



**AVIS DE M. BURGAUD,
AVOCAT GÉNÉRAL RÉFÉRENDAIRE**

Arrêt n° 334 du 11 juillet 2024 (B) – Troisième chambre civile

Pourvoi n° 23-12.491

Décision attaquée : Cour d'appel de Rennes du 15 décembre 2022

la société Sma

C/

la société Cadusun

Sens de l'avis : CASSATION

I. Faits et procédure

Pour un exposé exhaustif des faits et de la procédure, il convient de se référer aux écritures des parties.

Nous ne rappellerons ici que les points essentiels à la compréhension de l'avis.

Au cours de l'année 2010, la société Energie Bio, assurée auprès de la société Sagena devenue depuis une filiale de la société SMA, a fourni et posé, à la demande de la société Cadusun dont l'activité est la production d'électricité, 801 panneaux photovoltaïques, sur les toitures de deux poulaillers et d'un hangar appartenant à Monsieur [D][E].

La société Energie Bio a été placée en redressement, puis en liquidation judiciaire.

Se plaignant de dysfonctionnements affectant la production d'énergie de l'installation, la société Cadusun a fait assigner la SMA, le 13 juin 2017, devant le tribunal de commerce de Vannes afin de voir indemniser ses préjudices sur le fondement de la garantie décennale.

Par jugement du 5 novembre 2021, le tribunal de commerce de Vannes a dit que la société SMA était tenue d'exécuter son obligation de garantie décennale au profit de la société Cadusun.

En cours d'instance, Monsieur [E] et la société Cadusun ont conclu un bail emphytéotique.

Par un arrêt du 15 décembre 2022, la cour d'appel de Rennes a, entre autres dispositions, confirmé que la responsabilité de la société Energie Bio était engagée sur le fondement de l'article 1792 du code civil.

Il s'agit là de la décision attaquée par un pourvoi formé par la société SMA le 15 avril 2023.

II. Identification des questions juridiques

Le pourvoi propose un moyen unique de cassation comprenant deux branches.

Le moyen critique l'arrêt attaqué d'avoir condamné la demanderesse au pourvoi à indemniser la société Cadusun sur le fondement de la garantie décennale.

Dans une première branche, il reproche à la cour d'appel d'avoir violé l'article 1792 du code civil en retenant que le bail emphytéotique du 14 janvier 2020 conférait à l'emphytéote, la société Cadusun, un droit réel immobilier sur l'emprise des panneaux photovoltaïques, leurs accessoires et l'espace non bâti les surplombant et qu'à ce titre, elle avait qualité pour agir en responsabilité décennale alors qu'elle avait constaté que les installations litigieuses avaient été commandées plus de dix ans avant la conclusion du bail emphytéotique, de sorte que Monsieur [E] conservait la qualité de maître d'ouvrage des panneaux photovoltaïques précédemment réalisés sur des biens qui lui appartenaient et qu'en conséquence lui seul pouvait agir au titre de propriétaire des biens sur lesquels avaient été installés les panneaux photovoltaïques.

Dans une seconde branche, il critique l'arrêt attaqué pour défaut de base légale au regard des articles 1792 et 1134 du code civil dans sa version applicable au litige car la cour d'appel n'a pas caractérisé l'existence, dans le bail emphytéotique conclu le 14 janvier 2020, d'une clause expresse autorisant la société Cadusun à exercer l'action en garantie décennale contre le constructeur des installations photovoltaïques réalisées sur les bâtiments appartenant en 2010 à Monsieur [E].

La question juridique a été parfaitement bien identifiée et résumée par votre rapporteur. Il s'agit de déterminer si l'emphytéote a qualité pour agir en responsabilité décennale contre le constructeur et son assureur en indemnisation de désordres de nature décennale ayant affecté des travaux réalisés à sa demande mais avant la conclusion du bail emphytéotique.

C'est la question juridique sur laquelle nous aurons à nous pencher dans le cadre de la discussion.

Mais, avant cela, il conviendra d'examiner si le moyen est recevable.

En effet, la recevabilité du moyen présenté est contestée en défense en ce que le moyen serait nouveau, mélangé de droit et de fait.

Nous nous proposons donc d'étudier la recevabilité du moyen avant d'analyser, si le moyen s'avère recevable, le mérite des deux branches réunies.

III. Discussion

Sur la recevabilité du moyen

Dans son mémoire devant la Cour, le défendeur au pourvoi conteste la recevabilité du moyen.

Il fait valoir que la critique avancée dans le mémoire ampliatif est nouvelle, mélangée de fait et de droit, et partant irrecevable.

Nous savons, **en droit**, que le rôle de la Cour de cassation est, selon une formule ancienne de la chambre des requêtes¹, "*d'apprécier la solution légale donnée aux moyens débattus*" devant les juridictions du fond.

Il en résulte que les parties au litige ne sont pas fondées, sauf exception, à soulever devant la Haute juridiction des moyens qui n'auraient pas été préalablement débattus.

La règle est désormais énoncée à l'article 619 du code de procédure civile qui énonce que "*les moyens nouveaux ne sont pas recevables devant la Cour de cassation*" mais que "*peuvent néanmoins être invoqués pour la première fois, sauf disposition contraire: 1°) les moyens de pur droit ; 2°) les moyens nés de la décision attaquée*".

C'est ainsi qu'un moyen né de la décision attaquée, c'est-à-dire un moyen "*qui invoque un vice résultant de l'arrêt lui-même et qui ne peut être décelé avant que celui-ci ne soit rendu*", ne peut être argué de nouveauté au sens de l'article 619 du code de procédure civile précité.²

C'est l'impossibilité d'invoquer le moyen révélé par la décision attaquée avant que celle-ci ne soit rendue qui fonde sa recevabilité.

Comme l'écrivent fort justement Jacques et Louis Boré dans leur ouvrage de référence³, c'est justement "*l'impossibilité où se trouvait le demandeur au pourvoi de les invoquer devant les juges du fond qui justifie son droit de les soulever devant la Cour de cassation*".

¹ Chambre des requêtes, 23 novembre 1852.

² 1^{re} Civ., 17 décembre 1985, pourvoi n° 84-12.288, *Bull.* 1985, I, n° 230.

³ Jacques et Louis Boré, "La cassation en matière civile", *Dalloz action*, 2009/2010, § 82.141 et suivants.

Dans ce cadre, on ne peut pas reprocher au demandeur au pourvoi de ne pas avoir soulevé la difficulté devant les juridictions du fond.

La Cour de cassation a une conception assez stricte du moyen révélé par la décision attaquée.

Mais, malgré cette acception étroite, la jurisprudence a étendu la qualification de moyen révélé par la décision attaquée à des vices de fond, et non pas seulement de forme, en rejetant l'exception de nouveauté au motif que le moyen de cassation "*invoque un vice résultant de l'arrêt lui-même*" et qu'il ne pouvait naturellement être "*décelé avant que celui-ci ne soit rendu*".⁴

A titre d'illustration, la première chambre civile de la Cour de cassation a retenu, comme moyen né de la décision attaquée une violation de la loi telle qu'un renversement de la charge de la preuve par une cour d'appel.

La question qui se pose à nous dans le cas présent est de savoir si la critique dirigée contre le défaut de qualité à agir de l'emphytéote est ou non née de la décision attaquée.

En l'espèce, la question de la qualité à agir peut apparaître nouvelle en ce sens qu'elle n'a pas été évoquée par la société SMA devant les juges du fond.

En effet, lorsque l'on se réfère aux écritures des parties, la qualité à agir de l'emphytéote n'a pas été contestée par la demanderesse au pourvoi, ni en première instance devant le tribunal de commerce, ni devant la cour d'appel de Rennes.

Ce n'est que dans l'arrêt attaqué que la question a été abordée par les juges, dans la partie réservée à la responsabilité de la société Energie Bio. Les juges ont alors examiné la qualité à agir de la défenderesse au pourvoi au regard de l'article 1792 du code civil.

La cour d'appel, après avoir précisé que la qualité de maître de l'ouvrage était attachée à la propriété de l'ouvrage, a relevé que, pour pouvoir agir sur le fondement des dispositions de la responsabilité décennale, la société intimée devait avoir la qualité de maître de l'ouvrage ou d'acquéreur.

Retenant que la qualité de propriétaire s'apprécie à la date à laquelle le juge statue, la cour d'appel a jugé que l'intimée avait en effet la qualité pour agir en responsabilité décennale.

Ainsi, le bail emphytéotique ayant été conclu le 14 janvier 2020, soit en cours de procédure d'appel⁵, la cour d'appel en a déduit que l'intimée était propriétaire des installations litigieuses et qu'à ce titre elle avait qualité pour agir en responsabilité décennale.

⁴ *Idem.*

⁵ Le jugement du tribunal de commerce de Vannes date du 5 novembre 2021 quand l'arrêt de la cour d'appel de Rennes a été rendu le 15 décembre 2022.

En retenant que le bail emphytéotique du 14 janvier 2020 conférait à l'emphytéote *“un droit réel immobilier sur l'emprise des panneaux photovoltaïques, à leurs accessoires et à l'espace non bâti les surplombant”*, la décision attaquée fait grief à la demanderesse au pourvoi.

En ce sens, et alors que la question n'avait pas été évoquée auparavant⁶, celle-ci a été révélée par la décision attaquée, et partant peut être considérée comme recevable au regard du 2° de l'article 619 du code de procédure civile.

C'est la solution que je vous invite à retenir dans la mesure où l'analyse de la cour apparaît pour la première fois dans l'arrêt attaqué, de sorte que la question abordée par la cour d'appel ne pouvait pas être débattue devant les juridictions du fond, et qu'elle fait grief à la demanderesse au pourvoi.

Avis de recevabilité

Sur le bien-fondé du moyen

Dans la première branche du moyen, le demandeur au pourvoi reproche à l'arrêt attaqué d'avoir jugé que le bail emphytéotique du 14 janvier 2020 conférait à l'emphytéote un droit réel immobilier sur l'emprise des panneaux photovoltaïques, leurs accessoires et l'espace non bâti les surplombant et qu'à ce titre, elle avait qualité à agir en responsabilité décennale.

Pour arriver à cette conclusion, la cour d'appel a retenu que la qualité de propriétaire s'appréciait à la date à laquelle le juge statue.

Elle a appliqué l'alinéa 2 de l'article 126 du code de procédure civile tel qu'interprété par la Cour.

En effet, la première chambre civile a jugé, dans un arrêt du 14 janvier 1997⁷, que *«l'irrecevabilité pour défaut de qualité doit être écartée lorsque, avant toute forclusion, la personne ayant qualité pour agir devient partie à l'instance»*.

Vous pourrez par conséquent considérer que le défaut de qualité a régulièrement été régularisé en cours d'instance.

Reste à savoir dans ce cas si la qualité d'emphytéote donne à son titulaire les mêmes droits qu'un propriétaire au regard des dispositions de l'article 1792 du code civil.

Rappelons tout d'abord qu'il a été jugé que la qualité de maître d'ouvrage énoncée à l'article 1792 du code civil devait correspondre à celle de propriétaire du bien pour pouvoir bénéficier de la garantie décennale.⁸

⁶ En réalité, la question a été soulevée par les notes en délibéré échangées entre les parties, notes qui ont été écartées des débats mais qui ont conduit la cour d'appel à se prononcer, dans son arrêt du 15 décembre 2022, sur la qualité à agir de la société intimée, notamment sous l'angle de la qualité de propriétaire de cette dernière.

⁷ 1^{re} Civ., 14 janvier 1997, pourvoi n° 94-19.367, *Bull.* 1997, I, n° 11.

⁸ Voir notamment en ce sens: 3^e Civ., 23 octobre 2012, pourvoi n° 11-19.650, 11-18.850 (cf: *« en statuant ainsi, alors que, la société Dajy, titulaire d'un simple droit de jouissance sur l'ouvrage dont elle n'avait pas la propriété*

Cette exigence apparaît cohérente, comme le souligne le juriste Zalewski-Sicard, «*dès lors qu'il est retenu que l'obligation de garantie décennale constitue une protection attachée à la propriété de l'ouvrage: elle ne doit pouvoir être invoquée que par ceux qui sont ou deviendront propriétaires de l'ouvrage*». ⁹

Faisant application de ce principe, vous avez décidé récemment, dans un arrêt du 16 novembre 2022¹⁰, qu'un usufruitier n'avait pas qualité pour exercer l'action en garantie décennale que la loi attache à la propriété de l'ouvrage et non à sa jouissance.

L'emphytéote, lui, bénéficie d'un droit réel immobilier sur le bien sur lequel porte le bail emphytéotique.

Les droits réels sont les droits qui «*confèrent à leur titulaire un pouvoir direct et immédiat sur une chose*».

Parmi ces droits, il est généralement admis que le droit de propriété est le droit principal, mais qu'à côté, il existe d'autres droits tels que le droit d'usufruit, le droit de superficie ou encore le droit d'emphytéose.

Le droit de propriété se distingue des autres en ce qu'il permet à son titulaire d'exercer tous les pouvoirs sur le bien, y compris d'en disposer librement, c'est-à-dire de le vendre.

En ce qui concerne l'emphytéote, il nous semble qu'il y a une distinction à faire en ce que celui-ci est propriétaire à part entière des édifices qu'il a lui-même fait ériger sur le terrain durant le bail, mais pas des constructions préexistantes.

C'est à partir d'une telle distinction que vous avez jugé, le 13 avril 2023¹¹, qu'une cour d'appel avait retenu à bon droit que le nu-propriétaire d'un fonds sur lequel l'usufruitier a édifié une construction nouvelle n'est pas propriétaire de cet ouvrage, de sorte qu'il ne pouvait exercer l'action en garantie décennale, que la loi attache à la propriété de l'ouvrage.

Sur le bien immobilier initial pris à bail, l'emphytéote n'est titulaire que d'un droit de jouissance de longue durée¹², et ce alors même que la loi¹³ l'autorise à hypothéquer ce

n'était pas recevable à agir contre la société Sagena en responsabilité décennale, la cour d'appel a violé le texte susvisé [l'article 1792 du code civil] »).

⁹ Vivien Zalewski-Sicard, «L'usufruitier et la garantie décennale: 2^e épisode», *La Semaine Juridique Notariale et Immobilière*, n° 26, 30 juin 2023, 1128. Voir également l'article de Frédéric Danos, «Usufruit et exercice de la garantie décennale», *Revue des contrats*, 1^{er} mars 2023, dans lequel l'auteur mentionne qu'«*on peut mettre en perspective le terme de «maître de l'ouvrage» avec celui d'«acquéreur» [termes énoncés à l'article 1792 du code civil], le texte voulant désigner comme bénéficiaire de la garantie décennale soit le propriétaire d'origine (le maître de l'ouvrage), soit un des acquéreurs successifs de cet ouvrage*».

¹⁰ 3e Civ., 16 novembre 2022, pourvoi n° 21-23.505, publication au *Bulletin* (Sommaire: «*L'usufruitier, quoique titulaire du droit de jouir de la chose comme le propriétaire, n'en est pas le propriétaire et ne peut donc exercer, en sa seule qualité d'usufruitier, l'action en garantie décennale que la loi attache à la propriété de l'ouvrage et non à sa jouissance*»).

¹¹ 3e Civ., 13 avril 2023, pourvoi n° 22-10.487, publication au *Bulletin*.

¹² D'une durée de 18 à 99 ans.

droit, qui peut d'ailleurs faire l'objet d'une cession, le bien pouvant, en ce qui le concerne, être saisi.

Toutefois, si le droit peut être cédé, le bien lui ne peut être librement vendu par l'emphytéote. Le bien immobilier demeure, en tout état de cause, la propriété du bailleur.

Il nous semble que l'emphytéote ne peut pas être considéré comme propriétaire des constructions déjà bâties sur le terrain avant la conclusion du bail emphytéotique.

Le droit de jouissance, fut-il de longue durée, ne paraît pas correspondre aux exigences de l'article 1792 du code civil permettant au maître de l'ouvrage de bénéficier de la garantie décennale.

Il nous apparaît que, malgré ses spécificités, le bail emphytéotique constitue fondamentalement une variété de contrat de louage de chose et, en cela, l'emphytéote n'est pas un maître de l'ouvrage au sens de l'article 1792 du code civil tel qu'interprété par la Cour.

En l'espèce, les panneaux photovoltaïques ont été installés en décembre 2010. Le bail emphytéotique a lui été conclu le 14 janvier 2020.

Dès lors, il ne semble pas possible de considérer que la défenderesse au pourvoi était propriétaire desdits panneaux au moment de leur installation.

En effet, s'il est bien le commanditaire des travaux réalisés en 2010, le futur emphytéote n'avait aucun droit, en décembre 2010 sur ces installations, en l'absence de bail qui ne sera signé qu'en janvier 2020 sans disposition rétroactive.

Ce n'est qu'en janvier 2020 qu'il disposera d'un droit de jouissance de longue durée sur cet ouvrage préexistant à la conclusion du bail emphytéotique.

N'étant ni acquéreur du bien immobilier, ni titulaire du droit de propriété sur ces constructions préexistantes, la société Cadusun ne pouvait bénéficier de la garantie décennale prévue par l'article 1792 du code civil.¹⁴

En décidant le contraire, la cour d'appel a, selon nous, violé la loi.

Il nous apparaît *in fine* que la critique du moyen est bien fondée et que, pour une bonne administration de la justice, la cassation pourrait être prononcée sans renvoi.

Avis de cassation

¹³ Article L. 451-1 du code rural et de la pêche maritime.

¹⁴ A nos yeux, c'est Monsieur [E] qui pouvait bénéficier en qualité de maître de l'ouvrage de la garantie décennale.