



ex/ante

Zeitschrift der juristischen Nachwuchsforscher
Revue des jeunes chercheurs en droit
Journal for young legal academics

Ausgabe – numéro – issue 2/2019

**Digitalisierung
digitalisation
digitalisation**

STEFAN SCHLEGEL / BENEDIKT SCHUPPLI

**Die Rolle des Staates als Transaktionskostenfunktion –
wie verändert die Digitalisierung
den Wirkungsbereich des öffentlichen Rechts?**

MANUEL STUTZ

**Haftungsfragen beim Robo Advice aus Sicht
des Anlegers**

PASCAL FAVROD-COUNE

**The Patent-Eligibility of Blockchains in Europe
and the United States**

SOPHIE MARTIN

**L'assemblée générale de la communauté
des propriétaires d'étages : organisation,
prise de décisions et contestations judiciaires**

THIERRY URWYLER

**Das Teilnahmerecht der Verteidigung
am Explorationsgespräch des psychiatrischen
Sachverständigen mit der beschuldigten Person
im Lichte der EMRK**

DIKE 

Inhaltsübersicht / Sommaire / Contents

Die Rolle des Staates als Transaktionskostenfunktion – wie verändert die Digitalisierung den Wirkungsbereich des öffentlichen Rechts?

Skizze einer Forschungsagenda jenseits von technologischem Determinismus und der Sehnsucht nach dem Primat der Politik

STEFAN SCHLEGEL / BENEDIKT SCHUPPLI

3

Haftungsfragen beim Robo Advice aus Sicht des Anlegers

MANUEL STUTZ

17

The Patent-Eligibility of Blockchains in Europe and the United States

PASCAL FAVROD-COUNE

32

L'assemblée générale de la communauté des propriétaires d'étages : organisation, prise de décisions et contestations judiciaires

Résumé de thèse de doctorat

SOPHIE MARTIN

45

Das Teilnahmerecht der Verteidigung am Explorationsgespräch des psychiatrischen Sachverständigen mit der beschuldigten Person im Lichte der EMRK

Mit Fokus auf das Gutachten zur Schuldfähigkeit und Massnahmenindikation – Dissertationsbesprechung

THIERRY URWYLER

49

L'assemblée générale de la communauté des propriétaires d'étages : organisation, prise de décisions et contestations judiciaires

Résumé de thèse de doctorat

SOPHIE MARTIN*

MOTS CLÉS

Propriété par étages – Communauté des propriétaires d'étages – Assemblée générale – Prise de décisions – Action en annulation et en nullité des décisions – Critères d'annulation et de nullité

I. L'introduction et la problématique

La propriété par étages est une institution des droits réels (art. 712a à 712t CC). Par le renvoi général de l'art. 712m al. 2 CC au droit de l'association, elle relève également d'une organisation corporative, à l'image d'une personne morale. Cette transversalité occasionne non seulement un nombre considérable de litiges judiciaires mais également une source inépuisable de problèmes théoriques, en particulier en matière de contestation judiciaire des décisions.

Sous la note marginale « Protection des droits des sociétaires », l'art. 75 CC offre la possibilité au sociétaire d'attaquer en justice, dans le mois à compter du jour où il en a pris connaissance, les décisions auxquelles il n'a pas adhéré et qui violent des dispositions légales ou statutaires. Directement applicable au droit de la propriété par étages (art. 712m al. 2 CC), cette disposition – consacrant le régime de l'annulabilité des décisions – soulève de multiples questions, tant sur le plan du droit matériel que du droit procédural, auxquelles nous avons répondu dans cette étude¹.

Bien que la propriété par étages ait fait l'objet de nombreux ouvrages et publications, aucune contribution ne s'est entièrement consacrée à la problématique de la contestation judiciaire d'une décision viciée adoptée par l'assemblée générale de la communauté des propriétaires d'étages (art. 712m al. 2 *cum* art. 75 CC). Contrairement

au droit de la société anonyme (art. 706b CO), le droit de la propriété par étages ne prévoit aucune liste de causes de nullité comme sanction des décisions. De plus, la jurisprudence n'est – dans une large mesure – pas claire sur la délimitation entre les décisions annulables et les décisions nulles. L'absence de critères de distinction entre ces deux régimes peut donner lieu à des situations insatisfaisantes pour les différents justiciables.

II. La communauté des propriétaires d'étages

Pour déterminer le régime de sanctions prononcées à l'encontre d'une décision viciée de l'assemblée générale de la communauté des propriétaires d'étages, il est indispensable de saisir la nature juridique de la communauté des propriétaires d'étages.

A. La nature juridique de la communauté des propriétaires d'étages

Au terme d'un examen approfondi des différentes théories sur la titularité des propriétés collectives et sur la nature juridique de la communauté des propriétaires d'étages², l'auteur est arrivée à la conclusion que dite communauté est une *quasi*-personne morale, dotée d'un patrimoine propre (art. 712l al. 1 CC), qui existe séparément de celui des propriétaires d'étages et autres membres de la communauté. D'ailleurs, le renvoi de l'art. 712m al. 2 CC au droit de l'association, particulièrement à son organisation interne et à sa prise de décisions, concrétise cette nature

* Docteure en droit, stagiaire notaire en l'étude de Me Verrey et Terrier à Pully, précédemment assistante-diplômée au Centre de droit notarial et au Centre de droit privé de l'École de droit de l'Université de Lausanne.

¹ SOPHIE MARTIN, L'assemblée générale de la communauté des propriétaires d'étages : organisation, prise de décisions et contestations judiciaires, thèse soutenue le 2 mai 2019.

² Thèse, N. 44 ss et 62 ss.

juridique et a pour conséquence d'apparenter la communauté des propriétaires d'étages à une véritable personne morale « complète ». Il en résulte qu'elle dispose d'un organe délibérant impératif, l'assemblée générale, et d'autres organes facultatifs, comme l'administrateur ou le comité. L'existence de cette communauté ayant l'exercice des droits civils limités et sa *quasi*-personnalité morale permettent de justifier la possibilité d'ouvrir action en annulation des décisions viciées prévue par l'art. 75 CC au droit de la propriété par étages (art. 712*m* al. 2 *cum* art. 75 CC).

B. La composition de la communauté des propriétaires d'étages

Par l'interprétation littérale des art. 649*c* et 712*c* CC, la communauté des propriétaires d'étages est composée des propriétaires d'étages, des titulaires de droits réels restreints, soit l'usufruitier et le titulaire d'un droit d'habitation, ainsi que des preneurs de baux annotés au registre foncier. Leur reconnaître la qualité de membre de la communauté des propriétaires d'étages influence de manière considérable la phase de préparation et le déroulement de l'assemblée générale. Surtout, cette qualification joue un rôle déterminant dans la reconnaissance de la qualité pour agir dans la procédure en annulation des décisions viciées (art. 712*m* al. 2 *cum* art. 75 CC).

III. L'assemblée générale de la communauté des propriétaires d'étages

L'assemblée générale de la communauté des propriétaires d'étages se définit³ comme la réunion physique ou, si une disposition réglementaire le prévoit, par transmission simultanée, du ou des membres de la communauté des propriétaires d'étages, ayant lieu au moins une fois par année, dans un ou plusieurs endroits déterminés à l'occasion de laquelle la volonté collective est façonnée.

Le but de l'assemblée générale, comme lieu où la volonté communautaire est exprimée, l'étendue de ses compétences décisionnelles ainsi que son caractère légal font d'elle l'organe formel⁴ (« *formelles Organ* ») délibérant de la communauté des propriétaires d'étages, comme *quasi*-personne morale.

La loi offre à la communauté des propriétaires d'étages une grande flexibilité organisationnelle, comme déjà exprimé précédemment, seule l'assemblée générale est impérative. Compte tenu de ce principe de liberté d'organi-

sation, la loi contient un certain nombre de dispositions impératives, mais surtout des règles dispositives, auxquelles les parties peuvent librement s'en écarter. La distinction entre les normes dispositives et impératives⁵ joue un rôle significatif pour déterminer quel régime de sanction appliquer à la décision qui y consacre une violation.

IV. La contestation judiciaire des décisions de l'assemblée générale de la communauté des propriétaires d'étages

L'irrégularité d'une décision sociale adoptée par l'organe délibérant peut résulter soit de la violation de règles de procédure (le critère formel) soit de la violation de dispositions légales, réglementaires ou de principes généraux de l'ordre juridique (le critère matériel). En fonction de la gravité et de la manière dont la règle est violée, la décision peut être valable malgré l'existence du vice ou, au contraire, être invalide. Dans le droit des corporations et particulièrement dans le droit de la propriété par étages, il existe un régime impliquant deux sanctions, lesquelles ont des effets différents. Il s'agit de :

- l'annulabilité de la décision (art. 712*m* al. 2 *cum* art. 75 CC), comme sanction ordinaire. La décision est annulable, à la condition qu'elle soit contestée en justice dans le mois à compter du jour où le membre en a eu connaissance ;
- la nullité de la décision (art. 20 CO par analogie), comme sanction extraordinaire. Contrairement à l'annulabilité de la décision, l'action en constatation de la nullité est imprescriptible.

A. L'action en annulation

Pour que l'annulabilité⁶ de l'art. 75 CC soit reconnue, il est nécessaire que quatre conditions soient remplies.

Premièrement, il doit s'agir d'une décision de l'assemblée générale, comme organe délibérant.

Deuxièmement, la décision doit consacrer une violation d'une règle de forme ou d'une disposition légale, réglementaire ou d'un principe de droit non écrit. En présence d'une violation formelle, il convient – en application de la jurisprudence découlant de l'art. 2 CC – de raisonner en deux étapes. D'abord, il y a lieu de délimiter les dispositions réglementaires formelles essentielles de celles qui le sont moins. Ensuite, il convient de distinguer les violations graves de celles dites légères, en fonction de

³ Thèse, N. 151 ss et 159.

⁴ Thèse, N. 162 ss.

⁵ Thèse, N. 179 ss.

⁶ Thèse, N. 726 ss.

leur influence sur la décision adoptée. Le vice formel peut entraîner l'annulabilité⁷ des décisions seulement si un déroulement correct de la procédure avait abouti à des décisions différentes.

Troisièmement, la compétence à raison du lieu et de la matière doit être respectée lors de l'ouverture de l'action.

Quatrièmement, l'action doit être introduite dans le délai péremptoire d'un mois. Si le membre n'agit pas dans ce laps de temps, il est déchu de son droit à ouvrir action en justice. Autrement dit, l'écoulement du temps guérit le vice.

Dans certaines situations, la seule sanction de l'annulabilité de la décision serait choquante. C'est pourquoi en présence de violations graves, la décision viciée peut être sanctionnée par la nullité. À l'inverse du droit de la société anonyme, le droit de la propriété par étages ne connaît pas de catalogue de causes de nullité des décisions de l'assemblée générale de la communauté des propriétaires d'étages. Bien que la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue dans le domaine de la nullité des décisions de l'assemblée générale de la communauté des propriétaires d'étages ait développé un certain nombre de critères, ceux-ci sont extrêmement vagues et imprécis. Par-dessus tout et comme exprimé précédemment, la pratique n'est de loin pas constante.

B. L'action en constatation de la nullité

En s'inspirant de la législation du droit de la société anonyme et en analysant la jurisprudence ainsi que la doctrine développées en matière de constatation de la nullité des décisions de l'organe délibérant de la société anonyme et de l'association⁸, l'auteure a procédé à une étude systématique des critères de nullité. Celle-ci lui a permis de mettre en évidence une liste détaillée des causes de nullité des décisions adoptées par l'assemblée générale de la communauté des propriétaires d'étages⁹. Par cette classification ainsi que les définitions et précisions apportées à ces différentes causes, l'appréhension de situations susceptibles de présenter un cas de nullité se révèle plus aisée.

L'auteure distingue les décisions formellement nulles, comme décisions apparentes ou inexistantes, des décisions matériellement nulles.

D'un point de vue formel, sont nulles les décisions qui sont adoptées :

- par la communauté alors qu'elle n'existe pas ou plus ;
- par l'assemblée générale, comme organe délibérant ne disposant pas de la capacité décisionnelle; en prenant position sur les controverses qui existent au sein de la doctrine et de la jurisprudence, l'auteure a choisi de retenir comme sanction celle de la nullité en se référant à une interprétation littérale de l'art. 712p al. 1 CC. Dans ses trois versions linguistiques, particulièrement la germanophone laquelle prévoit que : « *die Versammlung ist beschlussfähig* ». *A contrario*, si le *quorum* n'est pas respecté, l'assemblée ne dispose pas de la capacité décisionnelle, elle n'est pas légalement constituée et ne peut donc valablement délibérer. Ainsi, si le *quorum* n'est pas atteint, il n'existe pas de véritable organe délibérant. Les éventuelles décisions adoptées dans une pareille constellation doivent être qualifiées de décisions apparentes. Cette apparence doit être supprimée par une déclaration de nullité. L'obligation de convoquer la seconde assemblée de l'art. 712p al. 2 CC renforce d'autant plus la sanction de la nullité pour les éventuelles décisions irrégulièrement prises lors de la première assemblée.

Par ailleurs, l'auteure sensibilise son lectorat sur l'importance de distinguer la violation du *quorum* de la violation de majorités dispositives. Dans ce dernier cas et si la disposition légale dispositive ou réglementaire est violée, seule la sanction de l'annulabilité de la décision se doit d'être retenue. Son argumentaire se fonde sur l'existence d'un véritable organe délibérant parce que le *quorum* est atteint. En revanche, cet organe n'a pas respecté les exigences légales ou réglementaires de majorité.

Sont également formellement nulles les décisions qui sont adoptées :

- sans avoir fait l'objet d'une écriture dans le procès-verbal ;
- grâce au scrutin de tiers non autorisés à voter ;
- alors que la convocation n'a volontairement pas été adressée à un membre de la communauté ;
- par un organe incompetent ;
- en l'absence de toute réunion pouvant être qualifiée d'assemblée générale ;
- par correspondance ou à l'occasion d'une assemblée générale multisites sans qu'une disposition réglementaire le prévoie.

D'un point de vue matériel, sont nulles les décisions qui consacrent une violation :

- de la structure fondamentale de la propriété par étages ;
- des règles destinées à protéger les tiers, l'intérêt public ou, globalement, l'ordre public ;
- des droits de la personnalité (art. 27 al. 2 CC) ;

⁷ Ou la nullité.

⁸ Thèse, N. 935 ss.

⁹ Thèse, N. 1058 ss.

- des droits auxquels les membres de la communauté des propriétaires d'étages ne peuvent renoncer ;
- du droit privé impératif et du droit public ainsi que leurs principes.

V. La conclusion

La *quasi*-personnalité morale de la communauté des propriétaires d'étages joue un rôle fondamental et indispensable dans le prononcé des sanctions contre des décisions consacrant une violation de la loi ou du droit réglementaire. Son existence est la raison pour laquelle les décisions de l'assemblée générale, comme véritable organe délibérant, peuvent faire l'objet d'une procédure en annulation de l'art. 75 CC (*cum* art. 712*m* al. 2 CC). Sans cette possibilité de diriger l'action judiciaire contre la communauté des propriétaires d'étages, qui bénéficie à ce titre de la qualité pour défendre et de la légitimation passive, l'objet de cette étude aurait été sans fondement.

Bien que chaque situation se doit d'être appréciée en fonction des circonstances concrètes, la systématique des critères de nullité dégagée par l'auteur permet non seulement, d'appréhender plus aisément les décisions susceptibles d'être frappées par une telle sanction, mais également de garantir une meilleure sécurité juridique pour les différents justiciables.