

# Bulletin d' Aix 2022-2

[www.bulletin.aix.u-3mrs.fr](http://www.bulletin.aix.u-3mrs.fr)



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

*avec la collaboration des chercheurs des*

**Centre de Droit Economique**

**Centre de Droit du Sport**

**Centre de Droit Social**

**Groupe de Recherches et**

**d'Études en Droit de l'Immobilier,  
de l'Aménagement, de l'Urbanisme**

**et de la Construction**

**Laboratoire de Droit Privé et de  
Sciences Criminelles**

**Directrice**

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

**Rédactrices en chef**

L. GREGOIRE, A. MUSSO, I. VINGIANO-VIRICEL

**Responsable du site et codes d'accès :** F. Le Bris

**Abonnements et Relations clients :**

Mme Pauline Bonhomme  
3, Av. Robert Schuman  
13628 Aix-en-Provence cedex 1  
Tél. : 04 13 94 45 94  
Courriel : [fdsp-iej-bulletin@univ-amu.fr](mailto:fdsp-iej-bulletin@univ-amu.fr)

**Équipe de recherche**

**Professeurs :** C. Bloch, Ph. Bonfils, D. Bosco,  
S. Cimamonti, V. Egéa, A. Leborgne, J.-L. Mouralis,  
E. Putman, Ph. Stoffel-Munck, L. Tranchant

**Maîtres de conférences :** E. Bonifay, J. Cayron,  
J. Couard, E. Gallardo, S. Lambert, O. Salati, C. Siffrein-Blanc,  
L. Weiller

**MM. & Mmes :** J. Capiez, T. Dantzer, B. Demar, M.  
Scheffer, F. Chadenet, C. Leouffre-Decanis, A. Martinez, A.  
Semano, J.-N. Stoffel, E. Zenko, M. Slimani, M. Dominati, B.  
Brignon, F. Usciati

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

---

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

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

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

# SOMMAIRE

## Bulletin d'**Aix** 2022-2

<b>EDITO</b>	
5	Muriel GIACOPELLI, Directrice du <i>Bulletin d'Aix</i> Ludivine GREGOIRE, Aurélie MUSSO et Iolande VINGIANO-VIRICEL, Rédactrices en chef
<b>ACTUALITES</b>	
7	Chronique législative
<b>JURISPRUDENCE</b>	
15	Chronique des arrêts de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence
<b>ANALYSES SIMPLIFIEES</b>	
19	Analyses simplifiées
<b>CHRONIQUE DES ETUDIANTS DE M2</b>	
23	- Le non-professionnel dans la tourmente due la jurisprudence. - Inrecevabilité d'un second appel et responsabilité civile professionnelle de l'avocat : défaut d'intérêt à agir avant la caducité du premier appel nonobstant l'abandon d'un chef de critique. - L'acceptation de la concurrence déloyale ? - Conflit de compétence entre le JAF et le juge des enfants : nouvelle ligne de démarcation ! - Contrôles d'identité de police administrative : les contours incertains d'une nécessaire atteinte à l'ordre public.
<b>INDEX</b>	
47	
<b>TABLE DES MATIERES</b>	
49	



## ÉDITO

Chers fidèles lecteurs,

Toujours à cœur de vous proposer le meilleur des commentaires d'arrêts intéressant notre Cour d'appel d'Aix-en-Provence, nous vous proposons cet ultime numéro sous format papier.

Je remercie très chaleureusement mon collègue et ami Olivier Salati qui a œuvré ces dernières années pour faire prospérer la revue et l'adapter aux contraintes liées à la pandémie.

Forte du travail de mes prédécesseurs et accompagnée des rédactrices en chef de la revue, je tenais à vous informer de l'ouverture d'une nouvelle ère pour le *Bulletin d'Aix*.

Nous vous proposerons une revue entièrement dématérialisée au premier trimestre 2023, reprenant nos chroniques habituelles mais également des résumés synthétiques des arrêts les plus marquants susceptibles d'intéresser l'ensemble des professionnels du droit.

Pour nous permettre de gérer au mieux cette transition, ce numéro 2022-2 sera l'ultime numéro de l'année. Vous y retrouverez – aux côtés des commentaires d'arrêts de la Cour d'appel et des arrêts de la Cour de Cassation, rendus sur pourvoi aixois – la chronique annuelle des étudiants de Master 2 issus de deux parcours de la mention droit privé, le parcours « Contentieux de la responsabilité et de l'indemnisation » et le parcours « Droit civil et droit international privé ».

Ces étudiants ont été dirigés par Mme Caroline Siffrein-Blanc, afin qu'ils puissent bénéficier d'une première expérience dans le domaine de la recherche. Le travail accompli et publié dans nos colonnes témoigne de leur volonté, de leur investissement, et de leur rigueur.

Nous vous souhaitons une agréable lecture de cet ultime numéro papier et vous donnons rendez-vous en 2023 pour une nouvelle version digitale de la revue.

MURIEL GIACOPELLI, DIRECTRICE DU BULLETIN D'AIX  
LUDVINE GREGOIRE, AURELIE MUSSO ET IOLANDE VINGIANO-VIRICEL,  
REDACTRICES EN CHEF



# ACTUALITES

## CHRONIQUE LEGISLATIVE

### L'entrepreneur individuel et ses patrimoines : précisions réglementaires.

*JULIEN COUARD*

*Maître de conférences HDR à l'Université de Toulon*

*Membre du CDPC, UMR CNRS 7318 DICE*

*Responsable du Master 2 Droit des affaires - Contrats et entreprises*

*Co-directeur du DESU d'éthique économique et des affaires à l'Université d'Aix-Marseille*

Sources : D. n° 2022-709 du 26 avril 2022 : JO, 28 avril 2022, texte n°12 ;

D. n° 2022-799 du 12 mai 2022 : JO, 13 mai 2022, texte n°5 ;

D. n° 2022-933 du 27 juin 2022 : JO, 28 juin 2022, texte n°8 ;

Arrêté du 12 mai 2022 : JO, 13 mai 2022, texte n°11.

1- On sait les lacunes qui entouraient le régime de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. Né avec la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010, complété quelques mois plus tard par l'ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010, puis réformé à plusieurs reprises par le législateur pour apparaître plus attractif<sup>1</sup>, ce régime n'a jamais connu le succès escompté en raison de la complexité de la déclaration d'affectation du patrimoine et de la porosité qui continuait d'exister entre les deux parties, privée et professionnelle, du patrimoine de l'entrepreneur.

2- La loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante, y a mis un terme en le supprimant purement et simplement. Depuis le 15 mai dernier, il n'est plus possible de se constituer

---

<sup>1</sup> L. n° 2012-387 du 22 mars 2012, qui fixe à 16 ans révolu l'âge nécessaire pour créer et gérer une EIRL ; L. n° 2014-626 du 18 juin 2014, qui simplifie le passage vers le régime de l'EIRL ; L. n° 2015-990 du 6 août 2015, dite loi Macron, qui étend la protection de la résidence principale à tout entrepreneur individuel, la rendant insaisissable par ses créanciers pour ses dettes professionnelles ; L. n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, dite loi Sapin II et L. n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite loi Pacte, qui simplifient les règles relatives à l'EIRL.

EIRL ni, pour le cessionnaire d'un patrimoine affecté de le maintenir tel s'il exerce déjà une activité professionnelle indépendante en son nom propre. A la place, le législateur a créé, un nouveau régime dont la particularité est de prévoir que « les éléments du patrimoine de l'entrepreneur individuel non compris dans le patrimoine professionnel constituent son patrimoine personnel »<sup>1</sup>.

3— C'en est donc fini de la théorie classique d'Aubry et Rau, selon laquelle une personne n'a qu'un patrimoine et réciproquement.

Le gouvernement a précisé ce nouveau régime par étapes.

Par un **décret du 26 avril 2022**<sup>2</sup>, le ministre de l'économie et des finances a d'abord apporté des précisions sur l'articulation entre l'ancien et le nouveau régime. Ainsi, malgré la disparition du régime de 2010, les héritiers ou ayants-droits d'un entrepreneur individuel qui exerçait en EIRL, peuvent reprendre, au décès de celui-ci, son activité sous ce régime.

Par un **décret du 12 mai**<sup>3</sup>, il précise le nouveau régime en lui-même. Il détermine notamment la forme et le contenu de l'acte par lequel l'entrepreneur peut, sur demande écrite d'un créancier, renoncer à la protection de son patrimoine personnel (C. com., art L. 526-25, désormais complété par art. D. 526-28 et 29). L'acte de renonciation est précisé par un **arrêté du même jour**<sup>4</sup> en insérant un modèle type à l'annexe 5-3 du code de commerce (C. com., art. A. 526-6).

Le décret détermine également le régime de publicité et d'opposition au transfert universel du patrimoine professionnel prévu à l'article L. 526-27 du code de commerce (C. com., art. D. 526-30 et s.). Le cédant, le donateur ou l'apporteur en société doit ainsi publier au BODACC le transfert universel de son patrimoine professionnel, au plus tard un mois après sa réalisation. Les créanciers s'opposant à ce transfert ont alors un mois pour agir. L'état descriptif du patrimoine professionnel nécessaire au transfert est précisé par l'arrêté du même jour (C. com., art. A. 526-7). Il comporte :

« 1° La valeur globale de l'actif ;

« 2° La liste des sûretés dont bénéficie l'entrepreneur individuel et les montants des créances garanties par elles ;

« 3° La valeur globale du passif ;

---

<sup>1</sup> C. com., art. L. 526-22 al. 1 *in fine* ; R. Mortier, « Le nouveau patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel » : Dr. Sociétés, mai 2022, étude 6 ; M.-H. Monsérié-Bon, « Entrepreneur individuel : le patrimoine professionnel pour tous est lancé ! », BJE, mai 2022, p. 5 ; X. Delpéch, « Consécration du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel », Dalloz actu., 1<sup>er</sup> mars 2022.

<sup>2</sup> D. n° 2022-709 : JORF, 28 avril 2022, texte n°12.

<sup>3</sup> D. n° 2022-799 : JORF, 13 mai 2022, texte n°5.

<sup>4</sup> JORF, 13 mai 2022, texte n°11.



« 4° La liste des biens du patrimoine professionnel grevés d'une sûreté et, pour chacun des biens concernés, la nature de la sûreté et le montant de la créance garantie ».

Le texte précise que « les valeurs mentionnées aux 1° et 3° sont celles figurant dans les comptes de l'entrepreneur individuel du dernier exercice clos précédant la date de la cession, de la donation ou de l'apport en société actualisé à la date du transfert, ou, lorsque l'entrepreneur individuel n'est pas soumis à des obligations comptables, à la date qui résulte de l'accord des parties. »

Enfin, le décret étend ce régime à Wallis et Futuna (C. com., art. D. 950-1-1).

Sur le terrain fiscal, le **décret du 27 juin 2022**<sup>1</sup> tire les conséquences de la disparition de l'EIRL en faisant en sorte que l'entrepreneur individuel puisse continuer à bénéficier de l'option entre l'impôt sur le revenu des personnes physiques (IRPP) et l'assujettissement à l'impôt sur les sociétés (IS). A priori, en effet, les entrepreneurs individuels qui exercent leur activité sous forme d'entreprise individuelle sont soumis à l'IRPP de plein droit, sans possibilité d'option pour l'IS. S'ils désirent soumettre les résultats de leur entreprise à l'IS, ils doivent apporter leur activité à une société soumise à cet impôt. Néanmoins, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 14 février 2022, ils pouvaient également choisir le régime juridique de l'EIRL, puis opter pour être assimilé à une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) ou à une exploitation agricole à responsabilité limitée (EARL). La loi du 14 février dernier ayant supprimé la faculté de créer de nouvelles EIRL, l'option qui s'y attachait aurait dû disparaître par voie de conséquence. Toutefois, afin de maintenir l'ensemble des possibilités fiscales ouvertes pour les entrepreneurs individuels, l'article 13 de la loi de finances pour 2022<sup>2</sup> a permis l'assujettissement à l'IS en optant pour l'assimilation fiscale de l'entrepreneur individuel à une EURL ou une EARL, à l'instar des dispositions auparavant applicables aux EIRL, sans avoir à modifier leur statut juridique. Le décret du 27 juin précise ainsi les conditions dans lesquelles les entrepreneurs individuels pourront formuler l'option pour une telle assimilation ou, au contraire, y renoncer (CGI, Annexe III, art. 350 bis).

4— L'on observe ainsi que, conçu pour succéder à l'EIRL, le nouveau statut s'en inspire pourtant à certains égards. Selon la doctrine, ce statut comporte lui-même des fragilités, notamment au regard du droit patrimonial de la famille sur lequel le législateur a fait le choix de ne pas se positionner, au risque de permettre

---

<sup>1</sup> D. n°2022-933 : *JORF*, 28 juin 2022, texte n°8.

<sup>2</sup> L. n° 2021-1900 du 30 décembre 2021 : *JORF*, 31 décembre 2021, texte n°1.

à l'entrepreneur d'accroître l'assiette de paiement des créanciers à l'ensemble des biens communs du couple<sup>1</sup>.

## Parution du décret relatif au traitement des difficultés de l'entrepreneur individuel.

CLARA BOERI-CUCCHI

Étudiante en Master 2 Droit des Affaires, parcours contrat et entreprise  
Université de Toulon

Le décret du n° 2022-890 du 14 juin 2022 relatif au traitement des difficultés de l'entrepreneur individuel participe grandement aux changements opérés par la loi n° 2022-172 du 14 février 2022 en faveur de l'activité professionnelle indépendante - dont il est le quatrième décret d'application. Cette loi s'inscrit elle-même dans la foulée du plan en faveur des indépendants annoncé par le président de la République le 16 septembre 2021. C'est dire l'attente que le législateur a suscitée vis-à-vis de cette réforme.

Ce décret complète ainsi l'article 5 de la loi du 14 février 2022 en modifiant le Livre VI du Code de commerce. En ce sens, le terme d'« entrepreneur individuel à responsabilité limitée » est remplacé par celui d'entrepreneur individuel dans les parties consacrées à la consistance des biens de l'EIRL, aux pièces et mentions obligatoires pour l'ouverture d'une procédure collective, à l'action en extension, aux procédures collectives et aux sanctions pouvant en découler. Tel un phénix, l'EIRL disparaît et renaît de ses cendres sous la dénomination d'entrepreneur individuel. Sur ce point, certains ont pu reprocher un changement trop « précipité » du fait de l'interdiction de créer une EIRL après le 15 mai 2022<sup>2</sup>. Cependant, dans sa terminologie, la notion d'entrepreneur englobe l'EIRL de manière assez évidente, ce qui laisse place à une interprétation plus large et contemporaine, sans rejeter les EIRL existantes.

**La dualité des patrimoines.** Tout part de l'évolution quant à la distinction des deux patrimoines. La notion de patrimoine consacrée par Aubry et Rau, portait préjudice aux entrepreneurs individuels. Qu'ils fussent commerçants, artisans ou professions libérales, ces derniers engageaient leur patrimoine personnel dans le cadre de leur activité professionnelle. Afin de limiter ces

---

<sup>1</sup> *Dr. famille* 2022, repère 4, M. Nicod ; *AJ famille* 2022, 169, obs. V. Avéna-Robardet et J. Casey.

<sup>2</sup> Sur ce point, K. Lemercier, « Entrepreneur individuel en difficulté : publication du décret (enfin !) », *Dalloz actu.*, 21 juin 2022.

risques en cas d'ouverture d'une procédure collective, la loi Dutreil du 6 août 2003 avait mis en place une procédure de déclaration d'insaisissabilité visant à dégager la résidence de l'entrepreneur du gage de ses créanciers. Mais cette protection n'était pas systématique puisqu'elle devait résulter d'une déclaration notariée d'insaisissabilité permettant de préserver sa résidence principale d'éventuelles poursuites de ses créanciers. Le principe « une personne, un patrimoine » a dès lors commencé à s'étioler<sup>1</sup>. Dans ce paysage, pour pallier les difficultés de trésorerie récurrentes des petites entreprises, la loi du 14 février en faveur de l'activité professionnelle indépendante a engendré une scission du patrimoine unique en un patrimoine professionnel et un patrimoine personnel<sup>2</sup> et ce, sous réserve de certaines failles<sup>3</sup>.

*Mise à part l'adaptation du nouveau régime des entrepreneurs individuels dans la partie réglementaire du Code de commerce, l'on peut citer quelques modifications textuelles.*

**Événements relatifs à la mention du jugement d'ouverture de la sauvegarde<sup>4</sup>.** Cette mention pouvait être portée sur un registre spécial (V. supra) si une déclaration d'affectation avait été faite. A présent, est rajoutée une autre condition alternative : « si le débiteur est un entrepreneur individuel dont le statut est défini à la section 3 du chapitre VI du titre II du livre V ». Il est par ailleurs requis que le débiteur soit immatriculé à l'un des trois registres suivants : un registre spécial pour les EIRL n'étant pas tenus de s'immatriculer à un registre de publicité légale - au sens de l'article R. 526-15 - ; un registre spécial pour les agents commerciaux - prévu à l'article R. 134-6 - ; un registre des actifs agricoles pour tout chef d'exploitation agricole répondant aux conditions de l'article L. 311 du code rural et de la pêche maritime.

**Contenu de l'assignation aux fins d'extension de la procédure ou de réunion des patrimoines de l'entrepreneur.** A l'alinéa 3 de l'article R. 621-8-1 du Code de commerce, l'identification, la signification et la convocation du destinataire de l'assignation peuvent être complétées par la « *dénomination de l'entrepreneur dont le statut est défini à la section 3 du chapitre VI du titre II du livre V ainsi que l'objet de son ou ses activités professionnelles* » en sus de la dénomination de l'EIRL - notons ici que le terme d'EIRL a été conservé : est-ce un oubli du législateur ?

**Évolutions substantielles.** A l'article R. 622-16 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de commerce, « *le solde des comptes bancaires de l'entreprise* » est remplacé par « *le solde des comptes bancaires du débiteur* ». D'un point de vue juridique, il s'agit là d'une

---

<sup>1</sup> Pour aller plus loin : L. n° 2015-990 du 6 août 2015.

<sup>2</sup> B. Dondero, « Nouveau statut de l'entrepreneur individuel : textes réglementaires », Rev. soc. 2022, p. 335 ; X. Delpuch, « Consécration du patrimoine professionnel de l'entrepreneur individuel », *Dalloz actu.*, 1<sup>er</sup> mars 2022.

<sup>3</sup> Sur ce thème, cf. F. Auque, « Coup de grâce à la théorie d'Aubry et Rau ? », *AJDI* 2022, p. 241.

<sup>4</sup> C. com., art. R. 621-8.

conception plus large puisque l'entreprise en difficulté est soumise uniquement aux procédures amiables et collectives tandis que le débiteur peut être une entreprise ou un particulier dont la déconfiture est régie par la procédure de surendettement.

Enfin, le bien de l'entrepreneur est à présent « compris » dans son patrimoine et non plus « affecté » à l'article R. 643-5. En effet, l'EIRL présentait comme inconvénient majeur la complexité du formalisme de la déclaration d'affectation. La commutation des deux mots n'est donc que le corollaire logique de la création du nouveau statut de l'EI.

A la lumière de ces rares modifications, surgit la question de l'intérêt réel du décret du 14 juin 2022. Bien que l'on puisse penser que tout ce qui précède n'est finalement qu'une pâle copie des décrets antérieurs appliqués à la partie réglementaire, le décret sous étude constitue l'acmé d'une série de réformes tendant à protéger et rendre attractif le statut d'entrepreneur individuel jusqu'à présent boudé par les agriculteurs, artisans ou professions libérales avec l'EIRL.

**Effets du décret d'application.** La grande nouveauté réside dans l'insertion d'un titre VIII Bis au Livre VI de la partie réglementaire du Code de commerce. Celui-ci débute par un article R. 681-1 qui détaille le contenu de la demande d'ouverture d'une procédure collective conformément à l'article L. 981-1. Cette demande doit, en effet comporter « *la situation de trésorerie, l'état chiffré des créances et des dettes, l'état actif et passif des sûretés [...] et l'inventaire sommaire des biens* ». Précisons que le nom du créancier et le montant de l'engagement sont mentionnés dans les actes de renonciation à la protection du patrimoine personnel de l'EI. Dans cette demande d'ouverture, le débiteur peut solliciter le bénéfice des mesures du traitement de sa demande de surendettement - régies par les articles du titre VII du code de la consommation.

L'article R. 681-2, rappelle brièvement que « *l'accord du débiteur peut être recueilli lors de l'audience au cours de laquelle le tribunal examine la demande d'ouverture d'une procédure* ».

En outre, aux termes de l'article R. 681-3, le tribunal doit apprécier « *dans un même jugement si les conditions d'ouverture sont alternativement ou cumulativement* » réunies. Autrement dit, si le patrimoine professionnel est engagé, une procédure collective pourra être ouverte. Si le patrimoine personnel pose difficulté, une procédure de surendettement pourra être ouverte - mais l'un n'empêche pas l'autre.

L'article R. 681-4 concerne quant à lui la publication du jugement d'homologation de l'accord de conciliation et du jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde en soulignant que « *le jugement est notifié par le greffe au débiteur et aux créanciers dont l'existence a été signalée par le débiteur* » et éventuellement au mandataire judiciaire, au ministère public et à l'administrateur judiciaire s'il en a été désigné un (alinéa 2).

En cas de recours, les parties disposent d'un délai de dix jours à compter de la notification du jugement<sup>1</sup> tandis que le créancier qui n'est pas partie au jugement a la possibilité de contester « *la séparation des patrimoines de l'entrepreneur individuel* » par déclaration au greffe dans un délai de dix jours à compter de la notification qui lui a été faite ou de la publication du jugement au Bodacc<sup>2</sup>.

Enfin, le dernier article de ce titre nous fait part de l'échange d'information entre le tribunal et la commission de surendettement, entendu comme les décisions, mesures et pièces versées aux dossiers, susceptibles « *d'éclairer la situation financière générale de l'entrepreneur individuel concerné par les deux procédures* ».

Ébauchant les contours du nouveau régime applicable au traitement des difficultés de l'entrepreneur individuel, ce décret appelle à d'autres réformes. Preuve en est, le décret du 27 juin 2022 relatif aux modalités d'option de l'EI pour l'assimilation au régime de l'EURL ou de l'EARL et de renonciation à l'option pour l'impôt sur les sociétés<sup>3</sup>. A l'évidence, encadrer rigoureusement ce nouveau statut d'EI permettra d'éclairer notamment les juges consulaires qui peuvent rapidement se trouver démunis en l'absence de textes explicites - particulièrement à propos de l'articulation entre la procédure collective et la procédure de surendettement ou l'actionnement du droit de gage des créanciers professionnels face à la dyade des patrimoines.

## Refonte des règles de don de son corps à la science

JULIEN COUARD

*Maître de conférences HDR à l'Université de Toulon*

*Membre du CDPC, UMR CNRS 7318 DICE*

*Responsable du Master 2 Droit des affaires - Contrats et entreprises*

*Co-directeur du DESU d'éthique économique et des affaires à l'Université d'Aix-Marseille*

Source : D. n° 2022-719 du 27 avril 2022 : JO, 28 avril 2022, texte n°41.

A la suite de dérives constatées dans certaines facultés de médecine, le gouvernement a décidé de revoir, dans un long décret, les règles de don de corps à des fins d'enseignement médical et de recherche. Le texte modifie ainsi substantiellement, les articles R. 1261-1 et suivants du code de la santé publique. Il précise notamment les conditions dans lesquelles les personnes majeures

<sup>1</sup> C. com., art. R. 681-5 nouv.

<sup>2</sup> C. com., art. R. 681-6 nouv.

<sup>3</sup> A ce sujet : X. Delpech, « Nouveau statut de l'entrepreneur individuel : au tour de la fiscalité », *Dalloz actu.*, 1<sup>er</sup> juillet 2022 ; *supra*, J. Couard.

peuvent consentir au don (CSP, art. R. 1261-1, III) et en informer leurs proches (CSP, art. R. 1261-1, IV), les modalités de transport et d'accueil des corps (CSP, art. R. 1261-2 et s.), les conditions de réalisation des opérations funéraires, de restitution du corps ou des cendres à la personne référente (CSP, art. R. 1261-5 et s.) et les conditions d'autorisation et de fonctionnement des établissements bénéficiaires des dons (CSP, art. R. 1261-11 et s. ; R. 1261-22 et s. et R. 1261-25 et s.). Il prévoit également la mise en place, au sein de ces établissements, d'une cérémonie annuelle du souvenir en hommage aux donateurs (CSP, art. R. 1261-9) et d'un comité d'éthique, scientifique et pédagogique chargé à la fois d'émettre un avis sur les programmes de formation et les projets de recherche nécessitant l'utilisation de corps ayant fait l'objet d'un don, et de se prononcer sur toute question relative à cette utilisation et à la restitution du corps (CSP, art. R. 1261-12, 13, 15 et 17 et s.). La nouvelle réglementation repose notamment sur la désignation d'un responsable de la structure d'accueil des corps, chargé de la mise en œuvre de la procédure, depuis son origine jusqu'à son achèvement (CSP, art. R. 1261-15 et s.).

# JURISPRUDENCE

## CHRONIQUE DES ARRETS DE LA COUR D'APPEL D'AIX-EN-PROVENCE

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

MAXIME SCHEFFER  
A.T.E.R à Aix-Marseille Université,  
Faculté de Droit et sciences politiques,  
Laboratoire de Droit privé et de Sciences criminelles, EA 4690,  
[maxime.scheffer@univ-amu.fr](mailto:maxime.scheffer@univ-amu.fr)

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

CA Aix-en-Provence, 1<sup>re</sup> et 9<sup>e</sup> ch. réunies, 3 mars 2022, n° 20/10235 :  
*Juris-data* n° 2022/006945

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

*la communication des pièces en temps utile et non pas les délais pour conclure. Une solution qui vaut tant pour l'appelant que l'intimé.*

**Observations : 1** – Alors que s'ouvrent les révisions estivales de l'examen du CRFPA – où, quoique plus courte que les autres, l'épreuve de procédure civile ne doit pas être négligée –, qu'il soit permis de traiter, dans ce numéro du *Bulletin d'Aix*, la question de la notification des conclusions et de la communication simultanée des pièces en cause d'appel. Certes, il n'est pas impossible que la thématique lasse certains avocats aixois, et l'on songe spécialement aux spécialistes de la procédure d'appel qui officient dans les anciens cabinets d'avoués. La plupart n'apprendront rien, ici, qu'ils ne savent déjà. Pour autant et, sans doute parce qu'il a été « *assez mal rédigé* »<sup>1</sup>, l'article 906 du Code de procédure civile continue de nourrir un bon nombre d'incidents et rejoint, ainsi, les fameux chausse-trapes de la procédure d'appel. Un récent arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de Cassation, qui plus est, publié au *Bulletin*, en témoigne<sup>2</sup>. L'arrêt d'appel à l'étude mérite d'être lu à la lumière de celui-ci.

**2** – Chacun sait que la forme des conclusions d'appel est strictement réglementée par le Code de procédure civile. Écritures qualificatives – et récapitulatives – obligent<sup>3</sup>, elles doivent bien-sûr formuler (faut-il ajouter « *expressément* » ?) les prétentions des parties et les moyens de fait et de droit sur lesquels elles sont fondées ; une obligation réglementaire qui n'est que l'expression d'un devoir déontologique élémentaire de l'avocat<sup>4</sup>. Elles doivent aussi indiquer, pour chaque prétention, les pièces invoquées et leur numérotation. De sorte que, pour le bon ordre, un bordereau récapitulatif des pièces doit être annexé aux conclusions. Voici les formes prescrites par l'article 954, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de procédure civile. Qu'il s'agisse des conclusions de l'appelant ou de l'intimé. Le principe du contradictoire s'applique à l'attaque comme à la défense.

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

<sup>1</sup> D. d'Ambra, *Droit et pratique de l'appel*, Paris, Dalloz, coll. « Dalloz référence », 4<sup>ème</sup> éd., 2021, n° 212.70, p. 198.

<sup>2</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 19 mai 2022, n° 21-14.616, *Publié au Bulletin : Juris-data* n° 2022/007840.

<sup>3</sup> Voy. sur lesquelles : G. Bolard, « Les écritures qualificatives », *JCP. G.*, n° 12, mars 2000, doct. 214.

<sup>4</sup> G. Bolard, « L'avocat, le juge et le droit », *D.*, 1995, p. 221.



donc être communiquées dans le trait de temps de leur notification. Pour autant, l'article 906 du Code de procédure civile ne dit rien de la sanction de cette obligation procédurale. Ce qui est relativement étonnant en cause d'appel où les irrecevabilités, caducité, etc., sont nombreuses<sup>1</sup>.

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

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

6 – Par ailleurs, la logique de gestion des flux<sup>2</sup> – qui peut conduire à prononcer les sanctions les plus sévères pour purger le rôle du tribunal – n'a aucune prise en la matière. Pour le juge gestionnaire, prononcer l'irrecevabilité des pièces communiquées après la notification des conclusions n'est d'aucune

---

<sup>1</sup> Voy. sur la panoplie des sanctions en procédure civile et leur instrumentalisation : C. Chainais, « Les sanctions en procédure civile. À la recherche d'un clavier bien tempéré » in *Les sanctions en droit contemporain. Vol. 1. La sanction, entre technique et politique*, C. Chainais et D. Fenouillet (ss. dir.), Paris, Dalloz, coll. « L'esprit du droit », 2012, pp. 357-408. *Adde* : G. Sansone, *Les sanctions en procédure civile*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », à paraître prochainement.

<sup>2</sup> Voy. sur l'émergence d'une logique économique et gestionnaire : S. Guinchard, C. Chainais, Fr. Ferrand et L. Mayer, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 35<sup>ème</sup> éd., 2020, n° 448, p. 368-369.

utilité, lorsqu'il s'agit de réduire le stock des affaires pendantes devant la juridiction saisie du litige. En faisant preuve d'un peu de cynisme, si un président de chambre peut trouver quelques intérêts à prononcer d'office la caducité d'une déclaration d'appel, pour défaut de justification du paiement du timbre fiscal<sup>1</sup> – parce que ce sera toujours une affaire de moins à traiter –, tel n'est pas le cas de l'irrecevabilité des pièces de l'appelant ou de l'intimé. Dès lors, les pièces communiquées tardivement du point de vue des délais pour conclure, mais « *en temps utile* »<sup>2</sup> du point de vue de l'ordonnance de clôture, restent recevables et méritent, ainsi et, toujours, un sérieux examen de la part du juge.

---

<sup>1</sup> Voy. sur cette question déjà étudiée dans le *Bulletin d'Aix* (et qui suscite un abondant contentieux) notre contribution : « Défaut d'acquiescement du timbre fiscal en cause d'appel : une régularisation est-elle possible ? », *Bull. d'Aix*, 2019-3, pp. 160-167.

<sup>2</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ., 19 mai 2022, *préc.*

# ANALYSES SIMPLIFIEES

## Zoom sur quelques arrêts de la CA d'Aix<sup>1</sup>

LES MEMBRES AIXOIS DE L'ATELIER REGIONAL DE JURISPRUDENCE DU JURIS-DATA : J. CAPIEZ, T. DANTZER, F. CHARLENT, C. LEOUFFRE-DECANIS, A. MARTINEZ, M. RECOTILLET, M. SCHEFFER, A. SERRANO, J.-N. STOFFEL, I. VIRICEL, E. ZERILLO.

**CA Aix-en-Provence, 1<sup>re</sup> et 5<sup>e</sup> ch. réunies, arrêt, 3 février 2022,  
n° 19/05434, n° 2021/77, *Juris-data* n° 2022-004494**

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

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

**CA Aix-en-Provence, 1<sup>re</sup> et 9<sup>e</sup> ch. réunies, 10 février 2022, n° 21/04756 :  
*Juris-data* n° 2022-006974**

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

*Résumé : À l'instar de celui qui agit en justice, le défendeur est tenu par le principe de concentration des moyens. Ainsi, il doit présenter, dès l'instance relative à la première demande, l'ensemble des moyens qu'il estime de nature à justifier le rejet total ou partiel des prétentions*

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

*adverses. En l'espèce, le défendeur a déjà contesté devant le JEX la validité du titre exécutoire servant de fondement aux poursuites et, cela sans succès. Dans cette perspective, il ne peut échapper à la fin de non-recevoir tirée de l'autorité de la chose précédemment jugée, en soulevant de nouveaux moyens, tels qu'un manquement au droit de la consommation.*

**CA Aix-en-Provence, 1<sup>er</sup> et 9<sup>e</sup> ch. réunies, 24 février 2022, n° 20/09416 :  
Juris-data n° 2022/006951**

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

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

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

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

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

CA Aix-en-Provence, 1<sup>re</sup> et 6<sup>e</sup> ch. réunies, arrêt, 7 avril 2022, n° 21/07473,  
n° 2022/153, *Juris-data* n° 2022-008008

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

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

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

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

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



# CHRONIQUE DES ETUDIANTS DE M2

Droit économique / Droit de la consommation /  
Notion de non-professionnel

Le non-professionnel dans la tourmente de la jurisprudence.

BRIAN KIBIMI-DEJE  
Etudiant en Master 2 Droit civil et Droit international privé  
[briankibimi@gmail.com](mailto:briankibimi@gmail.com)

Non-professionnel / Contrat de prestation de service/ Tacite reconduction / Obligation  
d'information / Résiliation unilatérale / Clauses abusives / Exception d'inexécution.

CA Aix, 1-8<sup>ème</sup> ch., 18 mars 2021, n°159, *Juris-data* n°2021-004696

Président : P. Coulange  
Avocats : Me Lauriane P. ; Me Florent V., SCP M. V. Depo Avocats Associés

*Résumé* : Le non-professionnel est une personne morale qui conclut un contrat n'ayant pas de rapport direct avec son activité professionnelle.

Observations : 1 – « Le label de professionnel n'est pas un antidote à l'inégalité et à l'injustice contractuelle »<sup>1</sup>. Par ces mots, le professeur Denis Mazeaud exprimait l'idée que certains professionnels méritaient la protection du Code de la consommation. Pour les distinguer des consommateurs, le législateur a forgé la notion de non-professionnel<sup>2</sup>. Cette « créature de compromis »<sup>3</sup>, spécificité du droit français, demeure une notion « controversée et fuyante »<sup>4</sup>. Pourtant, d'une part, après avoir soufflé le chaud et le froid, la jurisprudence s'était fixée autour du critère du rapport direct du contrat avec l'activité professionnelle pour sa

<sup>1</sup> D. Mazeaud, « L'attraction du droit de la consommation », *RTD com.* 1998, p.105.

<sup>2</sup> L. n°79-596 du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier, *JORF* 14 juillet 1979.

<sup>3</sup> G. Loiseau, note ss. Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 15 juin 2016, n°15-17.369, *D.* 2016, p. 1844.

<sup>4</sup> N. Picod, obs. ss Cass. 1<sup>ère</sup> civ, 5 juillet 2017, *AJ contrat*, 2017, p. 436.

qualification<sup>1</sup>. D'autre part, le législateur, surmontant son immobilisme, a consacré une définition du non-professionnel fondé sur un nouveau critère : la finalité professionnelle ou non de l'acte<sup>2</sup>. Ce faisant, il remettait en cause le critère prétorien du « *rapport direct* ». Or, dans son arrêt du 18 mars 2021, la Cour d'appel d'Aix, à l'image de la jurisprudence récente de la Cour de Cassation<sup>3</sup>, opère un « *retour dans le passé* »<sup>4</sup> qui interpelle en ce qu'elle pose à nouveau la question du critère de qualification du non-professionnel.

**2** – Les faits ayant conduit à cet arrêt sont des plus commodes. Une société à responsabilité limitée (SARL) a conclu avec une société civile de moyens (SCM), constituée par des masseurs-kinésithérapeutes, un contrat de prestation de service d'entretien des locaux exploités par cette dernière. Ce contrat, qui comportait à l'évidence une clause de tacite reconduction, a été exécuté par les parties pendant 5 ans. Des difficultés d'exécution étant apparues, la société civile a manifesté son intention de résilier le contrat à son cocontractant qui, en réponse, l'a mise en demeure de respecter les stipulations contractuelles jusqu'au terme du contrat. Cette mise en demeure étant restée sans effet, la société commerciale a assigné sa cliente en exécution forcée devant le tribunal d'instance. Ayant succombé, la société civile de moyens (SCM) a interjeté appel de ce jugement. Elle prétendait, d'une part, à la qualité de consommateur afin de bénéficier des dispositions du Code de la consommation relatives aux contrats à tacite reconduction et aux clauses abusives et, d'autre part, excipait l'exception d'inexécution pour justifier sa mauvaise exécution.

**3** – La Cour d'appel devait donc déterminer si l'appelante, personne morale, entrait dans le champ d'application personnel du Code de la consommation. Dans cette perspective, la Cour répond en deux temps. D'abord, et à juste titre, elle dénie à la SCM la qualité de consommateur, notion réservée aux personnes physiques<sup>5</sup>. Mais, celle-ci pouvait encore bénéficier de la protection consumériste si la qualité de non-professionnel lui était reconnue. Pour ce faire, la Cour d'appel devait se demander, au regard de l'article liminaire du Code de

---

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 24 janvier 1995, n°92-18.227, *Bull. civ.*, 1995, I, p. 38 ; *D.* 1995, p.327, note G. Paisant ; *RTD civ.* 1995, p.360, obs. J. Mestre.

<sup>2</sup> « *On entend par non-professionnel : toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles* » ; Ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation, *JORF* n°0064, 16 mars 2014 ; L. n° 2017-203 du 21 février 2017 ratifiant l'ordonnance du 14 mars 2016 préc., *JORF* n°0045, 22 février 2017.

<sup>3</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 17 octobre 2019, n° 18-18.469, *D.* 2019, p.2331, note S. Tisseyre ; *JCP G*, 2019, p. 1259-1260, note G. Paisant ; Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 7 novembre 2019, n°18-23.259, *JCP E*, 2020, p. 1002, note R. Loir ; *AJ contrat*, 2020, p. 37, Y. Picod.

<sup>4</sup> R. Loir, note ss. Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 7 novembre 2019, n°18-23.259, *préc.*

<sup>5</sup> CJCE, 22 novembre 2001, *D.* 2002, p.90, obs. C. Rondey ; *RTD com.*, 2002, p.404, obs. M. Luby.



la consommation, l'appelante, personne morale, avait-elle ou non conclu son contrat d'entretien à des fins professionnelles ?

Cependant, il semble que la Cour n'a pas répondu à cette question dans son arrêt, puisqu'après avoir rappelé, d'une part, que le non-professionnel est « toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles » et, d'autre part, que cette qualité s'apprécie au regard de l'activité de la personne morale et non de celle de ses représentants<sup>1</sup>, elle affirme : « que si ce contrat d'entretien est exercé au sein du cabinet K... A..., il n'est pas en rapport direct avec l'activité professionnelle de la SCM K... A... consistant à prodiguer des soins médicaux aux patients ».

4 – La société civile K... A... est donc non-professionnel parce que le contrat qu'elle a conclu n'est pas en rapport direct avec son activité professionnelle. Autrement dit, il ne s'inscrit pas dans le cadre de son objet social. Juridiquement, cette décision surprend dès lors que le critère du rapport direct a cédé face à celui de la finalité professionnelle du contrat, plus précis, qui refuse la protection aux des actes qui ne font certes pas partie du cœur de l'activité du professionnel mais y participe. La décision s'explique néanmoins au regard du contexte. Depuis 2016, la doctrine pointe les flottements de la Cour de Cassation concernant le critère de qualification du non-professionnel, allant jusqu'à exhumer la critère subjectif et extensif de la compétence<sup>2</sup>. Le critère du rapport direct a, quant à lui, été clairement visé par la Cour de Cassation dans un arrêt du 17 octobre 2019, dans lequel les juges du palais de l'horloge reconnaissent la qualité de non-professionnel à une SCI<sup>3</sup>. Dès lors, par son arrêt, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence se conforme à la nouvelle ligne jurisprudentielle comme l'atteste l'un des motifs de l'arrêt : « [...], il a été réaffirmé qu'une personne morale est un non-professionnel lorsqu'elle conclut un contrat n'ayant pas de rapport direct avec son activité professionnelle ».

Cet alignement de la Cour d'appel en faveur d'une interprétation *contra legem* ne peut qu'être condamné. Par ailleurs, si le simple recours au critère prétorien est en lui-même critiquable, son maniement différencié l'est en encore plus en l'espèce. Pour s'en rendre compte, il faut se remémorer l'arrêt du 24 janvier 1995 qui a consacré le critère du rapport direct. En effet, pour refuser la protection du droit de la consommation à un professionnel de l'imprimerie ayant conclu un contrat de fourniture d'électricité avec EDF, la Cour de Cassation affirmait que les dispositions de ce droit ne s'appliquaient pas « aux contrats de fournitures de biens ou de services qui ont un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par le cocontractant »<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 17 octobre 2019, n° 18-18.469, *JCP G*, 2019, p.1259-1260, note G. Paisant.

<sup>2</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 7 novembre 2019, n°18-23.259, *JCP E*, 2020, p.1002, note R. Loir ; *AJ contrat*, 2020, p.37, note Y. Picod.

<sup>3</sup> Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 17 octobre 2019, n° 18-18.469, *préc.*

<sup>4</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 24 janvier 1995, *préc.*

Même en appliquant le critère du rapport direct, la SCM ne pouvait donc prétendre à la qualité de non-professionnel puisque puisqu'on n'imagine pas qu'elle puisse exercer son activité de dispensation de soin dans un local non entretenu<sup>1</sup>. Dès lors, il faut admettre avec un auteur que derrière le critère du rapport direct se cache celui de la compétence auquel la Cour avait pourtant tourné le dos avec cet arrêt de principe<sup>2</sup>. Cette jurisprudence inopportune illustre par ailleurs la finesse du critère légal par rapport au critère prétorien<sup>3</sup> qui permet des « *pirouettes* ». En effet, en appliquant le critère légal, la Cour d'appel de Versailles a par exemple refusé à une SCM la protection du même article L. 136-1 en considérant qu'elle avait conclu le contrat en cause à des fins professionnelles<sup>4</sup>.

La jurisprudence est désormais très éloignée de l'objectif poursuivi par le législateur. La notion devait s'appliquer aux seules « *personnes morales agissant à des fins non professionnelles ou dépourvues d'activité lucrative afin de leur permettre de bénéficier de la protection du Code de la consommation au même titre que le consommateur, personne physique* » à l'instar des comités d'entreprises<sup>5</sup>, d'associations<sup>6</sup> ou de syndicat de copropriétaires<sup>7</sup>. On ne peut que s'interroger sur les raisons de cet élargissement de la notion de non-professionnel. On aurait pu penser au caractère civil des sociétés en cause dans les différentes affaires, étant rappelé que les sociétés commerciales ne peuvent revendiquer cette qualité<sup>8</sup>. Cependant, dans d'autres espèces où des SCI prétendaient à cette qualité, la même Cour d'appel d'Aix-en-Provence a appliqué le critère légal<sup>9</sup>. Gageons que ce retour à l'orthodoxie perdure.

**5** – Ayant reconnu la qualité de non-professionnel à la SCM et constaté que le professionnel, la SARL, ne rapportait pas la preuve d'avoir informé par écrit son cocontractant sur sa faculté de ne pas reconduire le contrat conformément à l'ancien article L. 136-1 devenu L. 215-1 du Code de la consommation, la Cour d'appel admet la régularité de la résiliation du contrat d'entretien.

**6** – La Cour d'appel s'est ensuite prononcée sur le caractère abusif de la clause de rupture du contrat litigieux allégué par l'appelante. Confrontée à une

---

<sup>1</sup> CA Aix, 3 juin 2021, n°219, *Juris-data* n°17/13999.

<sup>2</sup> Y. Picod, note sous Cass. 3<sup>ème</sup> civ., 17 octobre 2019, *AJ contrat*, 2019, p.546.

<sup>3</sup> Cass. com., 16 février 2016, n° 14-25.146, *Bull. civ.*, 2016 n° 845, IV, p. 974 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 15 juin 2016, *préc.* ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 5 juillet 2017, n°16-20.748, *D.* 2017, p.436, note N. Picod.

<sup>4</sup> CA Versailles, 23 novembre 2017, *Juris-data* n°15/07332.

<sup>5</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 15 juin 2016, *préc.*; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 5 juillet 2017, *préc.*

<sup>6</sup> CA Aix, 28 juin 2018, n°207, *Juris-data* n°16/15950.

<sup>7</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 29 mars 2017, n° 16-10.007, *D.* 2018, p.583, obs. H. Aubry.

<sup>8</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 11 décembre 2008, n° 07-18.128, *JCP G*, 2009, p.1278, note G. Raymond.

<sup>9</sup> CA Aix, 1-9<sup>ème</sup> ch., 9 septembre 2021, *Juris-data* n°20/10819 ; CA Aix, 3-3<sup>ème</sup> ch. 16 décembre 2021, *Juris-data* n°19/06370.

situation peu courante, la Cour d'appel considère qu'« à défaut pour la SCM K... A... de verser aux débats le contrat liant les parties, le caractère abusif des clauses le composant n'est pas établi ». Mais, on ne peut s'empêcher de s'interroger sur cette solution qui suggère que les clauses abusives ne sont présentes que dans les contrats solennels, puisque la caractérisation du déséquilibre significatif crée par une clause implique la production du contrat. Ce qui exclut *ipso facto* le contrat verbal, alors l'article L. 212-1 du Code de la consommation s'applique indistinctement à tous les contrats sans opérer aucune distinction<sup>1</sup>. La solution pourrait se comprendre dès lors que selon le même article le juge apprécie le caractère abusif d'une clause en se référant notamment à toutes les clauses dudit contrat. Ce qui importe c'est d'établir le contenu des clauses et à ce titre l'écrit n'est pas l'unique moyen. Si la Cour a pu juger du renouvellement et de la résiliation unilatérale du contrat sans le contrat, c'eût été aussi possible pour le caractère abusif d'une clause sauf à conclure à son inexistence faute de preuve.

7 – L'arrêt délivre un dernier enseignement relatif à l'articulation du droit spécial et du droit commun puisque l'appelante excipait l'exception d'inexécution prévue à l'article 1217 du Code civil. La Cour relève que « si la SCM K... A... démontre des manquements et inexécutions répétés, (...) il n'apparaît pas nécessaire d'invoquer la protection du droit commun en présence de celle du droit de la consommation ».

8 – En définitive, les arguments du plaideur étaient habiles. La solution qui prête le flanc à la critique a néanmoins le mérite de mettre en exergue les limites des définitions terminologiques<sup>2</sup> et de nourrir la controverse qui n'est effectivement jamais close<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> G. Raymond, *Droit de la consommation*, Paris, Lexisnexis, 2019, p.373.

<sup>2</sup> G. Cornu, « Les définitions dans la loi », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, 1981, p.77 s.

<sup>3</sup> C. Atias, *De la difficulté contemporaine à penser en droit*, PUAM, 2016, p.26.

## Droit économique / Droit de la concurrence / Concurrence déloyale

### L'acceptation de la concurrence déloyale ?

ORIANE LAGANIER

Étudiante en Master II droit civil et droit international privé à l'Université d'Aix-Marseille  
[Orianelaganier@yahoo.fr](mailto:Orianelaganier@yahoo.fr)

Droit de la concurrence / Concurrence déloyale (non) / Édition de livres / Dénigrement du concurrent (non) / Campagne d'affichage / Reprise d'une citation d'un critique littéraire / Citation incitant à ne plus lire un auteur pour en découvrir un autre / Confusion dans l'esprit du consommateur (non) / Exercice du droit de citation / Volonté de nuire au concurrent (non) / Parasitisme (non) / Liberté d'expression (oui) / Droit privatif sur le nom de l'auteur cité (non).

CA Aix, ch. 3-1, 4 février 2021, n° 17/11633, *Juris-data* n° 2021-017056

Président : P. Calloch

Conseillers : B. Fohlen ; MC Berquet

Avocats : Me Martine D., SCP D. M & J assistée de Me Franck B. ; Me Pierre-Yves L., SELARL LEXAVOUE B. C. I. assisté de Me Christophe B.

*Résumé : L'utilisation de critiques littéraires, aux fins de comparer des ouvrages et auteurs édités par une société concurrente, ne peut être reconnue comme un acte de concurrence déloyale dont l'action repose sur l'article 1240 du Code civil. Est alors écarté tout dénigrement dès lors que l'éditeur concurrent n'a fait qu'user de son droit de citation, procédé courant. Il en est de même du parasitisme, l'éditeur concurrent ne pouvant revendiquer un droit exclusif à l'utilisation du nom de l'auteur publié.*

**Observation : 1-** Alors que le principe de libre concurrence est prédominant en matière publicitaire, tous les moyens utilisés pour se constituer une clientèle ne sauraient être admis.<sup>1</sup> Telle ne paraît pourtant pas être la logique suivie par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence dans cet arrêt du 4 février 2021 qui, habilement, semble outrepasser la limite de la concurrence déloyale.

**3-** Fondée sur l'article 1240 du Code civil, cette dernière est une des limites au principe de libre concurrence<sup>2</sup> et peut être admise toutes les fois qu'une entreprise cherche à profiter de la réputation d'autrui de manière illégitime.

<sup>1</sup> D. Legeais, « Concurrence déloyale et parasitaire », *J.-Cl. Com.*, 2021, fasc. 254.

<sup>2</sup> Cass. com., 10 mars 1987, n°85-15.412, *Inédit*, *D.* 1987. Somm. 499, note J.-L. Aubert.

Parasitisme, désorganisation, dénigrement ou encore imitation, sont les quatre agissements fautifs constituant cette incorrection. Cependant, seuls le parasitisme et le dénigrement seront mentionnés ci-après et feront l'objet d'une attention particulière, étant l'objet de la présente affaire.

2- En l'espèce, la société Acte Sud, éditeur, publiait la série policière à succès *Millénium* ainsi que plusieurs ouvrages de la renommée Camilla Läckberg. Parallèlement, afin d'assurer la promotion des ouvrages publiés par elle, la société Albin Michel, éditeur concurrent, a fait inscrire sur des affiches publicitaires et sur le bandeau d'une couverture d'un livre, les messages tirés de citations « *Oubliez Millénium, la nouvelle star du polar scandinave se nomme Adler-Olsen* », et « *Grand rivale de Camilla Läckberg, Viveca Sten a tout pour être la nouvelle reine du polar* ». Estimant être victime de dénigrement et de parasitisme, Acte sud assigne Albin Michel devant le tribunal de commerce. Celui-ci retient à l'encontre de la société Albin Michel lesdits actes de concurrence déloyale. Cette dernière interjette appel de la décision faisant valoir, d'une part, que les actes de parasitismes caractérisés par les juges du fond n'étaient pas suffisamment motivés, alors même que l'utilisation d'une référence culturelle pour promouvoir un livre est une pratique courante relevant de la liberté d'expression. Elle relève, d'autre part, que les propos litigieux n'étaient nullement dénigrants, d'autant que la société Acte Sud n'était pas mentionnée dans les messages. Elle invoque également l'irrecevabilité des demandes de la société Acte Sud qui, selon elle, n'avait pas d'intérêt à agir. La société Acte Sud fait valoir, quant à elle, qu'Albin Michel a fait preuve de parasitisme en tentant de profiter de ses efforts et de son succès en matière d'édition et en créant une confusion dans l'esprit des lecteurs, ainsi que de dénigrement en présentant ses ouvrages comme dépassés et de moindre intérêt. La Cour d'appel a donc dû se prononcer sur la possibilité, pour une société d'édition, d'utiliser des critiques littéraires afin de comparer ses ouvrages à d'autres édités par une société concurrente, sans que cela soit considéré comme dénigrant et parasitaire. C'est ainsi qu'elle a infirmé la solution du tribunal de commerce, en commençant par rejeter la fin de non-recevoir tirée du défaut de qualité à agir de la société Acte Sud, qui ne fait pas débat en l'espèce et n'a pas lieu d'être détaillée. Elle reconnaît ensuite que des critiques littéraires peuvent être utilisées pour comparer des ouvrages grâce au droit de citation. Ainsi le dénigrement ne peut être reconnu par le seul usage de ce droit, procédé courant qui ne peut suffire à dissuader un lecteur d'acheter une des œuvres litigieuses. De surcroît, les juges affirment que l'intention de nuire de l'éditeur l'utilisant ne peut se déduire de la comparaison faite par les critiques entre deux œuvres ou deux auteures rivales. Ils reconnaissent enfin que le parasitisme ou le détournement de clientèle ne peuvent être retenus à l'égard de la société Albin Michel. En effet, une maison d'édition ne pourrait revendiquer un droit exclusif à l'utilisation du nom de l'auteur publié par elle et interdire toute citation. La

solution de la Cour d'appel semble claire. Pourtant celle-ci peut être nuancée, voire même discutée. Il convient en effet de revenir sur les deux griefs invoqués par Acte Sud mais rejetés par la Cour d'appel, le dénigrement et le parasitisme.

**5- Quant au dénigrement.** Solution étonnante que celle retenue par la Cour d'appel. En effet, pour qu'il y ait dénigrement celle-ci énonce, et confirme ainsi une définition bien établie<sup>1</sup>, qu'une société doit chercher à détourner la clientèle de la société concurrente. En l'espèce, la Cour d'appel admet qu'« *il ne peut être contesté que cette injonction adressée à des lecteurs potentiels vise à détourner ceux-ci [les lecteurs] de la lecture d'une série d'œuvres publiées par les éditions Actes Sud* ». Pour autant, elle refuse de reconnaître tout acte de dénigrement. Comment la Cour peut-elle définir le dénigrement, en constater les éléments caractéristiques, mais refuser d'en admettre la notion même ? Les raisons de ce rejet ne semblent pas plus satisfaisantes. En premier lieu, la Cour relève que la phrase litigieuse est tirée d'une citation de magazine qui est une pratique courante en matière publicitaire relevant du droit de citation. Mais en réalité il importe moins d'identifier l'auteur des propos (comme dans les contentieux portant sur les droits d'auteurs<sup>2</sup>), que de constater l'utilisation qu'en fait la société Albin Michel. En effet, jouir de son droit de citation n'autorise pas l'auteur de la publicité à outre passer les limites de la loyauté commerciale. Ainsi, tant qu'une partie l'utilise aux fins de détourner le lecteur, le dénigrement devrait pouvoir être reconnu. La Cour ajoute que l'intention de nuire de la part d'Albin Michel ne peut se déduire des faits relatés. Or, cette intention n'est pas fixée en condition de fond pour reconnaître un acte de concurrence déloyale.<sup>3</sup> Cette motivation ne peut donc justifier le rejet du dénigrement. En second lieu, la Cour d'appel indique que le lecteur est tout à fait capable de comprendre le caractère promotionnel des messages litigieux, et ne peut être dissuadé d'acheter les ouvrages édités par Acte Sud. Elle reconnaissait pourtant, dans ses premières allégations, que ces messages visaient à « *détourner ceux-ci* ». Le détournement et la dissuasion n'ont-ils pas la même finalité ? La réponse est évidemment positive... Elle ajoute que le message du bandeau publicitaire porte sur la notoriété des auteures comparées et non sur les œuvres proposées. Il est vrai que pour les juges, le dénigrement ne porte pas sur la personne contrairement à la diffamation<sup>4</sup>. Cependant, ils reconnaissent eux même que les ouvrages en question « *sont des œuvres de l'esprit, et donc des créations qui*

---

<sup>1</sup> CA Versailles, 9 septembre 1999, *D. 2000*. Som. 311, obs. Y. Serra.

<sup>2</sup> M. Malaurie-Vignal, « Peut-on dénigrer et parasiter une œuvre littéraire ? », *Contrats, conc., consom.*, n° 4, Avril 2021, comm. 59.

<sup>3</sup> Cass. com. 29 janvier 2002, n° 99-18.213, *Inédit, Juris-data* n° 2002-012889 – Cass. Com. 16 janvier 2001, n° 98-23.101, *Inédit, Juris-data* n° 2001-007844, *LPA* 17 juillet 2001, n° 141, p. 25, note L. Etner ; *D. 2006*, p. 2923, obs. Y. Picod.

<sup>4</sup> Cass. Com., 10 février 2021, n° 18-24.302, *Inédit, Juris-data* n° 2021-001720, *Contrats, conc., consom.* 2021, comm. 58, obs. M. Malaurie-Vignal.

*manifestent la personnalité de leur auteur*». Autrement dit, le livre est le reflet de son auteur : critiquer un auteur revient à critiquer son œuvre. Le dénigrement peut dès lors être invoqué. Enfin, la liberté d'expression, droit fondamental reconnu par l'article 10 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, est par ailleurs invoquée par la Cour qui insiste sur son utilité au cas d'espèce, le produit visé étant une œuvre de l'esprit. Cependant, et fort heureusement, des limites, quoique limitées et proportionnées au but poursuivi, existent à « *l'art publicitaire* »<sup>1</sup>. Ainsi la Cour de Cassation rappelle régulièrement que la liberté d'expression ne peut être invoquée pour échapper à toute condamnation de dénigrement qu'en présence d'une information se rapportant à un sujet d'intérêt général<sup>2</sup>. Il est incontestable qu'en l'espèce, le débat n'est nullement d'intérêt général. Ce principe européen n'aurait donc même pas dû être mentionné. Dans une société où cette notion fait débat, son utilisation mérite pourtant la plus grande précaution.

**6- Quant au parasitisme.** Nous ne contredirons pas la Cour d'appel sur ce point, « *La notoriété d'un auteur ne confère cependant pas à son éditeur un droit exclusif de son nom et ne peut avoir pour conséquence d'interdire toute comparaison entre cet auteur et un autre.* » Mais était-ce vraiment ce que contestait Acte Sud ? En effet ce n'est non la citation en elle-même qu'elle revendiquait, mais le fait que par celle-ci Albin Michel cherchait à dévaloriser ses ouvrages. La loi même nous informe que « *la publicité comparative ne peut : Tirer indûment profit de la notoriété attachée à une marque de produits ou de services, à un nom commercial, à d'autres signes distinctifs d'un concurrent [...]* »<sup>3</sup>. Or, est mentionnée la publicité comparative au sens général, y compris donc celle issue de critiques littéraires. La jurisprudence reconnaît que l'essentiel est, pour toutes publications, de vérifier si la comparaison est ou non parasitaire<sup>4</sup>. Contrairement à ce qu'allègue les juges, en utilisant le nom d'auteurs et d'ouvrages dont la notoriété est établie, et en le rapprochant de ses propres ouvrages, Albin Michel a clairement tenté de se placer dans le sillage de l'auteur. En effet, les œuvres publiées par Albin Michel n'ont pas la notoriété dont bénéficient les ouvrages litigieux. Les comparer à de telles œuvres n'aura donc d'autres effets que d'attirer le lecteur et de leur prêter une réputation qui ne leur appartient pas. De surcroît récemment la jurisprudence a reconnu des actes de parasitisme lorsque deux auteurs sont associés pour assurer la promotion de

---

<sup>1</sup> M. Pontoise, *Le dénigrement en publicité*, Mémoire de mars 2007, M2 Droit de la communication, <https://www.memoireonline.com/03/07/400/le-denigrement-publicitaire.html>

<sup>2</sup> Cass. com., 4 mars 2020, n° 18-15.651, publié au Bulletin, *Juris-data* n° 2020-003103 – Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 11 juillet 2018, n° 17-21.467, *Bull.* 2018, I, n° 136, *Juris-data* n° 2018-012333.

<sup>3</sup> M. Malaurie-Vignal, *op. cit.*

<sup>4</sup> CA Versailles, 10 septembre 1998, n° 1995-2861, *J.-Cl.* 2020, *fasc.* 796, n°16, obs. L. Arcelin.

l'un deux, non encore connu.<sup>1</sup> N'est-ce pas clairement le cas en l'espèce ? On comprend donc difficilement comment le parasitisme a pu être écarté et plus largement comment aucun acte de concurrence déloyal n'a pu être reconnu. Dorénavant, où placer le curseur de la concurrence déloyale ? Certes nous sommes dans le cas restreint de la comparaison par des critiques littéraires, mais l'accepter aujourd'hui ne peut qu'ouvrir la porte à l'accepter dans d'autres situations. Il est par conséquent fort étonnant qu'aucun pourvoi n'ait été formé.

## Droit civil / Procédure civile et voie d'exécution / Double déclaration d'appel / Irrecevabilité

**Irrecevabilité d'un second appel et responsabilité civile professionnelle de l'avocat : défaut d'intérêt à agir avant la caducité du premier appel nonobstant l'abandon d'un chef de critique.**

MARGAUX LENOIR

*Étudiante à l'Institut des assurances à l'Université d'Aix-Marseille  
Master 2 Contentieux de la responsabilité et de l'indemnisation  
margaux.lenoir@etu.univ-amu.fr*

Procédure civile / Procédure d'appel / Double déclaration d'appel / Irrecevabilité / Défaut d'intérêt à agir / Responsabilité civile professionnelle de l'avocat / Conseiller de la mise en état / Caducité / Mise en état / Déféré / Ordonnance d'incident / Jugement au fond / Abandon de la critique d'un chef de jugement

**CA Aix-en-Provence, Chambre 1-1, 19 octobre 2021, n° 365, *Juris-data*  
n° 2021-016576**

Président : O. Brue

Avocats : Me P. Zecchini ; Me R. Palacci, Me A. Fontana

*Résumé : Une seconde déclaration d'appel est déclarée irrecevable, pour défaut d'intérêt à agir des appelants, lorsqu'elle est interjetée avant le prononcé de la caducité de la première, quand bien même elle a pour objet la régularisation de la première déclaration en abandonnant la critique d'un chef de jugement.*

**Observations : 1-** Selon l'adage « *appel sur appel ne vaut* » il ne peut être interjeté appel une seconde fois à l'encontre de la même décision.

---

<sup>1</sup> Cass. com., 10 juillet 2018, n° 16-23.694, *Bull. civ.*, 2018, IV, n° 87, *Juris-data* n° 2018-012451, *Contrats, conc., consom.*, 2018, comm. 173, *obs.* M. Malaurie-Vignal.



La Cour de Cassation a néanmoins nuancé ce propos en indiquant qu'« *une nouvelle déclaration d'appel peut être déposée après le prononcé de la caducité d'une première déclaration dès lors que le délai d'appel qui court à compter de la notification du jugement n'est pas expiré et que d'autre part, la décision de caducité n'avait d'autorité qu'à l'égard du premier appel* ».<sup>1</sup>

2— La Cour d'appel d'Aix-en-Provence s'est prononcée sur la recevabilité d'une seconde déclaration d'appel interjetée alors que l'instance du premier appel était toujours pendante devant la Cour. Dans cette affaire, la seconde déclaration d'appel abandonnait la critique d'un chef de jugement énoncée dans la première déclaration.

En effet, les défendeurs avaient interjeté appel à l'encontre, à la fois d'un jugement au fond, et d'une ordonnance du juge de la mise en état qui statuait sur une exception d'incompétence.

Puis, choisissant d'abandonner toute contestation de cette ordonnance rendue par le juge de la mise en état, les défendeurs interjetaient appel une seconde fois à l'égard du seul jugement au fond, se désistant ainsi de la critique de l'ordonnance rendue par le juge de la mise en état.

Dans le cadre de la première déclaration d'appel, les défendeurs n'avaient volontairement pas conclu dans le délai de trois mois imposé par l'article 908 du Code de procédure civile. Ainsi, une ordonnance de caducité portant sur la première déclaration d'appel a été rendue après la seconde déclaration d'appel.

3— Par conclusions d'incident, l'intimé soulevait l'irrecevabilité de la deuxième déclaration d'appel pour défaut d'intérêt à agir sur le fondement de l'article 911-1 du Code de procédure civile<sup>2</sup>, lequel indique en son alinéa 3 que « *la partie dont la déclaration d'appel a été frappée de caducité en application des articles 902, 905-1, 905-2 ou 908 ou dont l'appel a été déclaré irrecevable n'est plus recevable à former un appel principal contre le même jugement et à l'égard de la même partie* ».

En effet, l'intimé considérait que, dès lors que la Cour d'appel était régulièrement saisie d'un appel dont la caducité n'avait pas été prononcée, un second appel formé à l'encontre du même jugement et des mêmes parties était irrecevable en ce que les appelants n'avaient pas d'intérêt à agir, peu important que la seconde déclaration d'appel abandonnait la critique d'un chef de jugement. Les deux déclarations visant toutes deux le jugement au fond ce dernier était alors frappé de deux appels différents, enrôlés sous deux numéros de rôle différents ce qui posait nécessairement une difficulté.

Selon une ordonnance d'incident du conseiller de la mise en état, le second appel a été déclaré irrecevable pour défaut d'intérêt à agir des appelants en se

<sup>1</sup> Cass., 2<sup>ème</sup> civ, 22 septembre 2016, n°15-14.431, *Inédit*.

<sup>2</sup> Issu du décret n°2017-891 du 6 mai 2017 relatif aux exceptions d'incompétence et à l'appel en matière civile, *JORF* n°0109 du 10 mai 2017.

fondant sur la même argumentation que celle développée par l'intimé. Il a en effet été jugé que la caducité du premier appel n'ayant pas encore été prononcée lorsque le second appel a été interjeté, et peu important que la première déclaration d'appel portait au surplus sur la décision du juge de la mise en état, les appelants n'avaient pas d'intérêt à agir pour interjeter appel une seconde fois.

Les appelants formulaient alors une requête en déferé<sup>1</sup> aux fins de réformation de l'ordonnance d'incident déclarant leur second appel irrecevable.

Ces derniers considéraient avoir un intérêt à agir en ce que la deuxième déclaration d'appel ne portait plus que sur le seul jugement au fond et qu'elle n'avait pas pour objet de « contourner » la précédente expiration d'un délai. Dès lors leur déclaration d'appel ne pouvait être déclarée irrecevable.

Selon eux, c'est seulement dans l'hypothèse où une deuxième déclaration d'appel, strictement identique à la première, était interjetée avec l'objectif de contourner un délai expiré que devait être prononcée l'irrecevabilité de la deuxième déclaration d'appel pour défaut d'intérêt à agir.

4— La question posée à la Cour était la suivante : une seconde déclaration d'appel portant sur le même jugement au fond et à l'encontre des mêmes parties, mais renonçant à contester l'ordonnance du juge de la mise en état, est-elle recevable alors même qu'elle est interjetée avant le prononcé de la caducité de la première déclaration ?

5— La Cour d'appel vient répondre par la négative à cette question en indiquant que « la seconde déclaration d'appel concerne les mêmes parties et le jugement déjà visé par la première, de sorte que le jugement sur le fond a été frappé de deux appels successifs ».

La Cour ajoute également que « la circonstance que le premier appel formé ait porté au surplus sur la décision du juge de la mise en état était inopérant à cet égard ».

Ainsi, la Cour décide que « le premier appel n'avait pas encore été déclaré caduc au moment du second appel, le second appel est irrecevable faute d'intérêt à agir tant que la caducité du premier appel n'a pas été prononcée et que l'instance initiée par le premier appel est encore pendante ». Dès lors, l'ordonnance du conseiller de la mise en état déclarant le second appel irrecevable doit être confirmée en toutes ses dispositions.

6— La Cour d'appel vient ici rappeler un principe déjà posé par la Cour de Cassation selon lequel dès lors que la cour est régulièrement saisie d'un appel dont la caducité n'a pas été constatée, un second appel formé à l'encontre d'un même jugement et des mêmes parties est irrecevable pour défaut d'intérêt à agir des appelants<sup>2</sup>, et ce, peu important que la seconde déclaration d'appel ait pour

---

<sup>1</sup> La requête en déferé est un acte procédural par lequel une partie, lors d'une instance pendante devant la cour d'appel, souhaite contester une ordonnance rendue par le conseiller de la mise en état et elle a ainsi pour but de faire rejurer l'incident par une autre chambre de la cour d'appel en formation collégiale.

<sup>2</sup> Cass. 2<sup>ème</sup> civ, 11 mai 2017, n°16-18.464, Bull. 2017, II, n°95, Juris-data n° 2017-008840.

objet de régulariser la première en abandonnant la critique d'un chef de jugement.

Dans cette affaire ayant donné lieu à l'arrêt commenté, les appelants sont privés d'un second degré de juridiction suite à une mauvaise application de la procédure d'appel par leur conseil.

Depuis le décret *Magendie* du 9 décembre 2009<sup>1</sup> applicable au 1er janvier 2011, l'appelant n'a plus que trois mois pour déposer ses conclusions à compter de la déclaration d'appel, à défaut la caducité de la déclaration d'appel est relevée d'office.

En l'espèce, les appelants auraient alors dû conclure dans le délai de trois mois dans le cadre de leur première déclaration d'appel pour ne pas se voir opposer la caducité de leur première déclaration d'appel.

Or, en ne respectant pas ce délai de trois mois et en interjetant appel une seconde fois pendant le délai laissé pour conclure, le conseil des appelants engage sa responsabilité civile professionnelle à l'égard de ses clients en ne réalisant pas les diligences nécessaires dans le cadre de cette première déclaration d'appel.

Il aurait été ici opportun pour les appelants de régulariser leur première déclaration d'appel, en se désistant par voie de conclusions notifiées dans le délai *Magendie* de l'appel formé à l'encontre de l'ordonnance du juge de la mise en état, plutôt que de tenter une régularisation en interjetant appel une seconde fois.

En effet, on ne peut régulariser un appel en interjetant appel une seconde fois.

Dès lors, les appelants auraient dû se désister d'une partie leur premier appel par le biais de conclusions aux fins de désistement partiel, notifiées dans le délai de trois mois à compter de leur première déclaration d'appel.

Il n'était nullement nécessaire d'interjeter appel une seconde fois.

Les appelants avaient également la possibilité de se désister totalement de leur premier appel, par le biais de conclusions aux fins de désistement notifiées dans le délai de trois mois, puis, une fois le désistement constaté, d'interjeter appel une seconde fois sur le jugement au fond si le délai pour interjeter appel n'est pas expiré<sup>2</sup>.

Si les appelants avaient régularisé par voie de conclusions de désistements dans le délai de trois mois, la seconde déclaration d'appel portant sur le jugement

---

<sup>1</sup> Décret n° 2009-1524 du 9 décembre 2009 relatif à la procédure d'appel avec représentation obligatoire en matière civile, *JORF* n°0287 du 11 décembre 2009.

<sup>2</sup> Pour rappel, le délai pour interjeter appel est d'un mois à compter de la signification notification du jugement, à défaut de signification notification ce délai est de 2 ans à compter du prononcé du jugement sur le fondement de l'article 528-1 du Code de procédure civile.

au fond, sous réserve que le délai pour faire appel n'était pas expirée, aurait été recevable.

En effet, dans cette hypothèse, la caducité du premier appel n'ayant pas été constatée, les parties auraient pu relever appel une seconde fois, les dispositions de l'article 911-1 alinéa 3 du Code de procédure civile n'étant ici pas applicable.

## Droit civil / Droit de la famille / Séparation / Résidence habituelle de l'enfant / Saisine du juge

**Conflit de compétence entre le JAF et le juge des enfants : nouvelle ligne de démarcation !**

VINCENT MARTEAU

Etudiant en master 2 droit civil et droit international privé à Aix-Marseille Université

Laboratoire de droit privé et sciences criminelles

[marteauv@outlook.fr](mailto:marteauv@outlook.fr)

Contentieux familial / Juges des enfants / JAF / Pouvoirs respectifs / Mesure de placement / Compétence concurrente / Saisine en référé / Urgence / Divorce / Droit de visite médiatisé / fait nouveau / Assistance éducative / bref délai / revirement de jurisprudence

**Cass. 1<sup>er</sup> civ., 20 octobre 2021, n° 19-26.152, FS-B+R, *Juris-data* n° 2021-016675 ; Sur pourvoi Aix-en-Provence, Chambre spéciale des mineurs 2-5, 30 octobre 2019**

Président : P. Chauvin

Avocats aux Conseils : SCP Waquet, Farge et Hazan

*Le juge aux affaires familiales ayant statué sur le droit de résidence habituelle, d'hébergement et de visite d'un enfant, le juge des enfants ultérieurement saisi, ne peut réaménager ce droit qu'en la présence de deux conditions cumulatives. D'une part, un fait nouveau de nature à entraîner un danger pour le mineur doit s'être révélé postérieurement à la décision du premier juge. D'autre part, une décision de placement de l'enfant doit être prise au sens de l'article 375-3 du Code civil. Si ces conditions sont réunies, le réaménagement du droit de résidence habituelle ne peut conduire le juge des enfants à placer l'enfant au domicile du parent chez lequel le juge aux affaires familiales (JAF) avait déjà fixé la résidence.*

**Observation : 1-** La compétence des magistrats amenés à se prononcer en matière de contentieux afférant à l'organisation des modalités de vie de l'enfant peut s'avérer tortueuse à déterminer. L'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de Cassation le 20 octobre 2021 met en exergue cette problématique résultant du fait que les sphères de compétences respectives du JAF et du juge des enfants s'avèrent dans certaines hypothèses inextricablement

concurrentes. Cette décision opère une distinction bienvenue entre les compétences respectives de ces deux juges.

En effet, le risque d'entrecroisement des compétences du JAF et du juge des enfants est loin d'être inexistant et le critère classiquement retenu de danger auquel est exposé le mineur<sup>1</sup> démontre parfois son inefficacité<sup>2</sup>. La thématique n'est pas étrangère à la doctrine qui a pu émettre d'éloquents critiques au sujet de cet entrelacement de compétences<sup>3</sup>. Ainsi, la création empirique des fonctions de juge des enfants puis de celle de JAF a fait naître de véritables «concurrences concurrentes»<sup>4</sup>. On le constate en l'espèce, où l'action commune de ces deux juges a cristallisé un dysfonctionnement procédural que la Cour de Cassation vient sanctionner.

**2-** En l'espèce, le père insatisfait d'un droit d'hébergement et de visite libre qu'avait accordé le JAF à la mère de son enfant, a saisi le juge des enfants, fondant sa compétence sur « *un fait de nature à entraîner un danger pour l'enfant* » (§7). Celui-ci obtiendra du second juge la mise en place d'un droit de visite médiatisé. La mère de l'enfant s'étant pourvue en cassation, la haute juridiction civile a dû répondre à la question de savoir si le juge des enfants est fondé, *de lege lata*, à supplanter la décision du JAF statuant sur les droits de résidence d'un enfant, au seul motif d'un danger pour celui-ci.

La Cour de Cassation avait jusqu'alors validé les détours procéduraux que vont cette fois-ci sanctionner les juges du second degré<sup>5</sup> dont le raisonnement est repris par la Juridiction du Quai de l'Horloge.

Aux termes de l'arrêt commenté cette dernière énonce en effet que c'est à bon droit que la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a jugé que « *le juge aux affaires familiales ayant fixé, lors du jugement de divorce, la résidence habituelle de la mineure au domicile de son père, le juge des enfants n'avait pas le pouvoir de lui confier l'enfant, l'article 375-3 du code civil, ne visant que « l'autre parent », d'autre part, qu'en l'absence de mesure de placement conforme aux dispositions légales, le juge des enfants n'avait pas davantage le pouvoir de statuer sur le droit de visite et d'hébergement du parent chez lequel l'enfant ne résidait pas de manière habituelle* ».

**3-** La Cour de Cassation revient ainsi sur la jurisprudence qu'elle soutenait. Elle avait en effet jugé que, « *lorsqu'un fait de nature à entraîner un danger pour l'enfant*

<sup>1</sup> C. civ., art. 375.

<sup>2</sup> M. Kebir, « Articulation des compétences du juge des enfants et du JAF : revirement de jurisprudence », *Dalloz actualité*, 9 novembre 2021.

<sup>3</sup> J. Hauser, « L'enfant et les trois juges », *RTD civ.* 2004, p°498.

<sup>4</sup> Les termes de « concurrences concurrentes », derrière des airs de pléonasmе, mettent en exergue une réalité concrète en l'espèce. Les juges « en concurrences » sont des juges égaux en compétence à juger ; ces concurrences sont « concurrentes » quand elles s'opposent. Pour une utilisation de ce terme v. H. Muir Watt, « Sanctionner ou circuler ? Les conséquences sur le terrain des effets des jugements de la méconnaissance par le juge second saisi des règles relatives à la litispendance », *RCDIP*, 2019, p°487.

<sup>5</sup> Aix-en-Provence, Chambre spécial des mineurs 2-5, 30 octobre 2019.

*s'était révélé ou était survenu postérieurement à la décision du JAF ayant fixé la résidence habituelle de celui-ci chez l'un des parents et organisé le droit de visite et d'hébergement de l'autre, le juge des enfants, compétent pour tout ce qui concernait l'assistance éducative, pouvait, à ce titre, modifier les modalités d'exercice de ce droit, alors même qu'aucune mesure de placement n'était ordonnée* ». De nombreux arrêts avaient en effet retenus cette solution<sup>1</sup>. Une telle facilité de saisine du juge des enfants a été décriée par la doctrine comme un « *instrument d'instrumentalisation* » de ce juge par les parties<sup>2</sup>. En effet, le conflit de compétence ainsi généré par la Cour de Cassation au motif d' « *un fait de nature à entraîner un danger pour l'enfant* » et en dehors de toute mesure de placement, pouvait permettre à la partie déçue par la décision du JAF d'ourdir une saisine du juge des enfants dans l'espoir d'obtenir une solution plus conforme à ses attentes<sup>3</sup>. Il en résultait un risque de stratégie procédurale délétère susceptible de conduire le juge des enfants à occuper « *le terrain* » du JAF<sup>4</sup>.

Un revirement était nécessaire et la haute Cour l'avoue « *en conférant un pouvoir concurrent aux juges des enfants, quand l'intervention de celui-ci, provisoire, est par principe limitée aux hypothèses où la modification des modalités d'exercice de l'autorité parentale est insuffisante à mettre fin à une situation de danger, la solution retenue jusqu'alors a favorisé les risques d'instrumentalisation de ce juge par les parties* » (§ 9).

4- La Cour de Cassation va dans cet arrêt abandonner sa jurisprudence ancienne et délimiter de manière limpide et motivée le périmètre des compétences respectivement dévolues au JAF et au juge des enfants<sup>5</sup>.

Cette solution peut être mise en perspective avec deux précédents qui ont préparé sa consécration.

Premièrement, il a été jugé que la compétence du juge des enfants demeure attachée aux mesures concernant l'assistance éducative et que le JAF est seul compétent pour statuer sur l'autorité parentale et les modes d'organisation de la vie de l'enfant (résidence et visite). Ainsi, en l'absence du prononcé de mesures éducatives, le juge des enfants ne pouvait fixer la résidence de l'enfant qu'au

---

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 26 janvier 1994, pourvoi n° 91-05.083, *Bull.* 1994, I, n° 32 – Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 10 juillet 1996, pourvoi n° 95-05.027, *Bull.* 1996, I, n° 313.

<sup>2</sup> M. Huyette, *D.* 1994, p°278 « *Le juge des enfants peut imposer des modalités différentes du droit de visite lorsqu'un fait de nature à entraîner un danger pour l'enfant s'est révélé ou est survenu postérieurement au divorce* ».

<sup>3</sup> V. Egea, *Droit de la famille n° 1*, Janvier 2022, comm. 1 « *Il paraît désormais acquis qu'une saisine opportuniste du juge des enfants ne permettra point à un parent, en l'absence de placement, de conquérir sur le terrain du droit de l'assistance éducative ce qu'il n'a point obtenu devant le juge ordinaire de l'autorité parentale* ».

<sup>4</sup> M. Kebir, « *Articulation des compétences du juge des enfants et du JAF : revirement de jurisprudence* », *Dalloz actualité*, 9 novembre 2021.

<sup>5</sup> L. Gebler, *AJ Famille* 2021 p.625.

domicile du parent chez lequel le JAF avait déjà fixé la résidence habituelle de l'enfant<sup>1</sup>.

Dans un second temps, la Cour de Cassation, reconnaissait la faculté pour le JAF d'organiser le mode de vie d'un enfant avec un tiers, parent ou non, sauf à ce que le juge des enfants, ayant pris une mesure d'assistance éducative, prononce un placement<sup>2</sup>. L'examen par la doctrine de cette dernière solution mettait en avant un goût d'inachevé car il n'opérait pas de reconnexion entre le raisonnement adopté aux termes de l'arrêt et les dispositions de l'article 375-5 du Code civil<sup>3</sup>. La Haute Cour décide donc d'opérer un revirement de jurisprudence qui dit son nom. En effet, elle affirme qu'« *Au vu de l'ensemble de ces éléments, il apparaît nécessaire de revenir sur la jurisprudence et de dire qu'il résulte de la combinaison des articles 375-3 et 375-7, alinéa 4, du code civil que, lorsqu'un JAF a statué sur la résidence de l'enfant et fixé le droit de visite et d'hébergement de l'autre parent, le juge des enfants, saisi postérieurement à cette décision, ne peut modifier les modalités du droit de visite et d'hébergement décidé par le JAF [...]* » (§12). Ce « grand arrêt »<sup>4</sup> qui a vocation à être largement diffusé bénéficie par ailleurs de la nouvelle motivation enrichie. Cette attention particulière est un autre indicateur de l'importance que lui reconnaît la Cour de Cassation.

5- La compétence du Juge des enfants redéfinie par la combinaison des articles 375-3 et 375-7 du Code civil prohibe ainsi tout conflit de concurrence avec le JAF. Le juge des enfants ne pourra alors statuer sur les modalités d'organisation de la vie de l'enfant que « *s'il existe une décision de placement de l'enfant au sens de l'article 375-3, laquelle ne peut conduire le juge des enfants à placer l'enfant chez le parent qui dispose déjà d'une décision du JAF fixant la résidence de l'enfant à son domicile* » et si est par ailleurs établi « *un fait nouveau de nature à entraîner un danger pour le mineur (qui) s'est révélé postérieurement à la décision du JAF* ».

6-La compétence du JAF se voit donc consacrée pour la prise de mesures afférentes à la détermination des modalités d'exercice de l'autorité parentale et du mode de vie de l'enfant. Cette affirmation jurisprudentielle, excluant ainsi toute incursion du juge des enfants dans la sphère de compétence du JAF, vient redonner ses lettres d'or aux textes afférant à son office<sup>5</sup>. La prise de mesures concernant la résidence habituelle d'un enfant ainsi que son droit de visite et d'hébergement demeurera donc sa chasse gardée, hors – bien sûr – la réalisation de la double conditions sus-évoquée enclenchant la compétence du juge des enfants.

---

<sup>1</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 14 novembre 2007, n° 06-18.104, publié au *bulletin civ.* I, n° 358.

<sup>2</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 9 juin 2010, n° 09-13.390, publié au *bulletin civ.* I, n° 130.

<sup>3</sup> P. Bonfils et A. Gouttenoire obs. *D.* 2011, p°1995.

<sup>4</sup> V. Egea, *Droit de la famille*, n° 1, Janvier 2022, comm. 1.

<sup>5</sup> Art. L213-3 à L213-4 du Code de l'organisation Judiciaire.

Un tel monopole judiciaire, s'il écarte les risques de stratégie procédurale délétère, n'empêche-t-il pas la saisine efficace, en cas d'urgence, d'un juge compétent ? C'était le sens de la jurisprudence antérieure de la Cour de Cassation qui, connaissant le stock judiciaire qu'accuse l'office des JAF, permettait dans un souci de célérité, de saisir le juge des enfants afin qu'il soit statué promptement. Ce raisonnement abandonné, la Cour de Cassation vient apporter une solution didactique afin qu'il puisse être répondu judiciairement à de telle situation d'urgence, préconisant la saisine du JAF en référé en application des dispositions de l'article 373-2-8 du Code civil. Par ailleurs, ce juge pourra être saisi sur le fondement de l'article 1137 du Code de procédure civile en cas d'urgence dûment justifiée dans le cadre d'un recours « à bref délais », procédure qui n'existait pas au moment des faits d'espèce, mais qui tendra à se généraliser en offrant un meilleur contrôle de l'urgence. En effet, l'assignation à « bref délais » nécessite de caractériser l'urgence au moment de la prise de date contrairement à la procédure de référé dans le cadre de laquelle elle doit être caractérisée au moment de l'audience.

7- Le véritable intérêt de cet arrêt ne réside donc pas tant dans sa solution que dans la manière dont elle est énoncée. En effet, la Cour de Cassation vient uniquement tirer les conséquences de sa jurisprudence en la reconnectant avec les dispositions légales y afférentes. Il convient alors de saluer la didactique dont fait preuve la Haute Cour que met ici en lumière sa nouvelle « rédaction enrichie ».

La légitimité du revirement de jurisprudence qu'elle opère n'en est que plus assurée, aux termes d'un raisonnement marqué par le sceau de la simplification et de la dialectique.



## Droit pénal / Procédure pénale / Contrôle d'identité / Ordre public

Contrôles d'identité de police administrative : les contours incertains d'une nécessaire atteinte à l'ordre public.

THEO CHELO

Étudiant en Master II Droit civil et droit international privé

Aix-Marseille Université

chelo.theo@gmail.com

Article 78-2 du Code de procédure pénale / Contrôle d'identité / Atteinte à l'ordre public / Infraction / Nullité d'un acte de procédure / Contrôle abusif / Libertés individuelles / Liberté de circulation /

CA Aix-en-Provence, Ch. 1-11 RA, 22 juin 2021, n°21/00554

Président : C. Leroi

Avocats : Me Anne-Laure V.

*L'individu suivant et observant un groupe d'élèves pendant une sortie scolaire ne commet pas d'infraction et n'est donc pas susceptible de faire l'objet d'un contrôle d'identité justifié par l'alinéa 2 de l'article 78-2 du Code de procédure pénale. En revanche, il revient au juge du fond d'apprécier souverainement si ce comportement constitue un risque d'atteinte à l'ordre public, justifiant alors le contrôle au sens de l'alinéa 8 de l'article 78-2 du Code de procédure pénale.*

**Observations : 1-** Entre hostilité et admiration, jamais les policiers et leurs pratiques n'auront été si clivants ces dernières années. Ils étaient applaudis au lendemain d'attentats, fustigés en marge de manifestations sociales, craints à la suite de violences policières<sup>1</sup>. Tour à tour, les politiques et le législateur sont intervenus<sup>2</sup> pour tenter de réguler l'exercice de la violence légitime par les forces de l'ordre, et ainsi renouer le dialogue entre une population défiante<sup>3</sup> et une police accablée. Début 2017, à l'occasion des discussions parlementaires portant sur le projet de loi relatif à l'égalité et à la citoyenneté, le Défenseur des droits insistait particulièrement sur l'urgence de se doter de moyens de lutte contre les abus policiers commis à l'occasion des contrôles d'identité. La volonté de ne pas voir grandir davantage le sentiment d'humiliation et de défiance à l'endroit des

<sup>1</sup> Référence à « l'affaire Michel Zecler », née à la suite d'accusations de violences policières à l'encontre d'un producteur de musique le 21 novembre 2020.

<sup>2</sup> Loi du 25 avril 2021 pour une sécurité globale et Beauvau de la sécurité en février 2021.

<sup>3</sup> J. Fourquet et P. Cébille, « Le regard des français sur la police », IFOP, 2020.

institutions était clairement affichée<sup>1</sup>. L'arrêt commenté illustre pourtant les difficultés qui subsistent, inhérentes à l'usage quotidien du contrôle d'identité, opération par nature coercitive.

2- En l'espèce, le 17 juin 2021, la police municipale de Miramas était intervenue à la demande d'un accompagnant scolaire, à la suite du comportement suspect d'un homme qui avait suivi et observé des élèves de façon insistante pendant plusieurs minutes. Une fois sur place, les policiers ont obtenu de l'intéressé l'indication de son nom, et ont été informés que cette personne était fichée pour situation irrégulière sur le territoire national, conditionnant sa présentation à un officier de police judiciaire. Le mis en cause s'était pourtant défendu de toute intention coupable et soutenait qu'il observait des enfants qui lui rappelaient sa fille, du même âge, qu'il n'avait pas revu depuis plus de 3 ans.

Le 18 juin 2021, le préfet des Bouches-du-Rhône décide de son placement en rétention ; placement maintenu par ordonnance du 20 juin 2021 rendue par le juge des libertés et de la détention de Marseille, objet de l'appel. Toute la défense du prévenu s'articule autour de l'irrégularité alléguée de son interpellation, faute d'infraction commise. Il s'appuie sur l'article 78-2 alinéa 2 du Code de procédure pénale, qui permet aux agents de police de procéder au contrôle d'identité de toute personne « à l'égard de laquelle existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction ». Dès lors, puisqu'aucune infraction ni aucune tentative d'infraction n'est matérialisée, alors le contrôle n'aurait aucun fondement légal. La stratégie serait gagnante pour l'appelant, car dans l'hypothèse où le contrôle d'identité permet d'interpeller l'auteur d'une infraction, la mesure s'inscrit comme le premier acte de la procédure pénale subséquente. Or, la nullité d'un acte accompli au cours de la procédure pénale entraîne la nullité des actes ultérieurs qui trouvent dans l'acte annulé leur support nécessaire<sup>2</sup>. Le Code de procédure pénale prévoit en effet deux grandes catégories de justifications permettant de légitimer un contrôle d'identité. La première, dont se prévaut le mis en cause, est très factuelle puisqu'elle repose sur une volonté de commettre une infraction. Il en découle qu'en l'absence de commission ou de tentative de commission, rien ne devrait permettre aux magistrats d'approuver un tel contrôle. Cette carence n'est pourtant pas déterminante dès lorsqu'une deuxième catégorie de justification peut être mobilisée. Plus permissive, celle-ci repose sur le risque « d'atteinte à l'ordre public », conformément à l'alinéa 8 de l'article 78-2 du Code de procédure pénale. Le contrôle d'identité est alors légitimé, « quel que soit le comportement » de l'individu,

---

<sup>1</sup> Défenseur des droits, *Enquête sur l'accès au droit – Relations police/population : le cas des contrôles d'identité*, Volume 1, 2016.

<sup>2</sup> Cass. crim. 15 octobre 2003, n°03-82.683, *Bull. crim.* 2003 n°193 p. 795.

dès lors qu'il s'agit de prévenir un risque d'atteinte à l'ordre public. L'inconvénient, c'est qu'il repose sur une double appréciation souveraine. En amont, par l'agent de police au moment du contrôle, puis en aval, par le juge en cas de contestation, qui pourront tous deux apprécier le niveau de risque d'un comportement justifiant la mesure.

3- Par conséquent, et à défaut de constituer des infractions justifiant le contrôle au sens de l'alinéa 2 de l'article 78-2 du Code de procédure pénale, les comportements du mis en cause pouvaient-ils relever du domaine d'application de l'alinéa 8 du même article en constituant un risque d'atteinte à l'ordre public ?

4- La Cour d'appel d'Aix-en-Provence, le 22 juin 2021, s'associe à l'argumentaire développé par le requérant en retenant que son comportement ne pouvait justifier un contrôle d'identité sur les bases de l'article 78-2 alinéa 2 du Code de procédure pénale. Mais l'ordonnance du Juge des libertés et de la détention n'en n'est pas moins confirmée : « *le contrôle d'identité apparaît justifié en application de l'article 78-2 alinéa 8 du Code de procédure pénale, à savoir pour prévenir une atteinte à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes et des biens.* » Une justification qui semble bien lacunaire pour cerner tous les enjeux des contrôles de police administrative, entre notions juridiques subjectives et marge d'appréciation élevée au détriment d'une protection effective contre le risque d'arbitraire policier.

5- L'intérêt de cet arrêt réside dans la dualité entre la logique répressive des contrôles justifiés par l'alinéa 2 de l'article 78-2, dits contrôles de police judiciaire, qui nécessitent effectivement la commission (ou tentative de commission) d'une infraction pour en légitimer la poursuite, et la logique préventive des contrôles justifiés par l'alinéa 8 du même article, dits contrôles de police administrative, permettant de contrôler l'identité d'une personne « *quel que soit son comportement* », pour prévenir « *une atteinte à l'ordre public* ». En pareille situation, le comportement du mis en cause n'est donc plus un élément prédominant, tout au plus doit-il être interprété à l'aune des autres circonstances qui justifieraient la mesure. Mais cette liberté interprétative, inhérente aux contrôles de police administrative, creuse davantage l'écart entre la protection des droits et libertés fondamentaux, ici la liberté d'aller et venir, et les contrôles abusifs, dont la preuve reste difficile à rapporter<sup>1</sup>. Cette faveur à l'interprétation peut poser difficulté en pratique, puisque l'agent n'a pas à circonstancier les raisons qui le poussent à contrôler un individu plutôt qu'un autre, faisant fi d'éléments de contexte objectifs et apparents se rattachant à un trouble à l'ordre public déterminé.

6- Le Conseil constitutionnel avait pourtant été saisi de la conformité à la Constitution de la loi relative aux contrôles et vérifications d'identité. Avec la

---

<sup>1</sup> F. Jobard et F. Lévy, « La police et les étrangers », *GISTI, Plein droit*, n°82, 2009, p. 14.

volonté d'assurer une conciliation entre l'exercice des libertés constitutionnellement garanties et les besoins de la recherche des auteurs d'infractions, le Conseil constitutionnel avait jugé, s'agissant des contrôles de police administrative, que l'autorité responsable du contrôle devait justifier de circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public<sup>1</sup>. Ce fût un premier pas vers une approche plus restrictive de la notion d'atteinte à l'ordre public, désormais conditionnée par l'existence de « *circonstances particulières* ». Cette réserve d'interprétation est ainsi devenue une véritable condition de régularité du contrôle préventif d'identité, dont la Cour de Cassation s'est portée garante en annulant tout contrôle qui ne la satisfaisaient pas. Elle a par exemple considéré que des policiers, en mission de sécurisation d'une ligne de transport connue pour avoir été le théâtre d'attentats et d'agressions, n'étaient pas légitimes à contrôler l'identité d'une personne du seul fait qu'elle tentait de descendre de l'autobus à leur vue<sup>2</sup>. Les juges ont estimé qu'il ne résultait pas de ces seules énonciations « *des éléments suffisants pour caractériser une menace à l'ordre public* » au sens de l'alinéa 8 de l'article 78-2 du Code de procédure pénale. Il s'ensuivit toute une série d'arrêts qui reprenaient, pour certains *stricto sensu*, l'obligation de caractérisation du risque d'atteinte à l'ordre public dégagée par le Conseil constitutionnel<sup>3</sup>.

7- La portée de ces décisions a-t-elle été respectée par les juges du fond ? D'un côté, la Cour de Cassation semblait restreindre l'appréciation des circonstances particulières justifiant le contrôle. De l'autre, la Cour d'appel caractérise le risque d'atteinte à l'ordre public pour une personne suivant et observant un groupe d'élèves. Cette appréciation variable peut parfois s'expliquer par une confusion entre les contrôles de police judiciaire et les contrôles de police administrative, notamment illustrée par le Professeur Étienne Cornut : « *les premiers visent à arrêter ou à empêcher la réalisation d'une infraction alors que les seconds tendent à prévenir une atteinte à l'ordre public. Or qu'est-ce qu'un risque d'atteinte à l'ordre public sinon la potentialité de réalisation d'une infraction ?<sup>4</sup>* ». Il est certain que les contrôles de police administrative, en ce qu'ils sont possibles quel que soit le comportement de la personne interpellée, doivent se suffire de circonstances extérieures et objectives, lesquelles ne constituent pas nécessairement des infractions pénales, à la différence des contrôles de police judiciaire. Mais au-delà de cette possible confusion, il est certain que la décision du Conseil constitutionnel n'a pas permis d'enrayer les difficultés d'application

---

<sup>1</sup> Cons. const., 5 août 1993, n°93-923 DC, §9.

<sup>2</sup> Cass. crim. 4 mars 1999, n°97-50.086, *Bull.* 1999 II n°39 p. 29.

<sup>3</sup> Cass. crim. 12 mai 1999, n°99-81.153, *Bull. crim.* 1999 n°95 p. 256.

<sup>4</sup> E. Cornut, « Entre confusion et distinction, propos autour des contrôles d'identité », *D.*, 2002 p. 992.

---

de l'alinéa 8 de l'article 78-2 du Code de procédure pénale, déplaçant simplement la question de l'interprétation de « *l'atteinte à l'ordre public* » à celle des « *circonstances particulières* » justifiant cette atteinte. Les juges d'appel auront alors toute latitude pour qualifier souverainement chaque circonstance particulière, entre celle constitutive d'infractions pénales et, à défaut, celle à l'origine d'un risque d'atteinte à l'ordre public. Dans ces conditions, rares seront les cas d'annulations fondés sur une irrégularité de contrôle d'identité en l'absence d'infractions commises, dès lors qu'il est toujours possible de recourir à la notion d'ordre public à titre subsidiaire, et ainsi sécuriser une procédure dont l'amorce pouvait être discutée. Seule la Cour de Cassation, dans sa fonction unificatrice, pourrait vraisemblablement apparaître comme une alternative à une jurisprudence d'appel souple et incertaine.



# INDEX

## A

Abus de majorité, 19  
Assemblée générale, 19, 21  
Autorité parentale, 38, 39

## B

BODACC, 8

## C

Caducité, 3, 17, 18, 32, 33, 34, 35, 36  
Causalité, 21  
Concentration des moyens, 19  
Concurrence déloyale, 3, 28, 29, 30, 32  
Conseil constitutionnel, 43, 44  
Construction, 1  
Contrefaçon, 2  
Contrôle de constitutionnalité, 20  
Convocation, 11  
Copropriété, 19

## D

Déclaration d'appel, 18, 32, 33, 34, 35  
Désordres, 19  
Détournement de clientèle, 29  
Divorce, 36, 37, 38  
Donation, 9  
Droit de visite et d'hébergement, 39  
Droit international privé, 28, 36, 41

## E

EDF, 25  
Égalité, 41  
Électricité, 25  
Enfant, 36, 37, 38, 39

Etrangers, 43

## F

Fin de non-recevoir, 17, 20, 29

## G

Garde à vue, 20

## I

Illicéité, 2  
Indemnisation, 21, 32  
Information (obligation ou devoir de), 23  
Interprétation, 10, 25, 43, 44, 45

## J

Juge aux affaires familiales, 3, 36, 37, 38, 39, 40  
Juge de l'exécution, 19, 20  
Juge de la mise en état, 33, 34, 35  
Juge des libertés et de la détention, 43

## L

Loyauté, 30

## M

Mandat, 12  
Marque, 31

## N

Notification, 13, 15, 16, 17, 33, 35  
Nullité, 41, 42

**O**

Obligation de sécurité, 21  
Officier de police judiciaire, 42

**P**

Partie commune, 19, 21  
Préjudice, 10, 21  
Preuve, 13  
Procédure civile, 17, 32  
Procédure pénale, 41  
Procédures collectives, 10, 11, 12, 13

**Q**

Qualification, 24, 25  
Qualité pour agir, 29

**R**

Renonciation, 8, 12, 13  
Résiliation, 26, 27  
Responsabilité civile, 3, 19, 21, 32, 35  
Responsabilité contractuelle, 21  
Rétention, 42

**S**

Syndic, 19  
Syndicat  
de copropriétaires, 21, 26

**T**

Tentative, 42, 43  
Tiers, 39  
Titre exécutoire, 19, 20  
Travaux, 21



# TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE.....	3
ÉDITO.....	5
Muriel Giacobelli, Directrice du Bulletin d'Aix .....	5
Ludivine Gregoire, Aurelie Musso et Iolande Vingiano-Viricel, .....	5
Redactrices en chef.....	5
ACTUALITES.....	7
<b>Chronique législative.....</b>	<b>7</b>
L'entrepreneur individuel et ses patrimoines : précisions réglementaires. ....	7
Julien Couard.....	7
Parution du décret relatif au traitement des difficultés de l'entrepreneur individuel. ....	10
Clara Boeri-Cucchi.....	10
Refonte des règles de don de son corps à la science.....	13
Julien Couard.....	13
JURISPRUDENCE.....	15
<b>Chronique des arrêts de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence.....</b>	<b>15</b>
Notification des conclusions et communication simultanée des pièces en cause d'appel : temps utile et ordonnance de clôture.....	15
Maxime Scheffer.....	15
ANALYSES SIMPLIFIÉES.....	19
Zoom sur quelques arrêts de la CA d'Aix.....	19
Les membres aixois de l'Atelier Régional de Jurisprudence du Juris-data (par ordre alphabétique) : J. Capiez, T. Dantzer, F. Charlent, C. Léouffre-Décanis, A. Martinez, M. Recotillet, M. Scheffer, A. Serrano, J.-N. Stoffel, I. Viricel, E. Zérillo.....	19
CHRONIQUE DES ETUDIANTS DE M2.....	23
Droit économique / Droit de la consommation / Notion de non-professionnel .....	23
Le non-professionnel dans la tourmente de la jurisprudence. ....	23
Brian Kibimi-Deje.....	23
Droit économique / Droit de la concurrence / Concurrence déloyale.....	28
L'acceptation de la concurrence déloyale ?.....	28

---

Oriane Laganier .....	28
Droit civil / Procédure civile et voie d'exécution / Double déclaration d'appel / Irrecevabilité .....	32
Irrecevabilité d'un second appel et responsabilité civile professionnelle de l'avocat : défaut d'intérêt à agir avant la caducité du premier appel nonobstant l'abandon d'un chef de critique .....	32
Margaux Lenoir .....	32
Droit civil / Droit de la famille / Séparation / Résidence habituelle de l'enfant / Saisine du juge.....	36
Conflit de compétence entre le JAF et le juge des enfants : nouvelle ligne de démarcation !.....	36
Vincent Marteau .....	36
Droit pénal / Procédure pénale / Contrôle d'identité / Ordre public.....	41
Contrôles d'identité de police administrative : les contours incertains d'une nécessaire atteinte à l'ordre public .....	41
Théo Chelo.....	41
INDEX.....	47
TABLE DES MATIÈRES.....	49

Impression

SERVICE IMPRIMERIE  
AIX-MARSEILLE UNIVERSITE  
3, av. R. Schuman - 13628 Aix-en-Provence Cedex 1

---

DÉPÔT LÉGAL – 2<sup>E</sup> TRIMESTRE 2022