

**Cour de cassation**

**chambre civile 2**

**Audience publique du 11 mars 2010**

**N° de pourvoi: 09-66338**

Publié au bulletin

**Rejet**

**M. Loriferne , président**

M. André, conseiller apporteur

M. Mazard, avocat général

SCP Gadiou et Chevallier, SCP Piwnica et Molinié, avocat(s)

## **REPUBLIQUE FRANCAISE**

### **AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

LA COUR DE CASSATION, DEUXIÈME CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 18 décembre 2008), que propriétaires à Marseille d'une villa dépendant de l'association syndicale autorisée du Parc Talabot et invoquant l'opposition manifestée par certains de leur voisins, au nombre desquels M. X..., à leur projet de surélévation de cette villa, M. et Mme Y... ont obtenu du président d'un tribunal de grande instance, statuant sur requête, la désignation d'un huissier de justice aux fins de constatations et de remise de documents ; que M. Raymond X..., M. et Mme Philippe X... ainsi que la société Centre-Imex, propriétaire de la villa occupée par ceux-ci, ont obtenu la rétractation de l'ordonnance sur requête ;

Attendu que M. et Mme Y... font grief à l'arrêt de confirmer l'ordonnance de rétractation, alors, selon le moyen :

1° / que le recours en rétractation d'une ordonnance sur requête relève de la compétence exclusive du juge qui a rendu cette ordonnance ; qu'en affirmant au contraire que l'ordonnance sur requête de désignation d'huissier pouvait être rétractée en référé par un autre juge que celui qui l'a rendue, la cour d'appel a violé les articles 493, 496 et 497 du code de procédure civile ;

2° / que l'urgence n'est pas une condition requise pour que soit ordonnée sur requête la désignation d'un huissier de justice aux fins de constatations et de remise de documents sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile ; qu'en énonçant, pour rétracter l'ordonnance sur requête, que les opérations de constat confiés à l'huissier ne revêtaient aucun caractère d'urgence démontrée, la cour d'appel a violé les articles 145 et 812 du code de procédure civile ;

3° / que l'ordonnance sur requête du 20 juillet 2007 a désigné un huissier non seulement pour constater l'impact de la surélévation envisagée sur la vue des occupants des villas voisines mais aussi pour se rendre au siège de l'ASA aux fins de se faire remettre les avis négatifs écrits des opposants à ce projet de surélévation figurant au dossier ; qu'en se bornant à retenir, pour décider que les opérations de constats ne comportaient aucun risque de dépérissement des preuves, que l'ordonnance en date du 20 juillet 2007 avait chargé un huissier de se rendre sur les propriétés de Roger Z...et des consorts X..., de décrire l'emplacement de la surélévation projetée, de constater si elle était de nature à gêner la vue sur la mer ou sur l'hippodrome des occupants de la villa, quand la mission consistait partiellement à se rendre par surprise au siège de l'ASA et d'obtenir la remise de documents censés figurer au dossier, la cour d'appel a violé l'article 4 du code de procédure civile ;

4° / qu'en considérant, par adoption implicite des motifs du premier juge, que la requête aux fins de constat devait être dirigée contre le propriétaire des lieux et non contre les locataires, après avoir constaté que les locaux étaient effectivement occupés par les consorts X... et que les opérations de constat impliquaient de pénétrer sur les propriétés voisines, ce dont il résultait que les domiciles à protéger étaient bien ceux des consorts X..., la cour d'appel a violé les articles 145 et 812 du code de procédure civile, ensemble l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

5° / qu'en se bornant à considérer, par adoption implicite des motifs du premier juge, que les consorts X... avaient été faussement présentés comme propriétaires des lieux par la requête aux fins de constat, sans répondre aux conclusions de M. et Mme Y... faisant valoir que les opposants au projet de surélévation avaient toujours agi comme les propriétaires apparents des lieux, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile ;

Mais attendu que l'article 497 du code de procédure civile n'exige pas que le juge de la rétractation soit la même personne physique que celle qui a ordonné la mesure critiquée ;

Et attendu qu'ayant constaté, par motifs adoptés, que ni la requête ni l'ordonnance rendue sur cette requête n'énonçaient les circonstances qui justifiaient que la mesure d'instruction réclamée sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile ne soit pas prise contradictoirement, la cour d'appel, qui n'avait à procéder à aucune autre recherche, ni à statuer sur les mérites d'une requête qui ne pouvait saisir régulièrement le juge, a, par ce seul motif, légalement justifié sa décision ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne M. et Mme Y... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande de M. et Mme Y..., les condamne à payer à la société Centre-Imex et aux consorts X... la somme globale de 2 500 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, deuxième chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du onze mars deux mille dix.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Piwnica et Molinié, avocat aux Conseils pour M. et Mme Y....

Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'avoir rapporté les dispositions de l'ordonnance rendue le 20 juillet 2007 à la requête des époux Y... en ce qu'elles portent sur la propriété située ...comme appartenant à M. Raymond X... ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE les époux Y... ont acquis, le 26 juillet 2001, une villa située à Marseille et ont projeté de faire construire une surélévation ; que certains de leurs voisins s'y sont opposés ; que sur leur requête, le délégataire du président du tribunal de

grande instance de Marseille, par ordonnance en date du 20 juillet 2007, a chargé un huissier de se rendre sur les propriétés de Roger Z...et des consorts X..., de décrire l'emplacement de la surélévation projetée, de constater si elle était de nature à gêner la vue sur la mer ou sur l'hippodrome des occupants de la villa, et de dire si elle serait masquée par les arbres existants ; que cette ordonnance ayant fait l'objet d'une demande en rétractation, le juge des référés, par l'ordonnance attaquée, l'a rapportée en considérant que la requête n'était pas motivée et que les consorts X... n'étaient pas propriétaires mais locataires (...) ; que contrairement à ce que soutiennent les appelants, l'ordonnance sur requête pouvait être rétractée en référé par un autre juge que celui qui l'avait rendu, seule important la qualité et non l'identité du juge ; qu'il est indifférent que l'assignation en rétractation ait été signifiée après le début des opérations de constat, aucun délai autre que raisonnable n'étant fixé en cette matière ; que les opérations de constat confiées à l'huissier ne revêtaient aucun caractère d'urgence démontrée et impliquaient la pénétration sur les propriétés voisines ; qu'en l'absence de tout risque de dépérissement des preuves recherchées en conséquence d'une initiative des requis, ces mesures ne pouvaient en conséquence être ordonnées que contradictoirement par application des dispositions de l'article 812 du code de procédure civile ; que le juge des référés a par suite rétracté l'ordonnance critiquée à juste raison ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE l'huissier de justice commis a procédé à sa mission les 24, 25, 27, 28 septembre et 1er, 3, 5, 8 et 9 octobre 2007, après avoir signifié l'ordonnance susvisée à M. X... le 25 septembre 2007 ; qu'il s'est fait assister par M. A...architecte et a officié chez M. X... le 9 octobre 2007 ; que le 8 octobre 2007, veille du jour où l'huissier a officié sur la propriété X..., la SA Centre Imex en sa qualité de propriétaire de M. Raymond X... ainsi que de Monsieur et Madame Philippe X..., occupants de cette propriété ont fait assigner les époux Y... pour voir rétracter les dispositions de l'ordonnance concernant la propriété X... et les diligences afférentes ; qu'en dépit de cet acte, aucune instruction n'a été donnée à l'huissier pour suspendre les opérations sur la propriété X... et que celui-ci y a procédé en vertu de l'ordonnance incriminée qui est exécutoire sur minute ; que l'ordonnance dont s'agit n'est pas motivée juridiquement puisque aucun fondement juridique, même par simple allusion tirée des éléments de faits exposés à la requête visée dans l'ordonnance, ne fait référence à une quelconque base juridique ; que les parties s'accordent toutefois pour reconnaître que l'une des bases est l'article 145 du nouveau code de procédure civile ; que s'agissant d'une requête présentée au président du tribunal de grande instance, celle-ci doit impérativement être présentée par un avocat du barreau de cette juridiction et respecter les dispositions des articles 493 et suivants du nouveau code de procédure civile ; qu'ainsi les deux dispositions susvisées doivent pouvoir se conjuguer ; que si une mesure d'instruction peut être ordonnée sur requête en vertu de l'article 145 susvisé, encore faut-il que cette décision non contradictoire soit rendue dans les cas où le demandeur est fondé à ne pas appeler la partie adverse concernée ; qu'en effet, il est de principe qu'une mesure d'instruction ordonnée par voie de justice doit être prise au contradictoire de toutes les parties sauf au demandeur de justifier de la nécessité de déroger à la règle de la contradiction, peu important que la mesure ordonnée se déroule en présence de la partie concernée ou susceptible de l'être comme en l'espèce ; que non seulement les motifs de cette dérogation ne sont pas énoncés dans la requête reprise comme motifs de la décision, mais par ailleurs il s'évince des pièces produites que c'est à tort que l'autorisation incriminée a été ordonnée puisque M. X... n'est pas le propriétaire de la villa dont s'agit contrairement à ce qui a été énoncé par les demandeurs ; que dans ces conditions et au regard de cet élément nouveau les dispositions de l'ordonnance rendue le 20 juillet 2007 à la requête des époux Y..., en ce qu'elle porte sur la propriété située ..., comme appartenant à M. Raymond X... doivent être rapportées et qu'il s'ensuit que les constatations afférentes ne sont pas valides puisque dépourvues d'autorisation judiciaire ;

1°) ALORS QUE le recours en rétractation d'une ordonnance sur requête relève de la compétence exclusive du juge qui a rendu cette ordonnance ; qu'en affirmant au contraire que l'ordonnance sur requête de désignation d'huissier pouvait être rétractée en référé par un autre juge que celui qui l'a rendue, la cour d'appel a violé les articles 493, 496 et 497 du code de procédure civile ;

2°) ALORS QUE l'urgence n'est pas une condition requise pour que soit ordonnée sur requête la désignation d'un huissier de justice aux fins de constatations et de remise de documents sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile ; qu'en énonçant, pour rétracter l'ordonnance sur requête, que les opérations de constat confiés à l'huissier ne revêtaient aucun caractère d'urgence démontrée, la cour d'appel a violé les articles 145 et 812 du code de procédure civile ;

3°) ALORS QUE l'ordonnance sur requête du 20 juillet 2007 a désigné un huissier non seulement pour constater l'impact de la surélévation envisagée sur la vue des occupants des villas voisines mais aussi pour se rendre au siège de l'ASA aux fins de se faire remettre les avis négatifs écrits des opposants à ce projet de surélévation figurant au dossier ; qu'en se bornant à retenir, pour décider que les opérations de constats ne comportaient aucun risque de dépérissement des preuves, que l'ordonnance en date du 20 juillet 2007 avait chargé un huissier de se rendre sur les propriétés de Roger Z...et des consorts X..., de décrire l'emplacement de la surélévation projetée, de constater si elle était de nature à gêner la vue sur la mer ou sur l'hippodrome des occupants de la villa, quand la mission consistait partiellement à se rendre par surprise au siège de l'ASA et d'obtenir la remise de documents censés figurer au dossier, la cour d'appel a violé l'article 4 du code de procédure civile ;

4°) ALORS QU'en considérant, par adoption implicite des motifs du premier juge, que la requête aux fins de constat devait être dirigée contre le propriétaire des lieux et non contre les locataires, après avoir constaté que les locaux étaient effectivement occupés par les consorts X... et que les opérations de constat impliquaient de pénétrer sur les propriétés voisines, ce dont il résultait que les domiciles à protéger étaient bien ceux des consorts X..., la cour d'appel a violé les articles 145 et 812 du code de procédure civile, ensemble l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

5°) ALORS QU'en se bornant à considérer, par adoption implicite des motifs du premier juge, que les consorts X... avaient été faussement présentés comme propriétaires des lieux par la requête aux fins de constat, sans répondre aux conclusions des époux Y... faisant valoir que les opposants au projet de surélévation avaient toujours agi comme les propriétaires apparents des lieux, la cour d'appel a méconnu les exigences de l'article 455 du code de procédure civile.

**Publication** : Bulletin 2010, II, n° 53

**Décision attaquée** : Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 18 décembre 2008

**Titrages et résumés** : PROCEDURE CIVILE - Ordonnance sur requête - Rétractation - Juge de la rétractation - Définition - Personne physique qui a autorisé la mesure critiquée

L'article 497 du code de procédure civile n'exige pas que le juge de la rétractation soit la même personne physique que celle qui a ordonné la mesure critiquée

PROCEDURE CIVILE - Ordonnance sur requête - Rétractation - Juge de la rétractation - Compétence - Jurisdiction - Définition - Détermination

PROCEDURE CIVILE - Ordonnance sur requête - Sauvegarde des droits d'une partie ou d'un tiers - Mesure prise non contradictoirement - Justification - Nécessité

Justifie légalement sa décision le juge qui ordonne la rétractation d'une ordonnance sur requête, en constatant que ni la requête ni l'ordonnance rendue sur cette requête n'énoncent les circonstances qui justifiaient que la mesure d'instruction réclamée sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile ne soit pas prise contradictoirement, ce dont il résulte qu'il n'avait pas à statuer sur les mérites d'une requête qui ne pouvait le saisir régulièrement

MESURES D'INSTRUCTION - Sauvegarde de la preuve avant tout procès - Ordonnance sur requête - Mesure prise non contradictoirement - Justification - Nécessité

**Précédents jurisprudentiels :** A rapprocher :

Sur le n° 1 : Sur l'identité du juge de la rétractation, dans le même sens que :2e Civ., 11 mai 2006, pourvoi n° 05-16.678, Bull. 2006, II, n° 127 (rejet)

**Textes appliqués :**

- Sur le numéro 1 : article 497 du code de procédure civile
- Sur le numéro 2 : articles 145 et 812 du code de procédure civile