur les dispositions des articles L. 145-16-1, L. 145-16-2, L. 145-40-1 et L. 145-40-2 du

Code de commerce, et de l'article L. 145-34 dans sa rédaction issue de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 : ces dispositions applicables à un bail commercial renouvelé postérieurement à leur entrée en vigueur portent-elles à l'économie des contrats légalement conclus une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi, en méconnaissance des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 ?

– La seconde question est développée en deux temps : les dispositions du 1^{er} alinéa de l'article L. 145-34 du Code de commerce dans sa nouvelle rédaction, appliquées au bail renouvelé postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi, conduisent à une modification de l'indice servant de base au calcul du plafond du loyer, et portent-elles à l'économie des contrats légalement conclus une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi, en méconnaissance des articles 4 et 16 de la Déclaration susvisée et méconnaissent-elles le droit de propriété tel qu'il est protégé par l'article 2 de ladite déclaration ? Puis, dans un second temps : les nouvelles dispositions du dernier alinéa de l'article L. 145-34 du Code de commerce portent-elles à l'économie des contrats légalement conclus une atteinte disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi, en méconnaissance des articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 et méconnaissent-elles le droit de propriété tel qu'il est protégé par les articles 2 et 17 de ladite déclaration ?

2. S'agissant de la première question portant sur l'application au bail renouvelé des articles L. 145-16-1, L. 145-16-2, L. 145-40-1, L. 145-40-2 et des modifications apportées à l'article L. 145-34 sur la fixation du loyer, la Cour de cassation relève qu'elles ne sont pas nouvelles mais ne présentent pas un caractère sérieux en ce qu'elles invoquent une atteinte à l'économie des contrats légalement conclus.

Tout d'abord, la haute juridiction rappelle que la règle selon laquelle le bail commercial est renouvelé aux clauses et conditions du bail expiré ne s'applique pas au loyer qui est fixé selon les articles L. 145-33 et L. 145-34 du Code de commerce, tandis que les modifications apportées par la loi du 18 juin 2014 relative aux modalités de calcul du prix du bail renouvelé en cas de plafonnement et à l'étalement de la hausse en cas de déplaçonnement, ne créent aucune atteinte au droit au maintien des contrats légalement conclus.

Sur cette question, on sait que les travaux parlementaires de la loi du 18 juin 2014 faisaient apparaître la volonté de

(1) CA Paris, 3 avr. 2019, n° 17/21462 : Gaz. Pal. 16 juill. 2019, n° 357r4, p. 66, note Barbier J.-D.

(2) L. n° 2014-626, 18 juin 2014, relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises.

ne pas perturber les baux en cours d'exécution, tandis qu'une application différée de la loi a été prévue par son article 21, notamment pour les dispositions relatives à la suppression de l'indice ICC et à l'étalement de la hausse des loyers et pour les nouvelles règles impératives relatives à la détermination et à la répartition des charges entre les parties, qui ne sont applicables qu'aux contrats conclus ou renouvelés à compter du 1^{er} septembre 2014.

La Cour de cassation poursuit dès lors en rappelant que la loi du 18 juin 2014 s'applique aux contrats conclus ou renouvelés après son entrée en vigueur, sous réserve des dispositions transitoires, et que l'article L. 145-15 répute non écrites les clauses qui s'avéreraient contraires aux dispositions visées par le texte, de telle sorte que les baux renouvelés doivent respecter les prescriptions impératives de la loi du 18 juin 2014 et que les clauses du bail expiré qui étaient conformes au droit antérieur mais qui se heurteraient désormais aux nouvelles dispositions d'ordre public ne peuvent donc être maintenues dans le bail renouvelé.

Ainsi et par l'effet de la loi, le bail renouvelé peut ne pas l'être aux mêmes clauses et conditions que le bail précédent, et il appartient donc aux parties de mettre le bail renouvelé en harmonie avec les nouvelles dispositions impératives.

La Cour de cassation poursuit en rappelant que le bail renouvelé est un nouveau contrat et non la prolongation du bail précédent, de telle sorte que l'application des nouvelles dispositions impératives posées par la loi aux baux renouvelés ne peut porter atteinte aux contrats légalement conclus. Cette règle trouve son fondement dans l'article L. 145-12 du Code de commerce, de même que dans le nouvel article 1214 du Code civil qui prévoit que le renouvellement d'un contrat à durée déterminée « donne naissance à un nouveau contrat ».

Dès lors et en exécution de cette règle, un cautionnement consenti pour un bail s'éteint à son échéance, sauf disposition contractuelle, tandis qu'une garantie solidaire du cédant s'éteint à la fin du bail en cours. Il en est de même de l'accession à la fin du bail des améliorations réalisées par le locataire dans les lieux loués.

3. En ce qui concerne la constitutionnalité du 1^{er} alinéa de l'article L. 145-34 et la modification des indices pour le calcul du loyer plafonné, la Cour estime que la question ne présente pas un caractère sérieux car la suppression de l'indice du coût de la construction, remplacé par d'autres indices qui sont en meilleure adéquation avec l'objet des baux, ne cause ni une atteinte ni une dénaturation du droit de propriété du bailleur.

Sur cette question, la Cour rappelle sa précédente décision aux termes de laquelle l'application de la règle du plafonnement n'était pas contraire à la Constitution en l'absence de toute atteinte ou dénaturation du droit de propriété⁽³⁾.

En revanche, s'agissant du dernier alinéa de l'article L. 145-34 du Code de commerce relatif au lissage par paliers de 10 % d'augmentation du déplaçonnement du loyer, la Cour relève qu'elle présente un caractère sérieux et que

ces nouvelles dispositions sont susceptibles de porter une atteinte disproportionnée au droit de propriété du bailleur. On rappellera à cet effet que le mécanisme d'encadrement du déplaçonnement du loyer en révision ou en renouvellement avait suscité de multiples interrogations au regard des difficultés prévisibles d'application qui en découlaient⁽⁴⁾.

À plusieurs reprises, il avait été précisé que la mise en place des paliers d'augmentation de 10 % du loyer, s'ajoutant année par année au loyer précédemment exigible, pouvait créer une distorsion entre la valeur locative et le loyer désormais exigible en cas de déplaçonnement, tandis que cette valeur locative pouvait ne jamais être atteinte si la durée de 9 années n'était pas suffisante⁽⁵⁾.

Par avis du 9 mars 2018, la Cour de cassation avait précisé que le système d'étalement de l'augmentation en cas de déplaçonnement n'entraînait pas dans l'office du juge des loyers commerciaux mais dans celui des parties qui devaient dès lors arrêter l'échéancier des loyers exigibles durant la période au cours de laquelle s'applique l'étalement de la hausse du loyer⁽⁶⁾.

Mais aucune question prioritaire de constitutionnalité n'avait réellement été invoquée au titre de ce nouveau mécanisme de lissage du déplaçonnement. Si une première question avait effectivement été transmise dans le cadre d'une procédure de loyer en renouvellement devant le juge des loyers du tribunal judiciaire de Dieppe, cette question n'avait pu être examinée puisqu'elle avait été déclarée irrecevable par un arrêt du 3 novembre 2016, faute de communication préalable au ministère public⁽⁷⁾. Après une nouvelle tentative du même tribunal qui avait adressé la même question, la haute juridiction avait relevé qu'elle ne pouvait être à nouveau saisie sous couvert d'un jugement rectificatif⁽⁸⁾.

4. Sur le fond, il est avéré que le mécanisme du lissage avec les augmentations progressives peut conduire, dans certains cas, à maintenir durablement un loyer déconnecté de la valeur locative réelle des locaux loués.

En l'espèce, le bailleur estimait que cette limitation présentait notamment un effet prévisible sur la valeur des murs des locaux loués, ce qui constituait une privation du droit de propriété qui se trouve caractérisée lorsque l'atteinte « dénature le sens et la portée de ce droit »⁽⁹⁾.

Il appartient dorénavant au Conseil constitutionnel de se prononcer : le système de lissage par paliers de 10 % de l'augmentation découlant d'un déplaçonnement du loyer en renouvellement constitue-t-il une atteinte disproportionnée au droit de propriété du bailleur ?

(3) Cass. 3^e civ., 13 juill. 2011, n° 11-11072, QPC : Gaz. Pal. 22 oct. 2011, n° 17451, p. 32, note Brault C.-E.

(4) Blatter J.-P., « La loi Pinel et le statut des baux commerciaux », AJDI 2014, p. 584-585 ; Brault P.-H., « L'augmentation par paliers de 10 % des loyers fixés en révision ou en renouvellement selon la valeur locative », Loyers et copr. 2014, dossier 7 ; Brault C.-E., « Loi du 18 juin 2014 : les évolutions portant sur le loyer », Gaz. Pal. 9 août 2014, n° 189k7, p. 43.

(5) Brault C.-E., « Le statut des baux commerciaux et le plan d'action gouvernemental pour le commerce et les commerçants », Gaz. Pal. 3 août 2013, n° 141e7, p. 7.

(6) Cass. 3^e civ., 9 mars 2018, n° 17-70040 : Gaz. Pal. 17 juill. 2018, n° 329h8, p. 61, note Brault C.-E.

(7) Cass. 3^e civ., 3 nov. 2016, n° 16-40239, QPC.

(8) Cass. 3^e civ., 9 févr. 2017, n° 16-40252.

(9) Cons. const., 9 avr. 1996, n° 96-373 DC, cons. 22.

Pour déterminer si une réelle atteinte est portée au droit de propriété, il faudra probablement déterminer si le mécanisme du lissage d'un déplafonnement est proportionné à l'objectif poursuivi par la loi, à savoir la sauvegarde de la diversité commerciale des quartiers avec le maintien de commerces de proximité de centre-ville et la préservation des entreprises, justifiant de protéger leurs intérêts économiques et de leur offrir la possibilité de régler de manière progressive le rattrapage de la charge financière des loyers résultant d'un déplafonnement.

Or, le lissage de l'augmentation a notamment pour effet d'augmenter la valeur du droit au bail du local, et donc le montant de l'indemnité d'éviction que doit payer le propriétaire, ce qui conduit inéluctablement à une dévalorisation de la valeur des murs ^[10].

(10) Favre-Régouillon P., « De l'impact de la loi sur la valeur vénale des murs commerciaux... ou pourquoi il peut être nécessaire d'intégrer un minimum d'économétrie dans la réflexion législative », AJDI 2016, p. 352.

VII. REFUS DE RENOUVELLEMENT DU BAIL

L'usufruitier est seul débiteur de l'indemnité d'éviction ^{372r4}

L'essentiel L'usufruitier « ayant, seul, la qualité de bailleur dont il assume toutes les obligations à l'égard du preneur, l'indemnité d'éviction due en application de l'article L. 145-14 du Code de commerce, qui a pour objet de compenser le préjudice causé au preneur par le défaut de renouvellement du bail, est à sa charge ».

Cass. 3^e civ., 19 déc. 2019, n° 18-26162, M^{me} AM. c/ M. G., FS-PBI (cassation partielle CA Toulouse, 3 oct. 2018), M. Chauvin, prés., M^{me} Corbel, cons. rapp. ; SCP Delvolvé et Trichet, et SCP Richard, av.

Note par
Charles-Édouard
BRAULT

En cas de refus de renouvellement de bail, c'est le bailleur qui a pris l'initiative du refus de renouvellement qui est tenu au paiement

de l'indemnité d'éviction, sans que la vente ultérieure de l'immeuble ne puisse le décharger de cette obligation ^[1], tandis que le paiement par le nouveau propriétaire des murs éteint la dette d'indemnité d'éviction ^[2].

Mais qui est le débiteur de cette indemnité en cas de démembrement de la propriété ?

En l'espèce, le nu-propriétaire et l'usufruitier avaient ensemble délivré au preneur un congé valant refus de renouvellement sans indemnité d'éviction ; ce congé avait ensuite été déclaré sans motif grave et légitime et ouvrait donc droit au paiement de l'indemnité au profit du locataire.

Pour la cour d'appel de Toulouse, l'usufruitier n'aurait pu délivrer seul le congé, et il fallait en conclure que l'usufruitier et le nu-propriétaire étaient alors redevables ensemble de l'indemnité due au preneur évincé, car il s'agissait d'un acte excédant les pouvoirs du seul usufruitier.

Cet arrêt se trouve censuré par la haute juridiction aux termes d'une motivation détaillée.

Dans un premier temps, la Cour de cassation rappelle qu'en cas de démembrement de propriété, l'article 595, alinéa 4, du Code civil interdit à l'usufruitier de donner à bail, sans le concours du nu-propriétaire, un immeuble à usage commercial, industriel ou artisanal.

Cette règle s'applique tant à la conclusion du bail initial ^[3] qu'à celle d'un renouvellement, puisqu'à défaut, ce bail serait frappé d'une nullité dont pourrait se prévaloir le nu-propriétaire, tandis que le preneur ne pourrait invoquer la théorie de l'apparence, de telle sorte qu'il lui appartient de vérifier l'étendue des pouvoirs du signataire du bail ^[4].

La règle est stricte, et il a d'ailleurs été jugé qu'un avenant au bail stipulant une réduction du loyer mais conclu par le seul usufruitier sans le concours du nu-propriétaire est nul ^[5].

La Cour de cassation poursuit son raisonnement en rappelant que l'usufruitier a cependant le pouvoir de mettre fin au bail et de notifier dès lors seul et sans le concours du nu-propriétaire un congé avec refus de renouvellement ^[6].

Elle en déduit que l'usufruitier a donc seul la qualité de bailleur, dont il assume toutes les obligations, et casse l'arrêt d'appel au motif que l'indemnité d'éviction due au preneur évincé est à la charge exclusive de l'usufruitier. Le nu-propriétaire ne peut donc être condamné *in solidum* au paiement de l'indemnité d'éviction.

Le fait que l'usufruitier ait seul la qualité de bailleur vis-à-vis du locataire n'est pas nouveau, puisqu'au regard de ses obligations, il lui appartient de remplir celle de délivrance en effectuant toutes réparations ou travaux exigibles à cet effet ^[7].

(3) Cass. 3^e civ., 24 mars 1999, n° 97-16856 : Gaz. Pal. 1^{er} juill. 1999, p. 37, note Barbier J.-D.

(4) Cass. 3^e civ., 10 janv. 1998, n° 96-20484 : Gaz. Pal. 1^{er} juill. 1999, p. 28 ; JCP N 1993, p. 103.

(5) Cass. 3^e civ., 14 mars 2019, n° 17-27560.

(6) Cass. 3^e civ., 29 janv. 1974, n° 72-13968 ; Cass. 3^e civ., 9 déc. 2009, n° 08-20512 : Loyers et copr. 2010, comm. 43, note Brault P.-H.

(7) Pour une illustration en matière de bail rural : Cass. 3^e civ., 13 déc. 2005, n° 04-20567.

(1) Cass. 3^e civ., 5 mars 2008, n° 06-19237 ; Cass. 3^e civ., 13 sept. 2011, n° 10-18241 : Gaz. Pal. 2011, somm. p. 3064, note Barbier J.-D.

(2) Cass. 3^e civ., 11 juill. 2019, n° 18-16866 : Gaz. Pal. 12 nov. 2019, n° 36289, p. 64, note Brault C.-E.

En posant clairement le principe selon lequel l'usufruitier a « seul, la qualité de bailleur », puis en rappelant l'impossibilité qu'il a de consentir seul un bail ou un renouvellement sans l'intervention du nu-propiétaire, la position adoptée par la décision publiée se conçoit parfaitement puisqu'à la fin de l'usufruit, l'ensemble des droits du locataire est reporté sur le nu-propiétaire.

Mais ce principe connaît de réelles limites puisqu'une demande de renouvellement signifiée au seul usufruitier est nulle et ne peut produire les effets escomptés⁽⁸⁾, et qu'un mémoire en fixation de loyer, notifié par le preneur au seul usufruitier, s'avère irrégulier⁽⁹⁾.

Si l'usufruitier est seul à avoir la qualité de bailleur vis-à-vis du locataire, la réciproque n'est pas admise puisque ce dernier devra notifier l'ensemble des actes au nu-propiétaire dans le cadre d'un renouvellement de bail, ce

qui n'est pas sans poser difficulté lorsqu'il n'aura pas été informé du démembrement de la propriété.

Par ailleurs, si l'usufruitier est le seul débiteur de l'indemnité d'éviction au motif qu'il doit assumer toutes les obligations du bailleur à l'égard du preneur, il ne pourra seul – et sans le concours du nu-propiétaire – exercer un droit de repentir⁽¹⁰⁾. L'usufruitier peut donc se trouver dans une situation pour le moins inconfortable puisqu'en cas de désaccord avec le nu-propiétaire, il sera alors seul débiteur de l'indemnité d'éviction sans pouvoir exercer de repentir.

L'interprétation stricte, par la Cour de cassation, des dispositions relatives au démembrement de propriété en cas de refus de renouvellement de bail n'est donc pas exempte de difficultés.

(8) Cass. 3^e civ., 19 oct. 2017, n° 16-19843 : Gaz. Pal. 20 mars 2018, n° 316d7, p. 59, note Brault C.-E.

(9) Cass. 3^e civ., 8 juill. 2015, n° 14-15192 : Gaz. Pal. 18 août 2015, n° 237h8, p. 34, note Barbier J.-D.

(10) Cass. 3^e civ., 31 mai 2012, n° 11-17534 : Gaz. Pal. 30 juin 2012, n° J0280, p. 24, note Barbier J.-D. ; Loyers et copr. 2012, comm. 267, note Brault P.-H.

Réparation du préjudice d'un preneur exerçant son droit au maintien dans les lieux 372k6

L'essentiel Le bailleur qui manque à son obligation de délivrance durant l'exercice du droit au maintien dans les lieux du locataire jusqu'au versement de l'indemnité d'éviction doit en réparer toutes les conséquences.

Cass. 3^e civ., 28 nov. 2019, n° 18-18862, M. J.-P. S. c/ Sté BZR Invest et M^{me} D. B., F-D (cassation partielle CA Amiens, 15 mars 2018 et 24 avr. 2018), M. Chauvin, prés. ; SCP Boullez, SCP Claire Leduc et Solange Vigand, av.

Note par
Charles-Édouard
BRAULT

Lorsqu'un bailleur refuse le renouvellement du bail, son locataire peut exercer le droit au maintien dans les lieux prévu par l'article

L. 145-28 du Code de commerce. Ce droit de rétention est directement lié à l'indemnité d'éviction et se trouve dès lors exclu lorsque l'indemnité n'est pas due (Cass. 3^e civ., 28 juin 2000, n° 98-20228) ou lorsque l'action en paiement de l'indemnité d'éviction se trouve prescrite (Cass. 3^e civ., 30 mars 2017, n° 16-13236 : Gaz. Pal. 11 juill. 2017, n° 298w4, p. 71, note Brault C.-E.).

Ce droit au maintien dans les lieux s'effectue « aux conditions et clauses du contrat du bail expiré », de telle sorte que le preneur et le bailleur doivent respecter les obligations contractuelles du bail, de même que celles découlant du Code civil à titre supplétif.

En l'espèce, le locataire évincé avait saisi le tribunal afin d'obtenir le paiement de l'indemnité d'éviction ainsi que la réparation d'un préjudice financier complémentaire découlant de la baisse de son chiffre d'affaires qu'il imputait

à un manquement des bailleurs successifs à leur obligation de délivrance.

L'examen du pourvoi ne permet pas de déterminer précisément les manquements imputables aux bailleurs successifs, mais la cour d'appel avait considéré que le locataire ne pouvait prétendre qu'à l'indemnisation d'une perte financière calculée sur un seul exercice, même si la perte s'était renouvelée durant plusieurs années, en relevant que cette baisse de chiffre d'affaires ne serait pas exclusivement imputable au manquement des bailleurs successifs à leur obligation de délivrance mais procédait également du choix du locataire de se maintenir dans des locaux dont il connaissait l'état inexploitable plutôt que de se réinstaller.

Mais il ne pouvait être reproché au locataire d'exercer son droit au maintien dans les lieux jusqu'au complet versement de l'indemnité d'éviction tandis qu'un bailleur doit, durant cette période, continuer de remplir ses obligations, notamment son obligation d'assurer la jouissance paisible du locataire évincé (Cass. 3^e civ., 24 mars 1993, n° 91-16507 ; CA Dijon, 7 févr. 2019, n° 17/01785 : Loyers et copr. 2019, comm. 77, obs. Brault P.-H.).

Le locataire avait donc droit à la réparation de l'entier préjudice subi, et la Cour de cassation casse dès lors l'arrêt d'appel.

En manquant à leur obligation de délivrance, les bailleurs successifs doivent donc réparer l'entier préjudice subi (Cass. 3^e civ., 18 févr. 2014, n° 12-28677 : AJDI 2014, p. 698, obs. Lipman-W. Boccara D.) et cette indemnisation est distincte de l'indemnité d'éviction qui indemnise le seul préjudice subi en raison du défaut de renouvellement (Cass. 3^e civ., 30 nov. 2017, n° 16-17686 ; CA Paris, 23 janv. 2019, n° 15/07900).

VIII. RÉSILIATION, CLAUSE RÉSOLUTOIRE

Clause résolutoire et preuve de la persistance de l'infraction 372k8

L'essentiel En retenant qu'un commandement était demeuré infructueux dans le délai d'1 mois suivant sa délivrance, et en faisant droit à la demande d'acquisition de la clause résolutoire, sans préciser sur quel élément de preuve elle se fondait pour établir la persistance de l'infraction aux clauses du bail après l'expiration du délai de mise en demeure, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences légales.

Cass. 3^e civ., 24 oct. 2019, n° 18-20317, M. M. C. c/ M^{me} M. P., F-D (cassation CA Aix-en-Provence, 31 mai 2018), M. Chauvin, prés., M^{me} Corbel, cons. rapp. ; M^e Le Prado, av.

Note par
Charles-Édouard
BRAULT

La mise en œuvre de la clause résolutoire obéit à un mécanisme précis qui s'avère justifié au regard de la sanction qui en découle

(cf. sur cette question : Barbier J.-D. et Brault C.-E., *Le statut des baux commerciaux*, 1^{re} éd., 2020, LGDJ, annot. sous art. L. 145-41).

En l'espèce, le bailleur avait délivré un commandement visant la clause résolutoire le 11 février 2017 en invoquant diverses infractions au bail, et tenant notamment à laisser le libre accès à la cave de l'immeuble, à débarrasser le capharnaüm régnant dans la cave, à déboucher le soupirail permettant d'assurer la ventilation, et à retirer une installation mise en place sans autorisation.

Le tribunal puis la cour d'appel avaient fait droit, au regard des manquements nombreux et récurrents du preneur à ses obligations contractuelles, à l'acquisition de la clause résolutoire, sans accorder de délai pour remédier aux violations et suspendre dès lors la mise en œuvre de la sanction contractuelle.

Si cette demande était notamment étayée par deux constats d'huissier dressés les 11 octobre 2016 et 18 janvier 2017, il appartient au bailleur qui entend se prévaloir de la clause résolutoire, d'établir la persistance de l'infraction au-delà de l'expiration du délai d'1 mois (Cass. 3^e civ., 13 nov. 1997, n° 95-16419 : Loyers et copr. 1998, comm. 67, obs. Brault P.-H. – Cass. 3^e civ., 15 déc. 2016, n° 15-23831).

Il s'agit de l'application d'une règle découlant de l'article 1353 du Code civil (anc. art. 1315) selon laquelle celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver, tandis que celui qui se prétend libéré doit justifier du paiement ou du fait qui a produit l'extinction de son obligation.

Or, la cour d'appel avait retenu que le commandement était demeuré infructueux dans le délai d'1 mois, sans préciser sur quel élément de preuve elle se fondait.

Cet élément de preuve doit être postérieur au commandement et au délai d'1 mois.

La Cour de cassation casse donc l'arrêt fort logiquement, car le juge doit impérativement contrôler l'ensemble des conditions de mise en œuvre d'une clause résolutoire. En cas d'infraction relevant d'un défaut de paiement de loyers et de charges, un décompte certifié conforme pourra constituer un élément de preuve, mais lorsqu'il s'agira d'un défaut d'exécution de travaux, il appartient au bailleur de justifier de cette persistance notamment par un constat établi après le délai d'1 mois suivant la signification du commandement.

On rappellera à cet effet qu'il faut une coïncidence entre le manquement visé au commandement et les faits révélés après l'expiration du délai légal (Cass. 3^e civ., 3 nov. 2005, n° 04-16256 – Cass. 3^e civ., 18 mars 2008, n° 06-22066), tandis que certaines infractions ne seront pas régularisables, tel un défaut d'assurance pour une période antérieure (Cass. 3^e civ., 23 juin 2009, n° 08-16761).

IX. COMPÉTENCE, PROCÉDURE, PRESCRIPTION

Contestation d'une clause portant atteinte au statut et compétence du tribunal judiciaire 372p7

L'essentiel Le litige sur la validité de la clause d'adhésion obligatoire à l'association des commerçants contenue dans le bail commercial porte sur la validité et l'exécution d'un engagement au regard du statut des baux commerciaux, et relève de la compétence exclusive du tribunal judiciaire.

Cass. 3^e civ., 24 oct. 2019, n° 18-20838, Assoc. des commerçants de l'espace commercial international Val d'Europe c/ Sté Val d'Europe Food, F-D (rejet pourvoi c/ CA Paris, 5 juin 2018), M. Chauvin, prés., M^{me} Corbel, cons. rapp. ; M^{es} Rémy-Corlay et Briard, av.

Note par
Charles-Édouard
BRAULT

La Cour de cassation rappelle, aux termes du présent arrêt du 24 octobre 2019, la compétence limitée du tribunal de commerce

pour connaître de certains litiges concernant l'exécution d'un bail commercial.

En l'espèce, le bail contenait une clause selon laquelle le preneur s'engageait à adhérer à une association des commerçants et à s'acquitter des cotisations, le maintien de cette adhésion étant considéré comme une condition essentielle de la convention.

La société locataire ayant cessé de régler les cotisations, l'association des commerçants avait assigné la locataire devant le tribunal de commerce.

Après avoir opposé le caractère réputé non écrit de la clause d'adhésion au regard des articles L. 145-15 et L. 145-16 du Code de commerce, la locataire soulevait l'incompétence du tribunal au profit du tribunal de grande instance (nouvellement tribunal judiciaire).

Sur le fond, nul n'étant tenu d'adhérer ou de demeurer membre d'une association, ce type de clause est entaché d'une nullité absolue ⁽¹⁾ et cette nullité entraîne le jeu des restitutions réciproques entre les parties ⁽²⁾.

Sur le plan procédural, l'article R. 211-4 du Code de l'organisation judiciaire attribue un bloc de compétences au tribunal judiciaire en visant, dans sa rédaction en vigueur au 1^{er} janvier 2020, les « actions relatives aux baux commerciaux fondées sur les articles L. 145-1 à L. 145-60 du Code de commerce ».

Le tribunal de commerce ne peut dès lors connaître aucun litige mettant en cause la réglementation statutaire ⁽³⁾,

mais lorsque le litige porte sur une demande en paiement du bailleur et non sur l'application du statut des baux commerciaux, ce tribunal peut, de manière facultative, être saisi lorsque le défendeur est commerçant ⁽⁴⁾.

En l'espèce, la contestation de la clause d'adhésion ne portait pas sur les dispositions du droit commun relatives à la liberté d'association, mais se trouvait fondée sur les articles L. 145-15 et L. 145-16 du Code de commerce au motif qu'elle porterait atteinte à la propriété commerciale et entraînerait une restriction à la liberté de cession du fonds de commerce.

La contestation étant donc fondée sur les dispositions du statut des baux commerciaux, la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir retenu que le litige relevait bien de la compétence exclusive du tribunal judiciaire.

On relèvera néanmoins que dans l'hypothèse où la contestation de la validité de la clause litigieuse aurait été fondée sur le droit commun, le tribunal de commerce aurait été compétent dans le cadre d'un litige opposant des commerçants ⁽⁵⁾.

(1) Cass. 3^e civ., 12 juin 2003, n° 02-10778 : Gaz. Pal. 18 oct. 2003, n° F2127, p. 28, note Barbier J.-D. ; AJDI 2003, p. 663, note Blatter J.-P.

(2) Cass. 3^e civ., 23 nov. 2011, n° 10-23928 : Gaz. Pal. 18 févr. 2012, n° I8749, p. 23-24, note Barbier J.-D. – Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2012, n° 11-17587 : RTD com. 2012, p. 510, note Monégier J.

(3) Cass. 3^e civ., 9 mai 2012, n° 11-23135 : Gaz. Pal. 30 juin 2012, n° J0280, p. 26-27, note Brault C.-E.

(4) Cass. 3^e civ., 10 mars 2015, n° 14-10341 : Gaz. Pal. 12 avr. 2015, n° 221q5, p. 27, note Brault C.-E. – Cass. 3^e civ., 11 avr. 2019, n° 18-16061 : Gaz. Pal. 16 juill. 2019, n° 357s3, p. 73, note Barbier J.-D.

(5) Cass. 3^e civ., 18 mars 1974, n° 73-10144 : Gaz. Pal. Rec. 1974, 1, somm. p. 134 – Cass. 2^e civ., 25 janv. 1989, n° 87-19210 : Loyers et copr. 1989, comm. 182.

[...]

XI. DIFFICULTÉS DES ENTREPRISES

Modalités de résiliation de plein droit du bail devant le juge-commissaire ^{372s1}

L'essentiel « Le bailleur qui agit devant le juge-commissaire pour lui demander la constatation de la résiliation de plein droit du bail, sans revendiquer le bénéfice d'une clause résolutoire, n'est pas dans l'obligation de délivrer le commandement exigé par l'article L. 145-41 du Code de commerce. »

Cass. com., 9 oct. 2019, n° 18-17563, SCI des Bains c/ M. E. B., M. M. F. et Stés Les Nouveaux Bains du Marais et M. Y.-T. ès qual. liqu. jud. de Sté Carla, FS-PBI (cassation CA Paris, 4 avr. 2018), M^{me} Mouillard, prés., M^{me} Vayssette cons. rapp. ; SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, SCP Boré Salve de Bruneton et Mégret, et SCP Thouin-Palat et Boucard, av. – Cass. com., 15 janv. 2020, n° 17-28127, M. A. S. B. c/ M. R. B., Sté 40 BC et M^e X ès qual. liqu. jud. de Sté 40 BC, F-D (rejet pourvoi c/ CA Paris, 26 oct. 2017), M. Guérin, prés., M^{me} de Cabarrus cons. rapp. ; SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, M^e Balat et SCP Thouin-Palat et Boucard, av.

Note par
Charles-Édouard
BRAULT

En cas de procédure collective, le bail commercial constitue une valeur d'actif essentielle et la règle de l'arrêt des poursuites individuelles posée par l'article L. 622-21 du Code de commerce interrompt ou interdit toute action en recouvrement des loyers et charges antérieures, ou en résiliation pour défaut de paiement de loyers et charges.

Ce principe est également posé par l'article L. 145-45 du même code, et l'arrêt des poursuites va entraîner la paralysie des procédures relatives aux défauts de paiement antérieurs à la procédure collective, sauf si le bailleur dispose déjà d'une décision passée en force de chose jugée ⁽¹⁾.

S'agissant des infractions postérieures au jugement d'ouverture de la procédure collective, le bailleur se voit imposer un délai d'attente de 3 mois avant de pouvoir agir

(1) Cass. com., 15 févr. 2011, n° 12-12747 ; Cass. 3^e civ., 17 mai 2011, n° 10-12866 : Gaz. Pal. 2 juill. 2011, n° I6439, p. 17, note Brault C.-E. – Cass. 3^e civ., 26 mai 2016, n° 15-12750 : Gaz. Pal. 5 juill. 2016, n° 269z8, p. 68, note Brault C.-E. – Cass. 3^e civ., 4 juill. 2019, n° 18-16453.

en résiliation pour défaut de paiement et, en application des articles L. 622-14, 2°, et L. 641-12, 3°, du Code de commerce, le bailleur peut, en sauvegarde, en redressement ou en liquidation judiciaire, « demander » ou « faire constater » la résiliation de plein droit du bail, compétence étant alors donnée au juge-commissaire pour « constater » ladite résiliation (C. com., art. R. 622-13, al. 2 ; C. com., art. R. 641-21, al. 2).

Cette compétence du juge-commissaire n'exclut nullement la possibilité, pour le bailleur, de mettre en œuvre la clause résolutoire et de saisir le juge des référés du tribunal judiciaire pour faire constater l'acquisition de la clause ^[2].

Compte tenu de cette option, le bailleur peut saisir le juge des référés, ce qui impose la délivrance préalable du commandement visant la clause résolutoire ^[3] et offre au preneur ou au mandataire la possibilité de solliciter des délais et la suspension des effets de la clause résolutoire ^[4], mais il peut également saisir par voie de requête le juge-commissaire afin de constater la résiliation de plein droit du bail.

Dans le cadre de la saisine du juge-commissaire, d'importantes divergences sont apparues pour savoir si le bailleur doit alors respecter la réglementation d'ordre public de l'article L. 145-41 du Code de commerce imposant la signification préalable d'un commandement et offrant un délai d'un mois au preneur pour mettre fin à l'infraction.

Pour certaines juridictions, le constat de la résiliation par le juge-commissaire est exclusif de l'application de l'article L. 145-41, de telle sorte qu'un commandement n'est pas indispensable ^[5], mais d'autres cours d'appel ont estimé que cette saisine ne dispense pas le bailleur de la délivrance préalable du commandement visant la clause résolutoire, quel que soit le juge saisi, et ce en raison du caractère d'ordre public de l'article L. 145-41 ^[6].

Dans le présent arrêt du 9 octobre 2019 (1^{re} espèce), la Cour de cassation met fin à la controverse en posant le principe qu'un bailleur qui agit devant le juge-commissaire pour constater la résiliation de plein droit, sans revendiquer le bénéfice de la clause résolutoire, n'a pas l'obligation de délivrer le commandement exigé par l'article L. 145-41 du Code de commerce.

La haute juridiction opère ainsi une distinction entre la demande d'acquisition de la clause résolutoire intervenant

devant le juge des référés du tribunal judiciaire, qui suppose le commandement préalable, et la saisine du juge-commissaire afin de constater la résiliation de plein droit du bail.

Le principe posé par cet arrêt destiné à une large publication se trouve repris, et donc réaffirmé, par l'arrêt du 15 janvier 2020 (2^{de} espèce) aux termes d'un moyen relevé d'office et rendu au visa de l'article L. 622-14, 2°, du Code de commerce.

Il convient cependant de relever qu'en agissant devant le juge-commissaire pour défaut de paiement des loyers lié à une occupation postérieure au jugement d'ouverture ou de liquidation, celui-ci ne pourra que constater cette résiliation, sans prononcer l'expulsion.

Dans les faits, il paraît alors peu probable que le mandataire ne procède pas spontanément à la restitution des locaux, sauf à engager sa responsabilité personnelle, mais à défaut il appartiendra au bailleur de faire prononcer l'expulsion, ce qui imposera la saisine du juge des référés ou du juge de l'exécution.

Par ailleurs, le juge-commissaire sera amené à statuer sans pouvoir accorder d'éventuels délais – impliquant qu'un liquidateur pourrait alors ne pas disposer d'un laps de temps suffisant pour procéder à la cession du bail – ni même offrir au débiteur un débat contradictoire pouvant porter sur la mise en œuvre de bonne foi de la requête déposée par le bailleur.

La procédure de constatation de plein droit de la résiliation par le juge-commissaire est donc une procédure distincte et autonome qui présente un intérêt manifeste pour le bailleur, notamment dans l'hypothèse, fort rare, d'un bail ne prévoyant pas de clause résolutoire.

De son côté, le locataire faisant l'objet de la procédure collective bénéficiera de moins de droits et de garanties que le locataire qui se trouve *in bonis*.

S'agissant dès lors de deux procédures distinctes, le bailleur avisé dispose donc d'une option procédurale lui permettant de signifier très rapidement son commandement visant la clause résolutoire puis de saisir, dès l'expiration du délai de carence de 3 mois, le juge-commissaire d'une requête aux fins de constat de la résiliation du bail, puis, en cas d'échec de cette procédure, de saisir le juge des référés du tribunal judiciaire d'une demande d'acquisition de la clause résolutoire et d'expulsion.

(2) Cass. com., 10 juill. 2001, n° 99-10397 : Gaz. Pal. 9 févr. 2002, n° C7021, p. 21, note Brault P.-H. – Cass. com., 13 mars 2007, n° 05-21117.

(3) Cass. com., 28 juin 2011, n° 10-19331 : Gaz. Pal. 8 oct. 2011, n° I7303, p. 26, note Kendérian F. ; Loyers et copr. 2011, comm. 323, note Brault P.-H.

(4) Cass. com., 6 déc. 2011, n° 10-25689 : Gaz. Pal. 18 févr. 2012, n° I8749, p. 39, note Brault P.-H.

(5) CA Paris, 3 juill. 2012, n° 11/11724 ; CA Bordeaux, 29 juin 2015, n° 14/07310 ; CA Orléans, 15 nov. 2018, n° 18/00810 ; CA Orléans, 24 janv. 2019, n° 18/00873.

(6) CA Paris, 8 avr. 2018, n° 17/19289 : Gaz. Pal. 10 juill. 2018, n° 328x4, p. 47, note Kendérian F. – CA Paris, 5 juin 2018, n° 17/12668 ; CA Paris, 4 avr. 2019, n° 17/18322 : Loyers et copr. 2019, comm. 101, note Brault P.-H.

Chronique de jurisprudence de fixation des indemnités d'éviction ^{370y8}

Par
Olivier JACQUIN
Avocat au barreau de
Paris, Jacquin-Marvani
Avocats

L'essentiel

Il sera étudié, aux termes de cette chronique, un arrêt intéressant portant notamment sur la notion d'« équivalence » de locaux permettant de justifier de la transférabilité d'un fonds de commerce dans le cadre d'une procédure d'éviction.

PLAN

I. VALEURS DE FONDS DE COMMERCE	(néant)
II. VALEURS DE DROIT AU BAIL	p. 79

[...]

II. VALEURS DE DROIT AU BAIL

Fixation des indemnités principale et accessoires portant sur une agence immobilière située sur l'île Saint-Louis à Paris ^{372x8}

L'essentiel **Indemnité principale : droit au bail (indemnité de transfert) : 90 000 €**

Indemnités accessoires : 43 632 € se décomposant comme suit :

- Frais de emploi : 9 000 €
- Trouble commercial : 20 332 €
- Frais de déménagement : 2 800 €
- Frais de réinstallation : 10 000 €
- Frais divers : 1 500 €

Indemnité d'occupation : 15 491,70 € HT et HC par an à compter du 1^{er} septembre 2012

CA Paris, 5-3, 6 nov. 2019, n° 17/21404, M^{me} Pauline B. c/ SARL Agence Saint-Louis en l'Île, M^{me} Thaumat, prés., M^{me} Gil, cons. ; M^{es} Cornanguer, Naboudet-Vogel, av.

Note

I. SUR L'INDEMNITÉ PRINCIPALE

A. Sur la notion de transfert du fonds

L'article L. 145-14 du Code de commerce instaure dans sa rédaction une présomption, pour le locataire évincé, de perte de son fonds de commerce.

En effet, le texte dispose que le bailleur qui refuse le renouvellement du bail doit indemniser le preneur à hauteur notamment de la « valeur marchande du fonds » (alinéa 2).

Néanmoins, l'article précise *in fine* : « sauf dans le cas où le propriétaire fait la preuve que le préjudice est moindre ».

Ainsi, il incombe au bailleur de rapporter la preuve par tout moyen que le préjudice subi par le preneur est moindre. Autrement dit, le bailleur doit prouver que l'éviction n'entraînera pas la perte du fonds de commerce du preneur du fait de la transférabilité de celui-ci, ce qui n'est pas toujours chose aisée (CA Paris, 16^e ch. B, 26 mai 2000, n° 97/10010 : Administrer, août/sept. 2000, p. 25, note Boccara B. et Lipman-Boccara D.).

Tel est pourtant le cas dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt étudié.

Par acte en date du 15 septembre 1994, les consorts B. ont fait bail et donné à loyer à la société Agence Saint-Louis en l'Île, divers locaux sis à Paris (75004), 10 rue Boutarel, pour y exercer une activité de « transactions sur immeubles et fonds de commerce, administration de biens et marchands de biens ».

À l'issue du renouvellement dudit bail, M^{me} B., venant aux droits des consorts B., a signifié un congé comportant refus de renouvellement et offre d'une indemnité d'éviction, à effet du 1^{er} septembre 2012.

L'expert judiciaire désigné par le juge des référés du tribunal de grande instance de Paris aux termes d'une ordonnance de référé, a déposé son rapport le 21 janvier 2014, concluant à la transférabilité du fonds et estimant que le préjudice subi par le preneur devait donc correspondre à la valeur du droit au bail, d'un montant de 60 000 €, outre le paiement d'indemnités accessoires.

Pourtant, le tribunal de grande instance de Paris a, par jugement du 28 septembre 2017, fixé le montant de l'indemnité d'éviction à la somme de 323 106 €, toutes causes confondues, outre les frais de licenciement payables sur

justificatifs, laquelle indemnité était basée sur la perte du fonds de commerce.

C'est dans ces conditions que la bailleuse a interjeté appel de la décision et que la cour d'appel a eu à statuer.

On rappelle qu'il incombe au bailleur de prouver que le fonds évincé est transférable.

Pour ce faire, le bailleur peut, à titre d'exemple, soit démontrer que le fonds de commerce n'est pas attaché à son emplacement, soit proposer un local de remplacement « équivalent ».

Dans cette espèce, la bailleuse a, au cours de la procédure, proposé à son locataire des locaux situés « à proximité immédiate » dans lesquels il pourrait transférer son activité.

Le preneur considérait, quant à lui, que ces locaux n'étaient pas « satisfaisants ».

L'expert, dans son rapport du 21 janvier 2014, a donné son avis sur la configuration des locaux disponibles proposés par la bailleuse, pour savoir si l'activité exercée par le preneur pouvait y être transférée.

L'expert judiciaire a considéré que, compte-tenu du fait que :

- les locaux proposés étaient « peu différents », de sorte que le preneur « pouvait se réinstaller sans perte de clientèle »
- les locaux délaissés sont situés dans une rue sans commercialité et sans chaland
- la clientèle du preneur était composée à 90 % de particuliers français vivant sur l'île Saint-Louis, conférant ainsi un fort *intuitu personae* à celle-ci
- 80 % du chiffre d'affaires réalisé portaient sur l'administration de biens situés sur l'île Saint-Louis
- la zone de chalandise du preneur se limitait à l'île Saint-Louis
- la surface des locaux était petite
- le preneur ne bénéficiait quasiment pas de la clientèle de passage, compte-tenu de son activité,

les locaux proposés par le bailleur étaient « équivalents » à ceux délaissés, si bien que la société locataire « pouvait y transférer son activité ».

La cour d'appel de Paris a dès lors relevé que, dans ces conditions, la société locataire ne peut bénéficier que « d'une indemnité de transfert » qui est égale à la valeur du droit au bail.

Cette analyse, si elle paraît logique et en cohérence avec le texte légal, est très intéressante.

En effet, il est bien rare de voir une cour d'appel considérer des locaux proposés par un bailleur, ou dans lesquels un preneur a transféré son activité en cours de procédure, comme étant équivalents, dans la mesure où ils présentent toujours des disparités (de surface, de loyer, d'exposition, de configuration, etc.), de sorte que la notion d'équivalence est rarement établie (CA Paris, 15 mai 2003, n° 02/05860 : Loyers & Copr. 2003, comm. 180, Brault P.-H. – CA Paris, 16^e ch. A, 8 déc. 2004, n° 03/07169 : Gaz. Pal. 16 avr. 2005, n° F5990, p. 41, obs. Jacquin A.).

B. Sur la valorisation du droit au bail

Comme le rappelle ici la cour d'appel de Paris, la valeur du droit au bail « se calcule par la différence entre le montant de la valeur locative de marché et le loyer qui aurait été perçu si le bail avait été renouvelé, cette différence étant elle-même affectée d'un coefficient multiplicateur au regard de l'intérêt des locaux pour l'activité exercée ».

La question qui se pose alors est de savoir si le loyer, au moment du renouvellement, aurait été dé plafonné, et donc fixé à la valeur locative.

La bailleuse considère en l'espèce que l'activité d'agence immobilière exercée est « exclusivement intellectuelle », assimilable à une activité de bureaux au regard de l'article R. 145-11 du Code de commerce, de sorte que le loyer aurait été dé plafonné.

Le preneur conteste cette position aux motifs que l'activité de transactions est une activité commerciale impliquant la réception de clientèle, d'une part, et l'existence d'un « stock physique de marchandises de nature immobilière », d'autre part, ce qui n'est pas le cas des locaux à usage exclusif de bureaux.

Sur ce point, la cour d'appel de Paris rappelle que le « local à usage de bureaux est celui dans lequel est effectué un travail intellectuel de nature administrative, comptable ou juridique qui n'est pas incompatible avec la réception de clients ou même de fournisseurs dès lors que le local ne sert ni au dépôt, ni à la livraison de marchandises ».

Ainsi, « l'activité de la société locataire étant de nature intellectuelle, administrative et comptable, le montant du loyer aurait dû être dé plafonné en application de l'article R. 145-11 du Code de commerce ».

Cette analyse est conforme à la jurisprudence constante en matière de « bureaux-boutiques » (Cass. 3^e civ., 19 avr. 1989, n° 87-18781 : JCP G 1989, IV, p. 225 – CA Paris, 16^e ch. A, 2 juill. 1991, n° 90/01099 : RDI 1991, p. 520 – CA Paris, 16^e ch. A, 8 juin 1993, n° 92/07861 : Loyers et copr. 1993, comm. 397 ; Administrer janv. 1994, p. 55 – CA Paris, 16^e ch. A, 7 févr. 2005, n° 03/22169 : AJDI 2005, p. 389 – CA Paris, 16^e ch. A, 30 mai 2005, n° 04/02159 : AJDI 2005, p. 871 ; CA Paris, 16^e ch. A, 16 janv. 2008, n° 06/19460 : AJDI 2008, p. 763).

Quant au prix de marché, la cour parisienne retient :

- un prix unitaire de 1 300 €/m²B par an, hors taxes et hors charges ;
- un prix de 700 €/m²B par an, hors taxes et hors charges, au titre du prix unitaire de renouvellement.

Les locaux se développant sur une surface pondérée de 24,59 m²B, le droit au bail ressort ainsi à une somme totale de 90 000 €, après application d'un coefficient multiplicateur de 6, compte-tenu de « la qualité de l'emplacement, sur l'île Saint-Louis, dans une voie certes peu passante, mais à proximité immédiate de l'axe centrale, de bonne commercialité ».

II. SUR LES INDEMNITÉS ACCESSOIRES

Sur les frais de emploi. La cour d'appel a retenu ce qu'a proposé l'expert, à savoir les fixer à 10 % de l'indemnité principale, ce qui n'est pas contesté par les parties, soit 9 000 €.

Sur le trouble commercial. S'agissant d'un transfert de fonds, la cour retient 3 mois d'EBE actualisé, soit 20 332 €.

Sur les frais de déménagement. La cour retient le montant annoncé par un devis établi par le preneur, soit 2 800 €.

Sur les frais de réinstallation. La cour retient la somme de 10 000 € représentant forfaitairement les « frais de modifications informatiques et de sécurité ».

Sur les frais divers. La cour retient la somme de 1 500 € correspondant à l'indemnisation du preneur au titre des

« mesures de publicités, de modification de cartes de visite et de résiliation d'abonnements divers ».

III. SUR L'INDEMNITÉ D'OCCUPATION

Un taux de 10 % au titre de la précarité a été retenu. C'est l'usage en la matière.

Le preneur avait sollicité un taux de 20 % compte-tenu de « la durée de la procédure due à la bailleresse ».

La cour l'a débouté de cette demande au motif « qu'aucune faute ne peut être retenue à l'encontre de la bailleresse dans la conduite de cette procédure ».

Panorama de jurisprudence de la Cour de cassation en matière de baux commerciaux 370z5

Par
Rémy CONSEIL
Avocat au barreau de
Paris, associé, Barbier
Associés

■ BAUX COMMERCIAUX

Une demande de requalification en bail commercial est une contestation sérieuse pour s'opposer à une expulsion en référé

Le 1^{er} octobre 2007, la fondation Institut du monde arabe (IMA) a conclu un contrat avec la société Noura Ima, actuellement dénommée Pavillon Oriental Traiteur, par lequel elle lui a confié l'exploitation de trois espaces de restauration au neuvième étage et au rez-de-chaussée de l'immeuble pour une durée de 10 ans. Le 5 avril 2018, l'IMA a mis en demeure la société Noura Ima de quitter les lieux au plus tard le 30 avril 2018. Le 24 avril 2018, la société Noura Ima, s'estimant victime d'une voie de fait, a assigné l'IMA en référé afin qu'il lui soit fait injonction de restituer, sous astreinte, les meubles et jardinières appartenant à l'exploitant qu'il avait enlevés le 11 avril 2018. L'IMA a formé une demande reconventionnelle en expulsion de la société Noura Ima.

L'IMA fait grief à l'arrêt de dire n'y avoir lieu à référé sur sa demande d'expulsion.

Mais, ayant relevé que les parties s'opposaient sur la qualification juridique du contrat expiré, et retenu que l'argumentation de la société Noura Ima, selon laquelle il s'agirait d'un bail commercial avec droit au maintien dans les lieux en application de l'article L. 145-28 du Code de commerce, n'était pas dénuée de tout caractère sérieux, la cour d'appel a pu en déduire que l'occupation, par la société Noura Ima, des lieux mis à sa disposition par le contrat du 1^{er} octobre 2007, ne constituait pas un trouble manifestement illicite.

Cass. 3^e civ., 5 déc. 2019, n° 18-23896, Fondation Institut du monde arabe (IMA) c/ Sté Noura IMA, D (rejet pourvoi c/ CA Paris, 5 juill. 2018), M. Chauvin, prés. ; SCP Cabinet Briard, SCP Lyon-Caen et Thiriez, av. 372m8

NOTE La mairie de Paris avait consenti un bail emphytéotique administratif sur un immeuble lui appartenant, à la fondation Institut du monde arabe (IMA), qui avait elle-même confié l'exploitation de trois espaces de restauration à la société Noura pour une durée de 10 ans. À la fin du contrat, l'IMA mit en demeure la société Noura de quitter les lieux et procéda d'office à l'enlèvement de tout son mobilier. La société Noura assigna en référé l'IMA pour demander la restitution de son mobilier et l'IMA demanda reconventionnellement l'expulsion de la société Noura.

Pour contester l'expulsion, la société Noura soulevait une contestation sérieuse portant sur la qualification du contrat d'exploitation signé avec l'IMA. Selon la société Noura, il s'agissait d'un bail commercial, soumis au statut des baux commerciaux et, plus particulièrement à l'article L. 145-28 du Code de commerce selon lequel tout locataire a droit au maintien dans les lieux jusqu'au paiement de son indemnité d'éviction. Selon l'IMA, au contraire, il s'agissait d'un simple contrat de prestations de services de restauration avec mise à disposition d'espaces.

L'IMA contestait par ailleurs la recevabilité de l'action en requalification du contrat en bail commercial au motif qu'elle était prescrite, puisque cette action est soumise à la prescription biennale, laquelle commence à courir à compter de la signature de l'acte litigieux (Cass. 3^e civ., 22 janv. 2013, n° 11-22984 : Gaz. Pal. 3 août 2013, n° 141k7, p. 46, note Barbier J.-D. – Cass. 3^e civ., 14 sept. 2017, n° 16-23590 : Gaz. Pal. 21 nov. 2017, n° 307e3, p. 77, note Barbier J.-D. – Cass. 3^e civ., 17 nov. 2016, n° 15-12136 : Gaz. Pal.

14 mars 2017, n° 290g4, p. 74, note Barbier J.-D. – Cass. 3^e civ., 20 déc. 2018, n° 17-26684).

Mais la société Noura répondait que ce type de contrat n'avait pour objet que d'éviter le statut des baux commerciaux et que cette fraude avait empêché le délai de prescription de courir (Cass. 3^e civ., 19 nov. 2015, n° 14-13882 : Gaz. Pal. 1^{er} mars 2016, n° 258q9, p. 76, note Barbier J.-D.). L'IMA répliquait qu'en tout état de cause, il s'agissait d'un immeuble appartenant au domaine public, excluant toute possibilité de bail commercial (Cass. civ., 28 févr. 1984 : Gaz. Pal. Rec. 1984, 2, pan., p. 226 – Cass. 3^e civ., 18 mars 1998 : Loyer et copr. 1998, n° 188, note Brault P.-H. – Cass. 3^e civ., 20 déc. 2000, n° 99-10896 : Gaz. Pal. 6 févr. 2001, n° 010576, p. 9). Mais, dans ce cas, l'expulsion d'un occupant du domaine public relèverait de la compétence exclusive des juridictions administratives et non du juge des référés civils (Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 2003, n° 01-01146 : Gaz. Pal. 29 juill. 2004, n° F4153, p. 8, note du Rusquec E.).

Les nombreuses et complexes questions soulevées par les parties ne pouvaient à l'évidence pas être tranchées par le juge des référés et auraient dû être soumises au tribunal judiciaire, voire au tribunal administratif.

■ BAUX COMMERCIAUX

Une décision désignant un expert pour rechercher la valeur locative se prononce au fond en faveur du déplaçonnement

La bailleuse a sollicité la fixation à la valeur locative du loyer d'un local commercial, lors du renouvellement du bail. Un arrêt du 13 décembre 2011 a ordonné une expertise à l'effet de déterminer la valeur locative du bien. Un arrêt du 16 janvier 2018 a fixé le loyer déplaçonné du bail renouvelé.

La locataire fait grief à l'arrêt de déclarer irrecevable, comme se heurtant à l'autorité de chose jugée, sa demande tendant à la fixation du loyer renouvelé selon les règles du plafonnement, alors que la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui fait l'objet d'un jugement et a été tranché dans son dispositif. Or, dans le dispositif de son arrêt du 13 décembre 2011, la cour d'appel avait infirmé le jugement entrepris et, « avant dire droit au fond, tous droits et moyens des parties demeurant réservés à cet égard », ordonné une mesure d'expertise. Cette décision n'avait donc tranché aucune question dans son dispositif. En jugeant néanmoins, par référence aux motifs de l'arrêt du 13 décembre 2011, que celui-ci aurait autorisé de chose jugée concernant le principe d'acquisition du droit de la bailleuse au déplaçonnement du loyer et de fixation du loyer du bail renouvelé en fonction de la valeur locative des locaux, la cour d'appel a violé l'article 480 du Code de procédure civile, ensemble l'article 1351, devenu 1355 du Code civil. Mais, si le dispositif de l'arrêt du 13 décembre 2011, qui avait infirmé le jugement ayant rejeté la demande de déplaçonnement, avait ordonné une expertise à l'effet de déterminer la valeur locative du bien, une telle mesure ne se concevait que dans l'éventualité de la fixation d'un loyer déplaçonné et la portée du dispositif était éclairée par les motifs qui en étaient le soutien et qui avaient retenu plusieurs éléments en faveur du déplaçonnement, la cour d'appel a exactement retenu, sans violer l'autorité de la chose jugée, que cet arrêt s'était prononcé en faveur du déplaçonnement du loyer.

Cass. 3^e civ., 12 déc. 2019, n° 18-13757, Sté Versailles Mouchy c/ Sté M.-L., D (rejet pourvoi c/ CA Poitiers, 13 déc. 2011), M. Chauvin, prés. ; SCP Claire Leduc et Solange Vigand, SCP Marlange et de La Burgade, av. 372m9

NOTE À l'occasion du renouvellement d'un bail commercial, la demande de déplaçonnement du loyer formée par le bailleur avait été rejetée en première instance. La cour d'appel avait infirmé cette décision en développant, dans les motifs de son arrêt, plusieurs éléments en faveur du déplaçonnement. Mais, dans son dispositif, la cour avait simplement désigné un expert

avec pour mission de rechercher la valeur locative des locaux loués. Le locataire, pensant qu'il s'agissait d'une simple décision avant dire droit, avait attendu le dépôt du rapport d'expertise pour revenir devant la cour et contester le déplaçonnement du loyer. Cependant, dans son arrêt après expertise, la cour d'appel déclare le locataire irrecevable en sa demande de plaçonnement, comme se heurtant à l'autorité de chose jugée de l'arrêt ayant préalablement désigné l'expert.

En principe une décision ordonnant la désignation d'un expert est une décision avant dire droit, ce qui signifie qu'elle ne tranche pas le litige. Ces décisions ne peuvent pas être frappées d'appel immédiatement, sauf autorisation du premier président en cas de motif grave et légitime (CPC, art. 272). Il convient alors d'attendre la décision rendue sur le fond, après l'expertise (CPC, art. 545).

Mais parfois, la mission de l'expert est telle que la juridiction tranche une partie du principal (CA Paris, 27 sept. 1988 : Bull. ch. avoués, 4, 157). Il en est ainsi lorsque la mission de l'expert, éclairée par les motifs de la décision, soutiens nécessaires du dispositif, implique une décision au fond (CA Paris, 20 févr. 1989 : Bull. ch. avoués, 1, 23 ; CA Paris, 5 sept. 1989 : Bull. ch. avoués, 4, 123). Dans ce cas, ces décisions peuvent être immédiatement frappées d'appel.

Tel était le cas en l'espèce. La cour d'appel avait désigné un expert, avec pour mission de rechercher la valeur locative des locaux. Une telle mission n'avait de sens qu'au vu d'un déplaçonnement du loyer, d'autant que la cour avait développé dans ses motifs, soutien nécessaire du dispositif, plusieurs éléments en faveur du déplaçonnement. La Cour de cassation considère que la cour d'appel s'était prononcée en faveur du déplaçonnement du loyer.

La décision ayant désigné un expert n'était pas qu'une décision avant dire droit, mais bien une décision mixte ayant tranché une partie du litige et désigné un expert. Le locataire aurait dû en interjeter immédiatement appel (CPC, art. 544). À défaut, sa demande de fixation d'un loyer plaçonné après expertise était irrecevable, comme se heurtant à l'autorité de chose jugée.

■ BAUX COMMERCIAUX

Une transaction sans concessions réciproques entre propriétaire et locataire doit être annulée

Le 8 août 2008, la société MD Immo a consenti à la société Transports G. un bail commercial devant s'achever le 11 janvier 2018. Le 18 janvier 2012, les parties ont conclu un « acte de résiliation anticipée du bail », sans indemnité à la charge du preneur, en vertu duquel celui-ci pouvait quitter les locaux loués avant le 30 juin 2012. À cette date, la société MD Immo a loué les locaux à la société E. I., société du groupe auquel appartient la société Transports G. et dont la société mère est Horus finance, pour une durée de 2 mois. Le 29 juillet 2013, la société MD Immo a assigné la société Transports G., la société E. I. et la société Horus finance en nullité de l'acte de résiliation anticipée et en indemnisation de ses préjudices. Le 30 septembre 2013, la société MD Immo a vendu son bien. La société Transports G., la société Fides, agissant en sa qualité de mandataire judiciaire de cette société, la société Horus France et la société E. I. font grief à l'arrêt de prononcer la nullité de l'« acte de résiliation anticipée » du 18 janvier 2012 et, en conséquence, de prononcer diverses condamnations. Mais ayant relevé que l'accord conclu le 18 janvier 2012, emportant renonciation du bailleur à percevoir des loyers entre le 30 juin 2012 et le 11 janvier 2018, visait expressément l'article 2044 du Code civil, déclarait mettre fin à tout litige né ou à naître ayant pour objet le bail et stipulait avoir autorité de la chose jugée, conformément à l'article 2052 du Code civil, la cour d'appel a pu en déduire que cet acte constituait une transaction qui, en l'absence de concessions réciproques, devait être annulée, justifiant ainsi légalement sa décision.

Cass. 3^e civ., 12 déc. 2019, n° 18-23223, Sté MD Immo c/ Sté Transports G., D (cassation partielle CA Paris, 27 juin 2018), M. Chauvin, prés. ; SCP Cabinet Briard, SCP Alain Bénabent, av. 372n0

NOTE Le propriétaire et le locataire avaient signé une transaction permettant à ce dernier de restituer les locaux loués deux ans et demi avant

la fin du bail, et l'exonérant des loyers et de charges pendant la période restant à courir. De son côté, le propriétaire n'en tirait aucun bénéfice. Au contraire, n'arrivant plus à payer les échéances des prêts qu'il avait contractés pour acheter l'immeuble, il avait dû rechercher en urgence un autre prêt à court terme. De plus, les locaux étant affectés à un usage très spécifique d'entrepôts d'envergure, le bailleur n'avait pas retrouvé de locataire et avait été dans l'obligation de vendre son bien pour faire face aux frais générés. Cette transaction était donc dépourvue de toute contrepartie pour le propriétaire et devait être annulée (Cass. 1^{re} civ., 3 mai 2000, n° 98-12819 ; Cass. com., 27 nov. 2021, n° 11-17185).

Depuis la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, la notion de « concessions réciproques » est expressément mentionnée dans la définition de la transaction à l'article 2044 du Code civil.

■ BAUX COMMERCIAUX

L'incendie d'une poubelle qui a ensuite mis le feu à un local engage la responsabilité du preneur

Dans la nuit du 30 avril au 1^{er} mai 2009, un incendie a détruit le bâtiment appartenant à la société Développement du Parc du Cret de Mars (la SCI) et donné à bail à la société Boumrangs. Le 28 avril 2014, la société Monceau générale assurances (la société MGA), assureur de la SCI, a assigné la société Pacifica, assureur de la société locataire, en indemnisation des dommages subis.

Pour rejeter la demande de la société MGA, l'arrêt retient que la responsabilité du locataire envers le bailleur du fait des dommages causés à la chose louée par un incendie est régie par les seules dispositions de l'article 1733 du Code civil et que l'incendie d'origine criminelle provoqué par une personne non identifiée, qui constitue un cas de force majeure, exonère la société locataire de la présomption de responsabilité qui pèse sur elle.

En statuant ainsi, après avoir constaté que l'incendie avait pris naissance dans un container à ordures se trouvant à proximité de la façade du bâtiment loué à la société Boumrangs, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article 1733 du Code civil.

Cass. 3^e civ., 19 déc. 2019, n° 18-24012, Sté Développement du Parc du Cret de Mars c/ Sté Boumrangs, D (cassation CA Lyon, 11 sept. 2018), M. Chauvin, prés. ; SCP Boré, Salve de Bruneton et Mégret, SCP Rousseau et Tapie, av. 372n1

NOTE L'article 1733 du Code civil est excessivement sévère pour le locataire. Ce dernier répond de l'incendie de ses locaux, sauf à démontrer que le feu est arrivé par cas fortuit, force majeure, vice de construction ou qu'il a été communiqué par une maison voisine. Le locataire ne peut s'exonérer de cette responsabilité qu'à la seule condition de rapporter la preuve que l'incendie provient de l'une des causes strictement énumérées à l'article 1733.

Ainsi, si l'origine de l'incendie des locaux loués a une cause indéterminée ou inconnue, le locataire est déclaré responsable (Cass. 3^e civ., 13 mai 1997, n° 95-17176 ; Cass. 3^e civ., 9 nov. 2010, n° 09-69910). Le fait que le locataire n'ait commis aucune faute ne permet pas de le décharger de sa responsabilité découlant de l'article 1733 du Code civil (Cass. 1^{re} civ., 6 mai 1968, n° 65-13741). En revanche, si l'incendie des locaux loués est d'origine criminelle, même si l'auteur est demeuré inconnu, le sinistre sera considéré comme irrésistible, imprévisible et extérieur et donc exonératoire de responsabilité pour le locataire (Cass. 3^e civ., 18 mars 1998, n° 96-10769 ; Cass. 3^e civ., 26 mai 2009, n° 08-15579 ; Cass. 3^e civ., 4 juin 2013, n° 12-20654). Si le locataire n'arrive pas à se départir de la présomption de responsabilité découlant de l'article 1733 du Code civil, il devra indemniser le bailleur du coût des réparations de remise en état de l'immeuble de manière que les propriétaires soient replacés dans la situation où ils se trouvaient avant l'incendie (Cass. 3^e civ., 9 janv. 1991, n° 89-16661).

Dans le présent arrêt, l'origine de l'incendie était criminelle, provoquée par une personne non identifiée. Conformément à la jurisprudence citée ci-avant, le locataire aurait dû voir sa responsabilité écartée. Cependant, l'incendie avait pris dans un container à ordures à proximité de la façade du bâtiment loué et non dans le bâtiment lui-même. Cette précision fait toute la différence. La Cour de cassation considère que le locataire n'a

pas démontré se trouver dans l'un des cas strictement énumérés à l'article 1733 du Code civil et retient donc sa responsabilité.

■ BAUX COMMERCIAUX

Le bailleur a la charge des travaux prescrits par l'autorité administrative, à défaut de stipulation expresse contraire

La société Le Moignic est locataire de locaux commerciaux à usage de bar hôtel appartenant aux consorts D. Le maire, après plusieurs injonctions de mise en conformité avec les règles de sécurité, a ordonné la fermeture administrative de l'hôtel. Le preneur a assigné les bailleurs en résiliation du bail et indemnisation de la perte du fonds de commerce.

La locataire fait grief à l'arrêt de rejeter ses demandes, alors que, selon le moyen, les travaux de sécurité prescrits par l'autorité administrative sont à la charge du bailleur, sauf stipulation expresse contraire concernant ces travaux et que la cour d'appel, qui n'a pas constaté que le bail contenait une telle stipulation, a violé l'article 1719 du Code civil.

Mais ayant constaté que le bail contenait une clause au paragraphe « entretien et réparations », stipulant que, « si, pour une raison quelconque, le remplacement des installations ou appareils et en général, de tous équipements, devenait nécessaire, même par suite d'usure, de vétusté, de force majeure ou d'exigence administrative, il serait entièrement à la charge du preneur, sans recours contre le bailleur », c'est par une interprétation souveraine que la cour d'appel a retenu que la rénovation de l'installation électrique, la mise en conformité de l'éclairage de sécurité, ainsi que le remplacement des portes vitrées donnant sur l'escalier par des portes coupe-feu, constituaient un remplacement des installations ou

équipements existants qui ne relevait pas de l'obligation des bailleurs et ne pouvait justifier la résiliation du bail à leurs torts.

Cass. 3^e civ., 19 déc. 2019, n° 18-19136, Sté Le Moignic c/ Consorts D., D (rejet pourvoi c/ CA Rennes, 4 avr. 2018), M. Chauvin, prés. ; SCP Gaschignard, SCP Poulet-Odent, SCP Ohl et Vexliard, av. 372n2

NOTE L'obligation de délivrance du bailleur prévue à l'article 1719 du Code civil implique que les travaux de sécurité prescrits par l'autorité administrative restent à sa charge (Cass. 3^e civ., 15 juin 2010, n° 09-12187 : Gaz. Pal. 20 nov. 2010, n° I3705, p. 41, par Valade S. – Cass. 3^e civ., 13 nov. 2012, n° 11-22716 ; Cass. 3^e civ., 5 juin 1991, n° 90-11717) sauf, si une stipulation expresse contraire du bail met ces travaux à la charge du locataire (Cass. 3^e civ., 21 mai 2014, n° 13-13456).

En l'espèce, le bail stipulait : « Si, pour une raison quelconque, le remplacement des installations ou appareils et en général, de tous équipements, devenait nécessaire, même par suite d'usure, de vétusté, de force majeure ou d'exigence administrative, il serait entièrement à la charge du preneur, sans recours contre le bailleur ».

La cour d'appel considéra qu'au vu de la rédaction de cette clause, le locataire devait prendre à sa charge les travaux de rénovation de l'installation électrique, la mise en conformité de l'éclairage de sécurité et le remplacement des portes vitrées par des portes coupe-feu. La cour d'appel ayant un pouvoir souverain d'interprétation des clauses d'un bail, sauf dénaturation manifeste (Cass. 2^e civ., 15 avr. 2010, n° 09-11022 ; Cass. 3^e civ., 20 févr. 1969 : Bull. civ. III, n° 160), la Cour de cassation ne peut qu'accepter son raisonnement et rejeter le pourvoi du locataire qui demandait la résiliation du bail aux torts des bailleurs.

Panorama de jurisprudence de cours d'appel en matière de baux commerciaux 370z6

Par
Sabine CHASTAGNIER
Avocate au barreau de
Paris, associée, Brault
& Associés

■ BAUX COMMERCIAUX

Sanction de l'absence de dénonciation de la procédure en résiliation aux créanciers inscrits

En application de l'article L. 143-2 du Code de commerce, le propriétaire qui poursuit la résiliation du bail de l'immeuble dans lequel est exploité un fonds de commerce grevé d'inscriptions doit notifier sa demande aux créanciers antérieurement inscrits. Cette obligation est générale quelle que soit la cause de la résiliation (résiliation de plein droit par acquisition de la clause résolutoire, résiliation judiciaire ou amiable).

Ces formalités ont pour finalité d'informer les créanciers inscrits sur le fonds qu'ils disposent d'un délai d'1 mois pour se substituer au débiteur afin de sauvegarder leur gage ou de réaliser le fonds de commerce. Le jugement ne peut intervenir qu'après 1 mois écoulé depuis la notification.

Le défaut de notification aux créanciers inscrits de la demande en résiliation du contrat de bail commercial formée par les bailleurs constitue une faute susceptible d'engager leur responsabilité *in solidum*.

Ce faisant en l'absence de notification, le créancier inscrit a le droit de poursuivre la vente forcée du fonds, y compris le droit au bail. Il peut aussi solliciter la condamnation du bailleur à des dommages et intérêts, s'il justifie d'un préjudice ou former tierce opposition. Aucun texte n'oblige le créancier inscrit, à former tierce opposition préalablement à une demande de dommages et intérêts, celui-ci étant libre du choix de l'action qu'il souhaite engager, étant rappelé que l'opposition de la résiliation intervenue est en tout état de cause acquise de plein droit dès lors que le bailleur a manqué à ses obligations à l'égard du créancier inscrit.

CA Paris, 5-3, 6 nov. 2019, n° 17/11483, M^e P. c/ M. C. et a., M^{me} Thauvat, prés. de ch., M^{mes} Prigent et Gilles, cons. 372m1

NOTE Cet arrêt donne l'occasion à la cour d'appel de Paris de rappeler que toute poursuite en résiliation du bail est soumise aux dispositions de l'article L. 143-2 du Code de commerce. La procédure doit donc être dénoncée aux créanciers inscrits, la résiliation ne devenant définitive qu'à l'expiration du délai d'1 mois consécutif à cette notification.

L'inobservation de cette formalité rend l'ensemble de la procédure inopposable au créancier régulièrement inscrit [Cass. 3^e civ., 12 juill. 2006, n° 05-14396 : Loyers et copr. 2006, comm. 200].

Seul le créancier peut s'en prévaloir en formant tierce opposition à l'encontre de l'ordonnance ou du jugement qui lui cause grief, dont la rétractation peut mettre à néant l'ensemble de la procédure [Cass. 3^e civ., 8 févr. 1989, n° 87-11919], et ce même après le jugement d'ouverture de liquidation judiciaire du preneur [Cass. comm., 19 mai 2004, n° 01-12814 : Loyers et copr. 2004, comm. 188, obs. Brault P.-H.).

Il est admis également que le créancier privé du bénéfice de son gage peut agir en dommages et intérêts à l'encontre du bailleur défaillant sur le fondement de la perte de chance [CA Paris, 12 janv. 1993 : Gaz. Pal. Rec. 1993, 2, som., p. 311, note Brault P.-H. – CA Paris, 5 janv. 1996 : Gaz. Pal. Rec. 1996, 2, som., p. 486, note Brault P.-H. – Cass. 3^e civ., 14 juin 2005, n° 04-13517 : AJDI 2005, p. 903], le préjudice étant apprécié à la date où le créancier aurait dû être informé de la procédure.

■ BAUX COMMERCIAUX

Clause d'indexation sans réciprocité de variation

Toute demande du preneur tendant à faire réputer non écrite la clause d'indexation contenue dans un bail commercial sur le fondement de l'article L. 112-12 du Code monétaire et financier n'est enfermée dans aucun délai de prescription, de sorte que la prescription biennale découlant de l'article L. 145-60 du Code de commerce n'est pas applicable.

Aux termes d'un contrat de bail commercial, il est prévu que « le présent bail est consenti moyennant un loyer HT de 67 000 €. (...) quelle que soit l'évolution de l'indice ICC, le loyer ne pourra jamais être inférieur à 67 000 € ».

La clause d'indexation mobile telle qu'elle est libellée organise une distorsion prohibée. En effet, la modification automatique du loyer annoncée pour chaque période annuelle est fonction de la variation de l'indice licite choisi, lequel doit être susceptible de variation à la hausse comme à la baisse, ce qui est le propre d'une clause d'échelle mobile. Or, en l'espèce, toute modification du loyer en cas de baisse de l'indice est écartée puisque celui-ci ne pourra jamais être fixé en deçà de la somme de 67 000 €. Ainsi, ladite clause figurant au bail, en écartant toute réciprocité de variation, fausse le jeu normal de l'indexation du loyer. Ce faisant il convient de la déclarer non écrite.

CA Douai, ch. 8, sect. 3, 7 nov. 2019, n° 18/06415, SCI Achille c/ SAS Réalisations Inox Carbone, M^{me} Collière, prés. de ch., M^{mes} Royer et Convain, cons. 372m2

NOTE Par cet arrêt motivé, la cour d'appel de Douai reprend la motivation de la cour d'appel de Paris dans son arrêt précédemment rendu le 7 février 2018 (CA Paris, 5-3, 7 févr. 2018, n° 16/07034 : Loyers et copr. 2018, comm. 91, note. Brault P.-H.) qui avait relevé que « le propre d'une clause d'échelle mobile est de faire varier le loyer à la hausse et à la baisse. Une clause écartant toute réciprocité de variation fausse le jeu normal de l'indexation (...) » en contravention avec les articles L. 112-1 et suivants du Code monétaire et financier.

Relevons un arrêt rendu par la cour d'appel de Versailles qui, dans un même cas, s'est interrogée sur le caractère indivisible de la clause comme de la sanction encourue : la cour a ainsi retenu que la clause d'indexation devait être réputée non écrite à l'exclusion de la stipulation excluant que, par le jeu de la clause, le montant du prix exigible puisse s'avérer inférieur au loyer de base précédemment stipulé (CA Versailles, 12^e ch., 21 nov. 2019, n° 18/03710).

■ BAUX COMMERCIAUX

Clause résolutoire : stipulation au seul profit du bailleur

En matière de baux commerciaux, une clause résolutoire ne produit effet qu'1 mois après un commandement demeuré infructueux. Ce commandement doit, à peine de nullité, mentionner ce délai.

Or, une clause résolutoire de plein droit est prévue pour ne sanctionner que les manquements du preneur et est nécessairement stipulée en faveur du seul bailleur. Dès lors, il importe peu que la clause résolutoire figurant au contrat de bail comporte ou non, au profit du bailleur, une stipulation « si bon lui semble ». Elle doit nécessairement faire l'objet d'une constatation judiciaire à la demande de ce dernier.

Par ailleurs, il est constant que, en l'absence de demande du bailleur quant à la constatation de l'acquisition de la clause résolutoire, le preneur peut se prévaloir de celle-ci si, dans le commandement, le bailleur a expressément notifié que la résiliation prendra effet inéluctablement dès l'expiration du délai d'1 mois si le preneur ne l'a pas mis à profit pour payer.

Mais il ne le peut pas en l'absence de toute manifestation de volonté expresse du bailleur sur ce point dans le commandement.

CA Chambéry, ch. civ. sect. 1, 12 nov. 2019, n° 18/02425, SARL Team Interim c/ SCI P., M. Ficagna, prés., M^{mes} Fouchard et Del Sarte, cons. 372m3

NOTE Tout d'abord, par cet arrêt, la cour d'appel de Chambéry rappelle que l'intervention du juge reste nécessaire pour constater la résiliation intervenue avec toutes les conséquences qui en découlent dès lors que le locataire n'accepte pas de quitter volontairement les lieux malgré la résiliation. En outre la cour s'inscrit dans le prolongement de l'arrêt de principe précédemment rendu par la Cour de cassation le 27 avril 2017, suivant lequel le preneur ne peut se prévaloir de l'acquisition de la clause résolutoire dès lors qu'elle est stipulée au seul profit du bailleur qui demande la poursuite du bail (Cass. 3^e civ., 27 avr. 2017, n° 16-13625 : Gaz. Pal. 11 juill. 2017, n° 298w5, p. 67, note Brault C.-E.). Il sera toutefois rappelé qu'un débat a été relancé ensuite de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 6 septembre 2018 (Cass. 3^e civ., 6 sept. 2018, n° 17-22767 : Gaz. Pal. 20 nov. 2018, n° 335g7, p. 74, note Barbier J.-D.) aux termes duquel elle a admis l'affirmation selon laquelle la clause résolutoire d'un bail ne serait pas, par nature, stipulée dans l'intérêt exclusif du bailleur, et a rejeté le pourvoi à l'encontre de l'arrêt qui avait admis que le locataire pouvait opposer la résiliation du bail par l'effet de la clause résolutoire, en faisant ainsi échec à une demande reconventionnelle de paiement des loyers jusqu'à la première échéance triennale.

■ BAUX COMMERCIAUX

Charges récupérables

Le prix du bail doit être certain et résulter des clauses du contrat, ou rendu déterminant grâce à des éléments objectifs du contrat : il en est de même des charges incombant au bailleur qui sont transférées aux locataires, et qui constituent alors un supplément de loyers.

CA Bordeaux, 4^e ch. civ., 18 nov. 2019, n° 17/01263, SAS QUARTZ c/ SAS C., M. Robert Chelle, prés., M^{mes} Fabry et Danièle Puydebat, cons. 372m4

NOTE Par cet arrêt rendu par la cour d'appel de Bordeaux concernant un bail antérieur à l'entrée en vigueur des dispositions de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 et de son décret d'application du 3 novembre 2014, la cour a interprété les clauses et conditions du bail et retenu que le preneur est fondé à soutenir que le montant de la charge supplémentaire d'honoraires de gestion locative est expressément prévu au contrat, mais n'étant ni déterminé ni déterminable, la bailleuse doit être déboutée de sa demande de paiement pour charges. On rappellera à toutes fins la nouvelle réglementation issue de l'article R. 145-35 du Code de commerce qui prévoit désormais que « ne peuvent être imputés au locataire : [...] 4° Les honoraires du bailleur liés à la gestion des loyers du local ou de l'immeuble faisant l'objet du bail ».

■ BAUX COMMERCIAUX

Formalisme de la cession isolée du bail dans le cadre d'une liquidation judiciaire

En cas de cession isolée dans le cadre d'une liquidation judiciaire, conformément au droit commun des contrats, les clauses contractuelles figurant dans le bail doivent être respectées lors de la cession ; celle-ci doit intervenir par acte authentique, sans que cet élément n'ait à être précisé dans l'ordonnance autorisant la cession.

CA Paris, 5-9, 19 déc. 2019, n° 19/19486, SCI Chaperonnière c/ SARL Didari, SCP Brouard, SARL HT, M^{me} Picard, prés., M^{mes} Rohart-Messenger et Delière, cons. 372m5

NOTE En cas de cession isolée intervenant dans le cadre d'une liquidation judiciaire, l'article L. 641-12 du Code de commerce précise que le liquidateur peut céder le bail dans les conditions prévues au contrat conclu avec le bailleur avec tous les droits et obligations qui s'y rattachent, ce qui implique que les parties sont tenues de respecter l'ensemble des clauses restrictives encadrant le droit de cession. L'arrêt de la cour d'appel de Paris s'inscrit donc dans le courant jurisprudentiel et confirme que la cession doit être faite dans le respect du formalisme découlant du contrat

de bail (Cass. 3^e civ., 17 juin 2014, n° 13-15199 ; CA Rouen, 24 nov. 2011, n° 11/01672 : AJDI 2013, p. 40 – CA Rouen, ch. civ. et com., 11 déc. 2014, n° 13/06761 : Rev. Loyers 2015, n° 35).

■ BAUX COMMERCIAUX

Valeur locative au regard des charges exorbitantes et des majorations applicables

En application de l'article R. 145-8 du Code de commerce, le juge doit tenir compte des obligations respectives des parties, notamment celles incombant normalement au bailleur dont celui-ci est déchargé sur le preneur sans contrepartie, pour fixer le loyer à la valeur locative, qui doit être minoré, soit en procédant à un abattement forfaitaire, soit en déduisant le montant des charges de la valeur brute. Ce faisant, il y a lieu de réduire la valeur locative en raison des charges exorbitantes de grosses réparations et d'impôts fonciers. Il sera retenu un abattement de 20 % sur la valeur locative.

Par ailleurs, le bail stipule que « le bailleur s'interdit d'exploiter, directement ou indirectement, dans l'immeuble dont font partie les lieux loués, un commerce similaire à celui du preneur. Il s'interdit également de louer à qui que ce soit tout ou partie du même immeuble pour l'exploitation d'un commerce identique à celui du preneur », de sorte que cette clause entraîne un avantage certain pour le locataire justifiant une majoration de 5 % de la valeur locative.

CA Angers, ch. com., sect. A, 30 déc. 2019, n° 18/01230, SCI Alienor c/ SARL In'ov Coiffure, M^{me} Van Gampelere, prés., M^{mes} Robveille et Beuchee, cons. 372m6

NOTE Cet arrêt, très motivé, rappelle que les obligations des parties, c'est-à-dire les charges et conditions du bail, ont une incidence sur la valeur locative, et ce en application des dispositions de l'article R. 145-8 du Code de commerce. C'est ainsi que, outre l'application d'un abattement pour charges exorbitantes, et bien que le texte évoque exclusivement les facteurs de « diminution de la valeur locative », les juridictions retiennent parfois des majorations lorsque les clauses du bail se trouvent être particulièrement favorables au preneur (faculté de sous-location, libre cession, définition large de la destination, etc.).

■ BAUX COMMERCIAUX

Obligation de délivrance et clause de renonciation à recours

Un bailleur ne peut opposer une clause de renonciation à recours au preneur dans la mesure où des désordres liés à la vétusté et touchant à la structure d'un immeuble sont avérés et que le bailleur ne peut s'exonérer de son obligation de délivrance en invoquant la clause de renonciation à recours figurant au bail.

CA Versailles, 2^e ch., 16 janv. 2020, n° 18/06922, SCI CBM investissement c/ SARL Aga, SCI Fidelity immobiliervermietung, M^{me} Andrieu, prés., M^{mes} Soulmagnon et Muller, cons. 372m7

NOTE Par cet arrêt qui s'inscrit dans un contentieux courant, la cour d'appel de Versailles rappelle que le bailleur ne peut, sous couvert de dispositions contractuelles et plus particulièrement de clauses de renonciation à recours, s'exonérer de son obligation essentielle de délivrance de la chose louée instaurée par les articles 1719 et 1720 du Code civil. Le bailleur est alors déclaré responsable du préjudice subi par son locataire pour avoir manqué à son obligation de délivrance et doit réparer le dommage subi à la suite de ses manquements pouvant consister dans le montant des travaux avancés et dans la perte d'exploitation.

S'agissant d'une obligation essentielle, toute clause contraire est réputée non écrite (C. civ., art. 1170 ; Barbier J.-D., « Application du nouveau droit des contrats aux baux commerciaux : l'obligation essentielle », Gaz. Pal. 5 juill. 2016, n° 270g6, p. 53). C'est ainsi qu'avant même l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 réformant le droit des contrats, la jurisprudence retenait qu'aucune clause contractuelle ne pouvait décharger le bailleur de son obligation de délivrance : le bailleur ne peut s'exonérer de son obligation de délivrance par une clause interdisant au preneur tout recours pour vice caché ou apparent (Cass. 3^e civ., 18 mars 2009, n° 08-11011 : Administrer mai 2009, p. 33, note Barbier J.-D.), ni par une clause mettant à la charge du preneur la mise en conformité des locaux avec la réglementation (Cass. 3^e civ., 19 déc. 2012, n° 11-28170 : Gaz. Pal. 20 avr. 2013, n° 128a0, p. 19, note Barbier J.-D.).

LA RÉFÉRENCE DES BAUX COMMERCIAUX ENFIN RÉÉDITÉE

L'EXPERT

Jehan-Denis BARBIER
Charles-Édouard BRAULT

Le statut des **BAUX COMMERCIAUX**

**TEXTES ET COMMENTAIRES
MODÈLES D'ACTES**

ÉDITION 2020

LGDJ un savoir-faire de
lextenso

Textes, commentaires
en tableaux et
modèles d'actes :
**toutes les solutions
concrètes pour
prévenir ou résoudre
les litiges**

Savoir conduire une procédure devant le tribunal judiciaire

— À JOUR DE LA NOUVELLE RÉFORME

Une formation, 5 villes en France !



14H-18H

PARIS : lundi 30 mars 2020
LYON : mercredi 1^{er} avril 2020
BORDEAUX : vendredi 3 avril 2020
MARSEILLE : lundi 27 avril 2020
LILLE : mercredi 29 avril 2020

AU PROGRAMME

13h30 Accueil des participants (*pause café*)
14h00 Début de la formation

- Procédure au fond devant le tribunal judiciaire (assignation, mise en état, jugement)

16h00 *Pause café*

- Procédure en référés
- Procédures sur requête

18h00 Fin des travaux

PUBLIC CONCERNÉ

Avocats, juristes, magistrats, huissiers

INFOS PRATIQUES

Tarif : 390 € (HT) soit 468 € (TTC)
www.weezevent.com/conduire-procedure



Formations animées par
Aliénor Kamara-Cavarroc,
avocate au barreau de Paris, directrice
de la pédagogie à l'École de Formation
du Barreau et **auteur du best-seller** « Guide
pratique de procédure à l'usage de l'avocat ».

OBJECTIFS DE LA FORMATION

- Savoir conduire une procédure au fond devant le tribunal judiciaire
- Actualiser vos connaissances, et adapter votre pratique afin d'accompagner efficacement vos clients
- Maîtriser la procédure en référés et les procédures sur requête

Relation clients : Claire Lorentz
claire.lorentz@lextenso.fr | 01 40 93 40 81