



## SOMMAIRE

|  |
|--|
| <p><b>DISTRIBUTION</b></p> <p><b>Etude générale : les vices du consentement dans les contrats de distribution</b><br/>Avant et après la réforme du droit des contrats p. 2</p> <p><b>Résiliation d'un contrat de distribution et pouvoirs du juge des référés</b><br/>CA Paris, 16 février 2017, RG n°16/18564 p. 11</p> <p><b>Le devoir du franchisé de « se » renseigner</b><br/>Trib. com. La Rochelle, 10 février 2017, RG n°2015/005178 p. 15</p> <p><b>Contrats de franchise successifs et information précontractuelle</b><br/>CA Paris, 25 janvier 2017, n°14/23222 p. 16</p>  |
| <p><b>CONCURRENCE &amp; CONSOMMATION</b></p> <p><b>Tour d'horizon sur le déséquilibre significatif</b><br/>5 ans de jurisprudence (2011-2016) p. 17</p> <p><b>L'opposabilité des clauses de médiation préalable et l'article L.442-6, I, 5° du code de commerce</b><br/>CA Paris, 8 février 2017, n°15/02170 p. 23</p> <p><b>Notion de pratiques commerciales trompeuses</b><br/>Cass. com., 1<sup>er</sup> mars 2017, n° 15-15.448, Publié au Bulletin p. 25</p> <p><b>Nullité du contrat hors établissement pour défaut de certaines des mentions de rétractation</b><br/>CA Riom, 18 janvier 2017, RG n°14/02633 p. 25</p> <p><b>Informations du consommateur dans les secteurs du bâtiment et de l'équipement de la maison</b><br/>Arrêté du 4 janvier 2017 p. 26</p>  |
| <p><b>PROPRIETE INTELLECTUELLE &amp; NOUVELLES TECHNOLOGIES</b></p> <p><b>Usage des signes distinctifs du réseau après le terme du contrat : illustration des sanctions</b><br/>CA Douai, 26 janvier 2017, RG n°15/03590 p. 28</p> <p><b>Sanction du dépôt frauduleux de marque</b><br/>Cass.com., 11 janvier 2017, n°15-15.750, Publié au Bulletin p. 29</p> <p><b>Preuve de la contrefaçon : le glas des constats d'achat ?</b><br/>Cass. com., 25 janvier 2017, n°15-25.210, Publié au Bulletin p. 30</p> <p><b>Les nouvelles exigences de la CNIL en matière de création et de gestion de mots de passe</b><br/>Délibération n°2017-012 du 19 janvier 2017 p. 31</p>   |
| <p><b>IMMOBILIER – CONSTRUCTION – URBANISME</b></p> <p><b>Refus d'adjonction d'une nouvelle activité expressément interdite par le bail</b><br/>Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 9 février 2017, n°15-28759, Publié au bulletin p. 32</p> <p><b>Cautionnement disproportionné : la protection de l'article L.341-4 du Code de la consommation s'applique en matière de bail commercial</b><br/>Cass. com., 22 février 2017, n°14-17.491 p. 33</p> <p><b>Baux commerciaux : application d'une loi nouvelle aux contrats en cours</b><br/>Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 9 février 2017, n°16-10.350, Publié au Bulletin p. 34</p> <p><b>La responsabilité du constructeur après expiration du délai décennal</b><br/>Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 5 janvier 2017, n°15-22.772 p. 36</p> <p><b>Régime du permis de construire valant autorisation d'exploitation commerciale</b><br/>Conseil d'Etat, Avis du 23 décembre 2016, n° 398077, Publié au Recueil Lebon p. 36</p> |
| <p><b>INTERNATIONAL</b></p> <p><b>Entente et entreprise commune</b><br/>CJUE, 18 janvier 2017, aff. C-623/15 p. 37</p> <p><b>Rupture brutale des relations commerciales et clause attributive de compétence internationale</b><br/>Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janvier 2017, n°15-26.105 p. 39</p> <p><b>Conflit de juridiction et détermination du lieu du dommage</b><br/>Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janvier 2017, n°15-25.661 p. 40</p>  |
| <p><b>ACTUALITÉ SIMON ASSOCIÉS</b> p. 41</p>   |

PARIS  
NANTES  
MONTPELLIER  
GRENOBLE  
LYON  
FORT-DE-FRANCE  
POINTE-A-PITRE

BORDEAUX\*  
CHAMBÉRY\*  
CLERMONT-FERRAND\*  
GRENOBLE\*  
LE HAVRE\*  
POITIERS\*  
ROUEN\*  
SAINT-ETIENNE\*  
STRASBOURG\*  
TOULOUSE\*

ALGÉRIE\*\*  
BAHREIN\*\*  
BELGIQUE\*\*  
BRÉSIL\*\*  
CAMEROUN\*\*  
CHINE\*\*  
CHYPRE\*\*  
COREE DU SUD\*\*  
CÔTE D'IVOIRE\*\*  
ÉGYPTE\*\*  
ÉMIRATS ARABES UNIS\*\*  
ÉTATS-UNIS\*\*  
ÎLE MAURICE\*\*  
INDONESIE\*\*  
IRAN\*\*  
LUXEMBOURG\*\*  
MAROC\*\*  
OMAN\*\*  
RD CONGO\*\*  
SENEGAL\*\*  
TUNISIE\*\*

\*Réseau SIMON Avocats

\*\*Convention Organique Internationale

## DISTRIBUTION

### Etude générale : les vices du consentement dans les contrats de distribution

Avant et après la réforme du droit des contrats

Ce qu'il faut retenir :

La réforme du droit des contrats opère des bouleversements importants en matière de vices du consentement. La présente étude examine les notions d'erreur et de dol (laissant de côté la notion de violence), avant d'envisager la question – souvent problématique en pratique – des conséquences de l'existence d'un vice du consentement.

Pour approfondir :

D'après l'article 1109 du Code civil, « il n'y a point de consentement valable, si le consentement n'a été donné que par erreur, ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol ». Le consentement est éclairé lorsque la partie s'est fait une exacte représentation des circonstances de fait et de droit avant de consentir. Tel n'est pas le cas si elle a commis une erreur. A ce titre l'on distingue deux types d'erreurs : il y a l'erreur commise spontanément par l'*errans* et l'erreur provoquée par autrui. On parle tout simplement d'erreur dans le premier cas (I), de dol, dans le second (II). Il conviendra ensuite d'envisager la question des conséquences de l'existence d'un vice du consentement (III).

#### I. L'ERREUR

##### A – LES CAS D'ERREUR

Le Code civil prévoit la nullité du contrat seulement pour certaines fausses représentations, certaines erreurs (1). Pourtant, à certaines conditions, d'autres fausses représentations, d'autres erreurs, peuvent également donner lieu à nullité (2).

##### 1 – Les cas d'erreurs prévus par le Code civil

On distingue la fausse représentation portant sur des circonstances de fait, l'*erreur de fait*, de la fausse représentation portant sur l'état du droit, l'*erreur de droit*. En droit de la distribution, le contentieux concerne l'erreur de fait, non l'erreur de droit.

D'après l'ancien article 1110, « [l]’erreur n’est cause de nullité de la convention que lorsqu’elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l’objet. Elle n’est point une cause de nullité lorsqu’elle ne tombe que sur la personne avec laquelle on a l’intention de contracter, à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de cette convention ».

**NB : REFORME DU DROIT DES CONTRATS. – On retrouve ces deux types d'erreur, autrement nommées, dans les nouvelles dispositions du Code civil. D'après le nouvel article 1132 du Code civil, « [l]’erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu'elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant. ».**

On distingue donc l'erreur qui porte sur la « substance de la chose » (a) de celle qui porte sur la personne du cocontractant (b).

##### a. L'erreur sur la substance de la chose

L'expression d'erreur sur la « substance de la chose » doit être doublement précisée, dans ses deux termes.

En premier lieu, le terme de « chose » doit être entendu le plus largement possible, comme la prestation due par une partie à une autre, peu important que cette prestation porte sur une chose. Par exemple, l'erreur peut porter sur la substance de la voiture vendue – sur son kilométrage –, mais aussi sur la substance du travail promis par un franchiseur – sur l'étendue de l'assistance promise.

En second lieu, le terme de « substance » peut être entendu de différentes façons. Dans une *acception stricte*, la substance désigne la *matière* de la chose : suivant un exemple emprunté à Pothier, « Si, croyant acheter des chandeliers en argent, j'achète des chandeliers en cuivre, il y a erreur sur la matière, donc sur la substance de la chose. ». Mais dans une *acception plus large*, qui est celle retenue par la jurisprudence, la substance désigne l'ensemble des *qualités substantielles* de la chose, c'est-à-dire non seulement la *matière*, mais aussi d'*autres qualités* de la chose : par exemple, il y aura erreur sur la substance si j'achète des chandeliers que je croyais avoir appartenu à Napoléon, alors que tel n'est pas le cas. La difficulté est de déterminer quelles sont les qualités substantielles d'une chose ou plus généralement d'une prestation.

Tout dépend donc en réalité des circonstances.

**NB : REFORME DU DROIT DES CONTRATS. – D'après le nouvel article 1133 du Code civil, « [I]es qualités essentielles de la prestation sont celles qui ont été expressément ou tacitement convenues et en considération desquelles les parties ont contracté. ». Cette disposition retient de la notion de « qualités essentielles » une appréciation subjective. Sont considérées comme telles celles qui ont été expressément ou tacitement convenues ET celles en considération desquelles les parties ont contracté. En réalité, les parties n'ont pas toutes deux à s'être trompées. Ce qui importe est que celui qui réclame la nullité se soit trompé.**

#### **b. L'erreur sur la personne**

D'après l'ancien article 1110 du Code civil, l'erreur sur la personne du cocontractant n'est pas prise en compte, « à moins que la considération de cette personne ne soit la cause principale de la convention », si et seulement si le contrat a été conclu *intuitu personae*, en considération de cette identité ou de ces qualités. Par où l'on voit que l'exigence posée renvoie directement au caractère déterminant de l'erreur (v. infra).

Exemple :

En considération de l'**identité** : c'est le cas dans une donation, spécialement en ce qui concerne l'identité du donataire. Aussi, celui qui donne un bien à une personne qu'elle croit être son fils peut en demander la nullité si le donataire s'avère ne pas être son fils ;

En considération des **qualités** : c'est le cas notamment de la caution qui s'engage en considération de certaines qualités du débiteur, avec cette particularité qu'il est tiers au contrat, ce dernier étant conclu avec le créancier. Aussi, celui qui cautionne la dette d'un débiteur principal sans savoir qu'il était frappé de l'interdiction d'exercer une activité commerciale pourra demander la nullité du cautionnement (Cass. com., 19 novembre 2003, B. 172).

Dire que le contrat de franchise est conclu *intuitu personae* est insuffisant pour considérer que toute erreur commise sur telle qualité du franchiseur est de nature à emporter la nullité du contrat. Il convient de se demander si le franchisé s'est bien engagé en considération de cette qualité.

**NB : REFORME DU DROIT DES CONTRATS. – D'après le nouvel article 1134 du Code civil, « [I]'erreur sur les qualités essentielles du cocontractant n'est une cause de**

**nullité que dans les contrats conclus en considération de la personne ». La notion de « qualités essentielles » n'est pas ici définie. La référence au contrat conclu « en considération de la personne » est insuffisante. Ce qui importe est que l'erreur ait porté sur une qualité en considération de laquelle l'errans s'était engagé et semble-t-il que les parties en soient « expressément ou tacitement convenues » (par renvoi à ce qui est prévu au sujet de l'erreur sur les qualités essentielles de la prestation).**

#### **2. Le cas d'erreur non prévu par le Code civil : « l'erreur sur les motifs »**

L'« erreur sur les motifs » désigne toute erreur portant sur des considérations qui ont conduit l'errans à s'engager et qui ne portent pas sur la « substance de la chose » ou sur les qualités de la personne du cocontractant. Par exemple, une personne acquiert des tuiles qui résistent au gel car elle pense à tort que les siennes n'y résistent pas. De telles erreurs ne sont prises en compte que très restrictivement, en vue d'assurer la sécurité juridique.

L'erreur sur les motifs n'est pas mentionnée par le Code civil, sauf à considérer qu'elle est la « fausse cause » de l'ancien article 1131 du Code civil. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence la retenait (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 février 2001, B. 31 ; Com. 30 mai 2006, n°04-15356).

**NB : REFORME DU DROIT DES CONTRATS. – Les nouvelles dispositions du Code civil y font désormais expressément référence, en parlant d'erreur « sur un simple motif ». D'après le nouvel article 1135 alinéa 1 du Code civil, « [I]'erreur sur un simple motif, étranger aux qualités essentielles de la prestation due ou du cocontractant, n'est pas une cause de nullité, à moins que les parties n'en aient fait expressément un élément déterminant de leur consentement. ».**

#### **B – LES CARACTERES DE L'ERREUR**

L'erreur doit présenter trois caractères pour donner lieu à l'annulation du contrat : déterminant **(1)**, convenu **(2)**, excusable **(3)**.

##### **1 - Le caractère déterminant**

Il s'agit là d'une exigence de bon sens qui ressortait implicitement des anciennes dispositions du Code civil : le contrat ne sera annulé que s'il est établi que l'errans n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions différentes s'il ne s'était pas trompé.

**NB : REFORME DU DROIT DES CONTRATS. – Cette exigence ressort de la disposition générale du nouvel article 1130 du Code civil, « [l]’erreur, le dol et la violence vicient le consentement lorsqu’ils sont de telle nature que, sans eux, l’une des parties n’aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes ». On notera néanmoins que la victime devra établir qu’elle n’aurait pas conclu le contrat ou qu’elle ne l’aurait pas conclu à des conditions substantiellement différentes. Autrement dit, si le défendeur parvient à démontrer que l’errans aurait contracté à des conditions qui n’auraient pas été substantiellement différentes, la nullité ne sera pas prononcée.**

## 2 – Le caractère convenu

Il s’agit là d’une exigence de nature à assurer un minimum de sécurité juridique et qui n’est exigée qu’en vue d’annuler des contrats à titre onéreux, non à titre gratuit. Elle ressortait implicitement des anciennes dispositions du Code civil. La portée de cette exigence varie suivant que l’erreur alléguée est une erreur sur la substance ou la personne d’une part et sur les motifs d’autre part.

En présence d’une erreur sur la substance ou la personne, il doit être établi que le caractère déterminant de l’élément sur lequel a porté l’erreur devait être au moins connu du cocontractant. Cela sera d’autant plus facile à établir que l’élément sur lequel a porté l’erreur était déterminant pour tous et qu’il ne pouvait donc être ignoré par le cocontractant que l’élément en question était bien déterminant : par exemple, la vente d’un tableau présenté comme ayant été peint par tel artiste célèbre alors que tel n’est pas le cas sera sans difficulté annulée car le caractère déterminant de l’élément sur lequel a porté l’erreur ne pouvait être ignoré du cocontractant.

En revanche, lorsque l’erreur porte sur un élément qui n’est pas considéré par tous comme étant déterminant, cela sera plus difficile à établir, mais évidemment possible. Par exemple : Cass. com., 13 mars 2012, n°11-13077. Un professionnel des travaux agricoles avait acquis d’une société une moissonneuse-batteuse d’une marque X et une barre de coupe repliable d’une marque Y pour une somme globale. Ayant ultérieurement constaté l’incompatibilité des deux matériels, l’acheteur assigna le vendeur en nullité du contrat pour erreur sur les qualités substantielles de la chose vendue. La nullité fut prononcée dans la mesure où différents indices (notamment l’unicité de la commande et leurs relations passées) devaient laisser

à penser au vendeur que l’adaptabilité de la barre de coupe à la moissonneuse-batteuse était déterminante pour l’acheteur).

En présence d’une erreur sur les motifs, il faut que le caractère déterminant de l’élément sur lequel a porté l’erreur ait, par une stipulation expresse, été érigé en condition de l’accord (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 février 2001, B. 31 ; Cass. com., 30 mai 2006, n°04-15356). Cette exigence accrue s’explique par la menace que ferait planer sur la sécurité juridique la prise en considération de n’importe quel motif extérieur au contrat permettant à un cocontractant d’annuler le contrat.

**NB : REFORME DU DROIT DES CONTRATS. – Les nouvelles dispositions sont plus précises et peut-être plus exigeantes. S’agissant de l’erreur sur les « qualités essentielles », au moins celles portant sur la prestation (rien n’est dit sur celles concernant la personne), les qualités sur lesquelles a porté l’erreur doivent avoir « été expressément ou tacitement convenues » (nouvel art. 1133 C. civ.). Il ne suffit donc pas que telle qualité ait été portée à la connaissance du cocontractant. S’agissant de l’erreur sur un « simple motif », les parties doivent avoir fait du motif « expressément un élément déterminant de leur consentement » (nouvel art. 1135 C. civ.), ce qui est conforme à la jurisprudence antérieure.**

## 3 – Le caractère excusable

Il s’agit là d’une exigence morale qui vise à interdire à celui qui s’est trompé par une négligence caractérisée de demander la nullité du contrat. Si l’erreur était facilement décelable, ou si elle n’a pu être décelée à la suite d’une faute commise par l’errans, elle sera considérée comme inexcusable : *De non vigilantibus non curat praetor*.

Le caractère inexcusable s’apprécie *in concreto*, en considération de la nature du contrat envisagé, de la nature de la chose ou du travail sur lequel il porte, de la qualité des parties. Par exemple : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 16 décembre 1964, B. 575 : Un acheteur « *amateur d’art, appartenant à un milieu social élevé, ne pouvait ignorer que la mention "signé Courbet" ne s’appliquait qu’à la matérialité de la signature figurant sur le tableau et que la mention "attribué à Courbet", si elle rendait vraisemblable l’identité du peintre auteur du tableau, n’en laissait pas moins subsister un doute sur cette identité.* »

Par principe, est considérée comme étant inexcusable l’erreur sur la *valeur d’une chose ou d’une prestation*,

car chacun doit s'assurer de la valeur des choses ou des prestations qu'il fournit ou reçoit. Par ailleurs, prendre en compte l'erreur sur la valeur conduirait le plus souvent à sanctionner la lésion, laquelle n'est pas en principe sanctionnée en droit français. Il reste que si l'erreur sur la valeur prend sa source dans une erreur sur la substance, le contrat pourra être annulé. Par exemple, des chandeliers en cuivre ont été payés au-delà de leur valeur, l'acheteur les ayant cru lors de l'acquisition être en argent.

**NB : REFORME DU DROIT DES CONTRATS.** – Cette exigence est reprise au **nouvel article 1132 du Code civil** : **« [l]’erreur de droit ou de fait, à moins qu’elle ne soit inexcusable, est une cause de nullité du contrat lorsqu’elle porte sur les qualités essentielles de la prestation due ou sur celles du cocontractant. »**.

Illustration : la rentabilité d'un bien. Un industriel acquiert une machine pensant que son chiffre d'affaires s'en trouvera amélioré ou encore un commerçant se franchise dans le même espoir ; or ni la machine ni la franchise ne permettent de dégager le chiffre d'affaires escompté.

Illustration : la rentabilité d'un contrat (franchise). Traditionnellement, la Cour de cassation considérait que *« l'appréciation erronée de la rentabilité économique de l'opération n'était pas constitutive d'une erreur sur la substance de nature à vicier le consentement »* (Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 31 mars 2005, B. 81).

Mais elle semble changer de voie : elle a ainsi envisagé la possibilité d'une nullité d'un contrat pour *« erreur substantielle sur la rentabilité de l'entreprise »* (Cass. com., 4 octobre 2011, n°10-10956 : mauvais prévisionnels transmis au franchisé). Adde Cass. com., 12 juin 2012, n° 11-19047 : *« ayant retenu que les chiffres prévisionnels contenus dans ce document, fournis par le franchiseur, sont exagérément optimistes au regard de l'écart très important qu'ils présentent avec les chiffres d'affaires réalisés par la société Chrysalide, à laquelle il n'est reproché aucune faute de gestion, et relevé que ces données portent sur la substance même du contrat de franchise, pour lequel l'espérance de gain est déterminante, la cour d'appel, (...) qui a fait ressortir le caractère déterminant des chiffres communiqués, a caractérisé le vice du consentement qu'elle a retenu pour prononcer l'annulation du contrat »*. Adde Cass. com., 17 mars 2015, n°13-24853 et 14-10365 : *« la société X... avait été déterminée à conclure le contrat de franchise sur la base d'informations erronées et trompeuses et d'un prévisionnel non sérieux, laissant escompter des*

*résultats bénéficiaires qui n'étaient pas réalisables, et que son consentement avait dès lors été vicié »*.

La jurisprudence de la Cour de cassation peut être critiquée.

**En premier lieu, on peut se demander si l'« erreur sur la rentabilité » est techniquement une véritable erreur.** L'erreur, en droit, consiste en une fausse représentation de l'état de fait ou de droit existant lors de l'engagement et ne saurait résulter rétrospectivement de prévisions qui se sont avérées erronées. Or il n'est en général pas possible de savoir si tel ou tel contrat sera effectivement rentable et dans quelle mesure (certes, certaines choses sont en elles-mêmes plus ou moins rentables et cela se vérifiera dans l'avenir de sorte que l'on serait en présence d'une véritable erreur. Néanmoins, de même qu'un arbre mal planté mais bien arrosé peut donner de beaux fruits, un arbre bien né mais mal entretenu pourra ne donner que des fruits gâtés. C'est ainsi qu'une opération *a priori* non rentable pourra s'avérer rentable, et inversement. Pour cette raison, qui tient à ce que l'avenir n'est jamais certain, et qu'en matière de vice du consentement, on ne saurait se livrer à une appréciation rétrospective, **l'erreur sur la rentabilité** ne devrait pas être considérée comme une erreur cause de nullité). D'ailleurs, on trouve une preuve de l'inanité du concept d'« erreur sur la rentabilité » avec la possibilité qu'auraient les parties d'ériger en condition (au sens d'événement futur et incertain) telle rentabilité de l'exploitation du franchisé ; or ce qui peut être érigé en condition ne peut être la source d'une erreur. S'agissant précisément de la rentabilité économique de la franchise, le plus simple serait encore pour celui qui veut se voir garantir la rentabilité de la chose acquise, qu'il intègre au contrat une clause de garantie de son contractant. On en trouve une autre lorsque les juges retiennent l'absence de responsabilité du franchiseur quand la différence entre les chiffres du prévisionnel et ceux réalisés par le franchisé sont imputables à des circonstances relevant de la force majeure, ce qui montre bien que la question relève de l'exécution du contrat et non de la théorie des vices du consentement. Au final, soit les parties ont choisi d'ériger en condition résolutoire la non-obtention de certains résultats (ce qui suppose une appréciation de l'imputabilité du succès ou de l'insuccès...), soit elles ne l'ont pas fait et le contrat ne saurait être annulé pour erreur.

**En second lieu, à supposer même que l'on puisse parler d'erreur, ce n'est pas d'erreur sur les « qualités essentielles de la prestation » dont il est question,**

mais d'une « erreur sur les motifs », c'est-à-dire sur les raisons extrinsèques qui ont conduit une personne à contracter. C'est la démarche adoptée par la Cour d'appel de Lyon, dans une décision du 5 juin 2014, dans laquelle elle a considéré qu' « à supposer que les intimés veuillent parler d'une erreur sur la rentabilité économique de l'opération (...), celle-ci ne constitue pas une erreur sur la substance » et que « dès lors que le dol n'est pas constitué et que les parties n'ont pas fait de ces motifs la condition de leur accord, les motifs vrais ou erronés qui peuvent inciter une partie à conclure une opération à titre onéreux avec une autre partie sont sans influence sur la validité de l'opération » (CA Lyon, 5 juin 2014, RG n°13/03651). Cela aurait pour conséquence, en application du nouvel article 1135 du Code civil, que l'annulation pour erreur serait subordonnée à un accord « exprès » des parties sur le caractère déterminant de ce motif (en tout état de cause, le contrat resterait annulable pour dol, à supposer bien entendu que les conditions en soient réunies).

## II. LE DOL

### A – LA NOTION DE DOL

Non défini par le Code civil, le dol était mentionné par le Code civil à l'ancien article 1116 C. civ. : « *Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté* » (al. 1).

Il désigne le comportement d'une personne destiné à induire en erreur une autre pour la décider à conclure un contrat. Le dol n'est donc rien d'autre qu'une erreur provoquée intentionnellement.

Le dol présente deux avantages pour la victime par rapport à l'erreur. En premier lieu, il permet de prendre en considération des erreurs qui ne sont normalement pas sanctionnées sur le terrain de l'erreur. C'est le cas, d'une part, des erreurs *inexcusables* (Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 21 février 2001, B. 20 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janvier 2005, n°03-15115 ; Cass. com., 13 février 2007, n°04-16520), des erreurs normalement non prises en compte en raison du devoir qu'avait l'errant de s'informer. C'est le cas, d'autre part, des erreurs qui ne sont pas convenues (Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 22 juin 2005, B. 137). En second lieu, il permet à la victime d'obtenir des dommages-intérêts.

**NB : REFORME DU DROIT DES CONTRATS. – Le fait que le dol rende toujours l'erreur excusable figure au nouvel article 1139 du Code civil : « L'erreur qui résulte d'un**

***dol est toujours excusable ; elle est une cause de nullité alors même qu'elle porterait sur la valeur de la prestation ou sur un simple motif du contrat. »***

Le dol est constitué d'un élément matériel (1) et d'un élément moral (2).

### 1 – Élément matériel

Il y a dol par action lorsque l'auteur du dol accomplit des manœuvres, auxquelles se réfère l'ancien article 1116 du Code civil. Il peut s'agir d'un simple *mensonge* ou encore d'une *mise en scène* plus élaborée. Il convient en tout état de cause de réserver ce que l'on appelle parfois l'« argument de vente ». De fait, l'exagération qui n'est en réalité qu'un argument de vente est autorisée. On y voit un *dolus bonus*, par opposition au *dolus malus*. Le contractant doit en effet s'attendre à de telles pratiques et se montrer curieux de la réalité : dans la vente, l'on dit *Emptor debet esse curiosus*.

On parle de dol par abstention en cas de silence coupable gardé par l'auteur du dol : on parle alors de réticence dolosive. Or le silence n'est coupable que lorsque celui qui s'est tu, était tenu d'informer. Il ne saurait y avoir de réticence dolosive sans obligation précontractuelle d'information. Par exemple : aucune obligation d'information ne pesant sur l'acheteur d'informer le vendeur de la valeur de ce qui lui est vendu, il ne saurait y avoir de réticence dolosive (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 mai 2000, B. 131), même si l'acheteur est professionnel (Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 17 janvier 2007, B. 5). De même, aucune obligation d'information ne pesant sur une entreprise d'informer le contractant qu'elle est en redressement judiciaire, il ne saurait y avoir de réticence dolosive (Cass. com., 24 septembre 2003, n°00-21863).

**NB : REFORME DU DROIT DES CONTRATS. – La diversité des dols ressort du nouvel article 1137 du Code civil : « *Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges. (al. 1) Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie. (al. 2).* »**

### 2 – Élément moral

Le dol ne sera retenu que pour autant que l'auteur de l'élément matériel a eu l'intention de tromper son cocontractant. A défaut, il y aura seulement manquement à une obligation d'information : la nullité

du contrat ne pourra être obtenue que sur le fondement de l'erreur.

Il y a eu parfois un manque de rigueur en jurisprudence, spécialement s'agissant de la réticence dolosive. Dans un arrêt de la première chambre civile, la Cour de cassation a admis la réticence d'un garagiste au motif que celui-ci « *ne pouvait ignorer que le compteur indiquait un kilométrage bien inférieur à celui que la voiture avait parcouru en réalité* » (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 janvier 1977, B. 40). Et très clairement, un arrêt de la troisième chambre civile a considéré que la réticence dolosive pouvait être sanctionnée alors même qu'elle n'était pas intentionnelle (Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 11 mai 2005, B. 101). Toutefois, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a réaffirmé que « *le manquement à une obligation précontractuelle d'information, à le supposer établi, ne peut suffire à caractériser le dol par réticence, si ne s'y ajoute la constatation du caractère intentionnel de ce manquement* » (Cass. com., 28 juin 2005, B. 140).

Quoi qu'il en soit, s'il n'y a manquement à une obligation précontractuelle d'information de façon non intentionnelle, seuls des dommages-intérêts pourront être accordés à la victime, car il y a bien néanmoins une faute.

## B – LES CARACTERES DU DOL

L'article 1116 dispose que le « *dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté* ». On en déduit deux caractères, qui concernent l'origine du dol **(1)** et son caractère déterminant **(2)**.

### 1 – Le caractère déterminant

Celui qui se prétend victime d'un dol doit démontrer que l'élément sur lequel il a été trompé revêtait pour lui une importance telle que, s'il avait été au courant de la réalité, il n'aurait pas conclu. Cette exigence, que l'on retrouve aussi pour l'erreur, est évidente car on ne voit pas pourquoi on annulerait un contrat qui de toute façon aurait été conclu.

Illustration en franchise : la simple méconnaissance de la loi dite « Doubin » ne peut emporter l'annulation du contrat si le consentement du franchisé n'a pas été vicié (Cass. com., 10 février 1998, B. 71).

Il reste que la jurisprudence n'annulait pas le contrat lorsque la victime établissait seulement qu'elle aurait

néanmoins conclu le contrat à d'autres conditions, plus avantageuses pour elle ; en ce cas, elle se contentait d'allouer des dommages-intérêts. De là est née la distinction entre le dol principal (le contrat n'aurait pas été conclu) du dol incident (le contrat aurait été conclu à des conditions différentes). La distinction était critiquable : dire que le contrat aurait été conclu à d'autres conditions revient à dire que le contrat litigieux n'aurait pas été conclu. C'est ce qui a conduit la Cour de cassation à procéder à un revirement de jurisprudence : la troisième chambre (Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 22 juin 2005, CCC 2005, comm. n° 186, obs. L. Leveneur, RDC 2005, p. 1025, obs. Ph. Stoffel-Munck) a admis que le dol incident ouvre, comme le dol principal, la voie à l'annulation du contrat ; la première chambre civile l'a semble-t-il rejointe (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 mai 2008, B. 154).

## 2 – Origine du dol

L'article 1116 du Code civil impose que le dol soit le fait du cocontractant. S'il est provoqué par un tiers au contrat, il n'entraînera pas l'annulation du contrat mais simplement l'allocation de dommages-intérêts de la part de ce tiers sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 27 juin 1973, B. 219). Cette solution évite de causer une atteinte excessive aux intérêts du cocontractant innocent qui ne se verra pas imposer l'annulation du contrat en raison du fait d'un tiers. Cette raison justifie en revanche que le dol d'un tiers soit cause de nullité lorsqu'il a été commis sur les directives (Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 7 avril 2015, n°14-13738) ou en représentation (Cass. com., 25 mars 1974, B. 104) du contractant. En tout état de cause, « *l'erreur consécutive au dol d'un tiers à la convention est cause de nullité lorsqu'elle porte sur la substance même du contrat* », car dans ce cas, le contrat aurait de toute façon pu être annulé sur le fondement de l'erreur (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 juillet 1996, B. 288).

**NB : REFORME DU DROIT DES CONTRATS. – La jurisprudence est consolidée au nouvel article 1138 du Code civil : « *Le dol est également constitué s'il émane du représentant, gérant d'affaires, préposé ou porte-fort du contractant. (al. 1) Il est encore lorsqu'il émane d'un tiers de connivence. (al. 2)* ».**

## III. LES CONSEQUENCES DE L'EXISTENCE D'UN VICE DU CONSENTEMENT

### A – LA NULLITE

Lorsque le contrat est annulable pour erreur ou pour dol, c'est l'entier contrat qui sera annulé. Il en va également en principe de même lorsque la cause

d'annulation réside dans le défaut de cause. Le contrat qui ne comporte pas de cause ou qui comporte une cause dérisoire est nul de nullité relative. Toutefois, lorsque ce n'est pas l'équilibre du contrat qui est atteint, mais une obligation accessoire qui est dépourvue de cause, la nullité est en général circonscrite à l'obligation accessoire. Par exemple : pour les clauses de non-concurrence, Cass. com., 15 mars 2011, B. 39 : « *Vu le principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle, ensemble l'article 1131 du Code civil ; lorsqu'elle a pour effet d'entraver la liberté de se rétablir d'un salarié, actionnaire ou associé de la société qui l'emploie, la clause de non-concurrence signée par lui, n'est licite que si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié et comporte l'obligation pour la société de verser à ce dernier une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives* ».

**NB : REFORME DU DROIT DES CONTRATS. – En premier lieu, d'après le nouvel article 1178 du Code civil, « [u]n contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. (al. 1) La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord. (al. 2) Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé (al. 3) (...) ».** La nouveauté réside donc dans la possibilité de convenir de la nullité entre les parties. **En deuxième lieu,** le nouvel article 1184 du Code civil traite de la nullité partielle en précisant que « [l]orsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles. (al. 1) Le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien. (al. 2) ». **En troisième lieu,** le nouvel article 1183 du Code civil introduit une action interrogatoire, ce qui est nouveau : « [u]ne partie peut demander par écrit à celle qui pourrait se prévaloir de la nullité soit de confirmer le contrat soit d'agir en nullité dans un délai de six mois à peine de forclusion. La cause de la nullité doit avoir cessé. L'écrit mentionne expressément qu'à défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration du délai de six mois, le contrat sera réputé confirmé. ».

## B – LES RESTITUTIONS

Parce que l'on doit faire comme si le contrat n'avait jamais été conclu (nullité), le contrat n'aurait pas dû être exécuté, ce qui va obliger les parties à se restituer

ce qu'elles ont reçu depuis, et ce qui peut avoir des conséquences à l'égard des tiers. Les restitutions peuvent se faire en nature ou par équivalent. Elles se font normalement en nature : les parties doivent procéder à la restitution en nature des prestations qu'elles avaient reçues en exécution du contrat rétroactivement anéanti. Si la restitution en nature est impossible, elle se fait par équivalent. Lorsque, et c'est le cas au moins en partie en franchise, le contrat en cause porte sur une *prestation de services* ou sur la *jouissance d'une chose*, il n'est pas possible de restituer un équivalent de ce qui a été reçu, une indemnité. Le juge est libre de fixer le montant de cette indemnité, laquelle ne sera pas forcément égale au montant des loyers stipulés ou à la rémunération convenue de l'entrepreneur (Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 12 janvier 1988, B. 7 : indemnité d'occupation ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 13 septembre 2006, B. 175 : coût réel des travaux) : cela reviendrait en effet à exécuter un contrat nul. De même, si à la suite de l'anéantissement d'un contrat de travail, il est impossible aux parties de se restituer réciproquement ce qu'elles ont reçu, il y a lieu de tenir compte de la valeur des prestations de chacune d'elles et de l'avantage que l'autre en a retiré (Cass. Soc., 10 juin 1965, B. 441).

**NB : REFORME DU DROIT DES CONTRATS. – Les règles anciennes dégagées par la jurisprudence ont été reprises par les nouvelles dispositions du Code civil, au nouvel art. 1352 C. civ. : « La restitution d'une chose autre que d'une somme d'argent a lieu en nature ou, lorsque cela est impossible, en valeur, estimée au jour de la restitution. ». Nouvel art. 1352-1 C. civ. : « Celui qui restitue la chose répond des dégradations et détériorations qui en ont diminué la valeur, à moins qu'il ne soit de bonne foi et que celles-ci ne soient pas dues à sa faute. ». Nouvel art. 1352-2 C. civ. : « Celui qui l'ayant reçue de bonne foi a vendu la chose ne doit restituer que le prix de la vente. « S'il l'a reçue de mauvaise foi, il en doit la valeur au jour de la restitution lorsqu'elle est supérieure au prix. »**

La Cour de cassation ne cherchait pas à remettre les parties dans l'état dans lequel elles se trouveraient avant la date jusqu'à laquelle est remontée l'anéantissement du contrat. C'est pourquoi le vendeur n'obtenait que la restitution de la chose, sans indemnité de jouissance et que l'acheteur ne pouvait être indemnisé des frais de jouissance. La Cour de cassation a jugé que « *le vendeur n'est pas fondé, en raison de l'effet rétroactif de l'annulation de la vente, à obtenir une indemnité correspondant à la seule occupation de l'immeuble* » (Ch. Mixte 9 juillet 2004, *Fioro*, B. 2). La solution est inique car l'acheteur a



profité gratuitement d'un bien pendant cinq ans, même s'il présente un défaut, et le vendeur récupère un bien qui, dans le cas présent, est un bien d'obsolescence rapide.... Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 19 février 2014, n°12-13668, au sujet de la résolution de la vente d'un cheval boiteux, l'acheteur avait demandé à être indemnisé pour les frais de pension et de maréchalerie. La Cour de cassation décide que la cour d'appel « *a exactement retenu [que ces frais] étaient la contrepartie de la jouissance du cheval dont elle avait pu profiter hors compétition* ». On observera cependant que la Cour de cassation note bien que l'acheteur avait tiré profit du cheval, d'une certaine manière. Si tel n'avait pas été le cas, l'acheteur aurait probablement été indemnisé pour ces dépenses.

**NB : REFORME DU DROIT DES CONTRATS. – Cette jurisprudence a été brisée par les nouvelles règles du Code civil. Le nouvel article 1352-3 alinéa 1 du Code civil prévoit que « [I]l a restitution inclut les fruits et la valeur de la jouissance que la chose a procurée ». En contrepoint, d'après le nouvel article 1352-5 du Code civil, « [p]our fixer le montant des restitutions, il est tenu compte à celui qui doit restituer des dépenses nécessaires à la conservation de la chose et de celles qui en ont augmenté la valeur, dans la limite de la plus-value estimée au jour de la restitution ». L'acheteur devra donc désormais restituer les fruits produits par la chose (par exemple les loyers si la chose avait été louée) ou, à défaut, une indemnité pour la jouissance du bien. Il sera en revanche redevable des frais de conservation de la chose. Toutefois, cette règle doit être mise en perspective avec une disposition importante du droit des biens : en présence d'un contrat portant sur l'acquisition d'une chose, si l'acquéreur était de bonne foi, c'est-à-dire s'il a conclu le contrat sans en connaître alors la cause de nullité, il peut conserver les fruits produits par la chose (art. 549 C. civ.). De fait, jusqu'à l'anéantissement, il s'est cru valable propriétaire des fruits et a pu les consommer ou, à tout le moins, compter sur eux. Le nouvel article 1352-7 C. civ. conforte cette règle : « *celui qui a reçu de mauvaise foi doit les intérêts, les fruits qu'il a perçus ou la valeur de la jouissance à compter du paiement* » alors que « *[c]elui qui a reçu de bonne foi ne les doit qu'à compter du jour de la demande.* ».**

#### C – L'OCTROI DE DOMMAGES-INTERETS

L'auteur d'une faute ayant conduit à l'annulation du contrat (dol ou manquement non dolosif à une obligation d'information ayant causé une erreur) s'expose à voir sa responsabilité engagée par la victime,

que celle-ci ait ou non fait le choix d'agir en nullité. Trois hypothèses peuvent être distinguées : seule l'action en nullité est exercée (1) ; seule l'action en responsabilité est exercée (2) ; les actions en nullité et en responsabilité sont toutes deux exercées (3).

#### 1 – Seule l'action en nullité est exercée

Par hypothèse, aucuns dommages-intérêts ne seront octroyés.

#### 2 – Seule l'action en responsabilité est exercée

Cette situation appelle trois observations.

**Première observation** : il est tout à fait possible d'agir en responsabilité sans demander la nullité du contrat vicié (Cass. com., 14 mars 1972, n 70-12659 ; Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 février 1975, n 72-13217 ; Cass. com., 3 décembre 1991, n 90-13754 ; Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 23 mai 2012, n 11-11796. ; v. aussi, Cass. com., 27 janv. 2009, n 07-21616 : « *Vu l'article L. 330-3 du Code de commerce ; Attendu que pour rejeter la demande de la société Phone pratique tendant à la condamnation de la Société française de radiotéléphone (SFR) au paiement de dommages-intérêts pour manquement à l'obligation d'information résultant de l'article L. 330-3 du Code de commerce, l'arrêt retient, par motifs substitués, que cette société fait valoir que SFR aurait manqué à trois reprises de lui communiquer le document prévu, et qu'il suffit, pour déclarer ce moyen inopérant, de relever que la société Phone pratique, qui soutient l'existence d'un dol constitutif d'un vice du consentement, sollicite en réparation uniquement l'octroi de dommages-intérêts, alors que la sanction d'une convention contractée avec dol suppose nécessairement une demande en nullité des contrats litigieux, conformément à l'article 1117 du code civil ; Attendu qu'en statuant ainsi, sans constater que le dommage dont le franchisé réclamait réparation à raison de ce manquement n'était dû qu'à sa propre faute, peu important qu'il ne poursuive pas l'annulation du contrat de franchise, la cour d'appel a violé le texte susvisé »).*

**Deuxième observation** : d'après certains arrêts, l'action en responsabilité peut prospérer alors même que la victime ne rapporte pas la preuve d'un vice du consentement ; seul le manquement, dolosif ou non, à une obligation d'information est établi (Cass. com., 9 oct. 2007, n 05-14118 : « *pour rejeter les demandes du liquidateur de la société ETE tendant à la condamnation de la société SFR au paiement de dommages-intérêts à raison de fautes commises lors du renouvellement et de*

*l'exécution des contrats renouvelés, l'arrêt retient que l'obligation d'information résultant du texte susvisé n'est susceptible d'entraîner la nullité du contrat qu'autant qu'elle a vicié le consentement du franchisé, et que tel ne peut être le cas, la société ETE étant en charge de plusieurs magasins pour lesquels les contrats ont été renouvelés, ce qui suffit à démontrer qu'elle était parfaitement informée ; Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors qu'elle relevait que le franchiseur avait manqué à son obligation d'information à l'occasion du renouvellement, fût-il tacite, des accords de franchisage, et sans constater que le dommage dont le franchisé, qui ne poursuivait pas l'annulation de ces contrats, réclamait réparation à raison de ce manquement n'était dû qu'à sa propre faute, la cour d'appel, qui s'est prononcée par motifs inopérants pris de l'absence de vice du consentement, n'a pas donné de base légale à sa décision »).*

**Troisième observation :** d'après la jurisprudence, la victime peut être indemnisée de la perte de chance de contracter à des conditions plus avantageuses avec son cocontractant (Cass. com., 10 juillet 2012, B. 149 : *« l'arrêt retient que la société X... peut obtenir réparation de la perte de chance de conclure un contrat plus avantageux sans avoir demandé la nullité du contrat affecté de dol ; qu'il ajoute que la perte de chance pour la société X...de réaliser une meilleure opération si elle avait été complètement informée est sans lien avec la conservation des actions de la société Y... dans son patrimoine, le préjudice résultant de cette perte de chance s'étant produit au moment de la réalisation de l'opération ; qu'il retient encore que la décision de la société X...de maintenir le contrat n'a pas rompu le lien de causalité entre la faute pré-contractuelle et le préjudice dont il est demandé réparation ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la société X...ayant fait le choix de ne pas demander l'annulation du contrat, son préjudice réparable correspondait uniquement à la perte d'une chance d'avoir pu contracter à des conditions plus avantageuses, la cour d'appel a violé les textes susvisés. »*).

D'après la jurisprudence, la victime peut semble-t-il aussi être indemnisée de la perte de chance de ne pas avoir contracté, mais on ne voit pas bien ici quelles conséquences en tirer au regard de l'arrêt ci-dessous (Cass. com., 21 juin 2016, n° 14-29874 : *« pour condamner M. et Mme X... à payer une certaine somme à la société Y... à titre de dommages-intérêts au titre des pertes subies et du gain manqué causés par le dol, l'arrêt relève que cette dernière leur réclame paiement de la somme de 450 000 euros au titre du gain manqué*

*sur les exercices 2006 à 2008, soit 150 000 euros par exercice ; qu'il retient qu'il est justifié qu'à compter de l'exercice 2005/2006 le chiffre d'affaires a diminué et les résultats sont devenus déficitaires et que ces mauvais résultats, notamment ceux du dernier exercice, peuvent s'expliquer en partie par la décision prise en 2006 de vendre le terrain et partant de fermer le magasin, décision de nature à ralentir l'activité, ce qui a été fait en septembre 2008 ; Qu'en statuant ainsi, alors que la société Y... ayant fait le choix de ne pas demander l'annulation du contrat à la suite du dol dont elle avait été victime, son préjudice réparable correspondait uniquement à la perte d'une chance d'avoir pu contracter à des conditions plus avantageuses, ou de ne pas contracter, la cour d'appel a violé les textes susvisés. »*).

D'après la jurisprudence, la victime peut éventuellement être indemnisée pour les gains escomptés en raison du manquement du cocontractant. La jurisprudence relative aux œuvres d'art est intéressante. La Cour de cassation considère en effet que l'acquéreur d'un faux subit un préjudice égal à la différence entre la valeur de l'œuvre si elle avait été authentique et la valeur de l'objet acquis, ces valeurs étant appréciées à la date de la décision (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 3 juin 1997, n°95-11308 : *« Attendu que Mme X... reproche à l'arrêt de l'avoir condamnée à payer une somme de 250 000 francs à M. Y..., alors selon, le moyen, que, d'une part, le préjudice né de l'acquisition pour vrai d'un meuble faux est égal à la différence entre le prix payé et la valeur réelle du bien acquis et conservé ; qu'il ressort des propres motifs de l'arrêt attaqué que le prix payé par l'acquéreur, qui croyait acheter un bien authentique, était de 241 694,46 francs ; qu'en condamnant Mme X... à payer à cet acquéreur 250 000 francs, sans indiquer quel était le prix réel du bien faux à l'époque de la vente, qui devait être soustrait du prix payé pour déterminer le préjudice, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du Code civil ; alors que, d'autre part, en ne s'expliquant pas sur l'écart existant entre le prix payé en vente publique et le montant supérieur de la condamnation, tout en ne prétendant réparer aucun préjudice complémentaire, la cour d'appel a, à nouveau, privé sa décision de base légale ; Mais attendu que la cour d'appel, tenue d'évaluer le préjudice à la date de sa décision et de le réparer intégralement, en tenant compte de la valeur d'un bien équivalent à cette date et de celle se trouvant dans le patrimoine de l'acheteur, a pu statuer comme elle a fait après avoir souverainement relevé que le bureau, s'il était d'époque, aurait alors valu entre 300 000 francs et 400 000 francs, alors que le meuble acquis par M. Y...*

valait au même moment entre 60 000 francs et 70 000 francs »). Comme on l'a relevé, « l'acheteur, voire le sous-acquéreur, qui découvre que l'œuvre présentée comme authentique par le commissaire-priseur et éventuellement l'expert ne l'est pas, peut, on l'a vu, plutôt que d'agir en nullité de la vente pour erreur sur la substance contre son vendeur, choisir d'agir exclusivement en responsabilité contre ceux qui ont procédé à cette attribution inexacte. D'une hypothèse à l'autre, les résultats de l'action seront, à considérer la jurisprudence, profondément différents. En cas de nullité, l'acheteur restituera le bien acquis et récupèrera le prix qu'il avait versé en contrepartie. En cas d'action en responsabilité, il conservera le bien acquis et recevra, à suivre la jurisprudence, une indemnité correspondant à la valeur que l'œuvre aurait eue au jour du jugement si elle avait été authentique, diminuée de la valeur du bien qu'il a conservé ». (Y. Lequette, « Responsabilité civile », v. « Vices du consentement », in Mélanges en l'honneur de Marie Stéphanie Payet, p. 369, n°7, Dalloz 2010).

En franchise, la solution pourrait être la même, si l'on interprète *a contrario* un arrêt rendu par la chambre commerciale (Cass. com., 21 juin 2016, n°15-10028 : « l'arrêt retient que le contrat annulé étant censé n'avoir jamais existé, la franchisee ne peut, sauf à méconnaître les conséquences de la nullité prononcée, réclamer l'indemnisation d'un préjudice financier correspondant au défaut d'obtention de résultats commerciaux qu'elle eût été en droit d'attendre de l'exploitation de la franchise en sorte que la demande relative au gain manqué doit être rejetée ; (...) ainsi, la cour d'appel a légalement justifié sa décision. »).

### 3 – Les actions en nullité et en responsabilité sont toutes deux exercées

L'action en responsabilité permettra à la victime d'obtenir réparation du préjudice subsistant après les restitutions.

On considère en général, par une interprétation *a contrario* des arrêts précédemment cités que la victime peut être indemnisée de la perte de chance de ne pas avoir contracté ou de la perte de chance de ne pas avoir pu contracter avec un tiers, et des dépenses et pertes subies en raison de la conclusion du contrat (Cass. com., 14 janvier 2014, n°12-28209 : « attendu que l'arrêt retient que le préjudice subi au titre des pertes réalisées correspond aux dépenses effectuées pour les travaux et investissements rendus nécessaires pour l'exploitation des fonds en exécution des contrats, ces dépenses trouvant leur cause, fût-ce pour partie

dans la signature des contrats de franchise annulés ; qu'ayant ainsi fait ressortir l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le préjudice subi, la cour d'appel a légalement justifié sa décision. » ; CA Paris, 16 novembre 2016, RG n°14/08533 : le franchisee « ne saurait obtenir réparation de toutes les pertes d'exploitation subies pendant l'exécution du contrat, seules une part d'entre elles ayant un lien de causalité certain avec la faute de l'auteur du dol » ; le franchisee « a emprunté la somme de 130 000 euros pour réaliser les travaux et investissements correspondant au coût d'aménagement des locaux. Cette somme dépensée pour l'exécution du contrat doit lui être restituée. »).

De même, on considère en général, que la victime ne peut être indemnisée ni de la perte de chance d'avoir conclu à des conditions plus avantageuses, ni de la perte de chance d'avoir obtenu les gains escomptés (Cass. com., 21 juin 2016, n°15-10028 : « l'arrêt retient que le contrat annulé étant censé n'avoir jamais existé, la franchisee ne peut, sauf à méconnaître les conséquences de la nullité prononcée, réclamer l'indemnisation d'un préjudice financier correspondant au défaut d'obtention de résultats commerciaux qu'elle eût été en droit d'attendre de l'exploitation de la franchise en sorte que la demande relative au gain manqué doit être rejetée ; (...) ainsi, la cour d'appel a légalement justifié sa décision » ; V. déjà, Cass. com., 25 novembre 2014, n°13-24658 : « le préjudice résultant du manquement à une obligation précontractuelle d'information est constitué par la perte de la chance de ne pas contracter ou de contracter à des conditions plus avantageuses et non par celle d'obtenir les gains attendus » ; cassation de la décision ayant indemnisé la « perte de chance de percevoir la somme figurant dans les prévisionnels » (les termes sont généraux mais la nullité du contrat avait été prononcée).

**A rapprocher : Cass. com., 27 janv. 2009, n°07-21.616 et notre commentaire : Non-respect de la loi « Doubin » : nullité du contrat ou octroi de dommages-intérêts**

---

**Résiliation d'un contrat de distribution et pouvoirs du juge des référés**  
CA Paris, 16 février 2017, RG n°16/18564

Ce qu'il faut retenir :

**Le dommage que peut éventuellement constituer la résiliation d'un contrat de distribution n'est pas**

**susceptible d'être prévenu en référé s'il est légitime : le « dommage imminent » de l'article 873 du code de procédure civile suppose la violation manifeste d'un droit.**

*Pour approfondir :*

Les faits de cette affaire étaient relativement classiques, ce qui donne une portée importante à la décision commentée. Une tête de réseau avait résilié un contrat d'enseigne (la décision est transposable à tout type contrat de distribution) en raison de différents manquements qu'elle attribuait à son distributeur. Ce dernier avait saisi le juge des référés pour voir dire et juger que cette « tentative » de résiliation constituait un trouble manifestement illicite et l'exposait à un dommage imminent au sens de l'article 873 du code de procédure civile ; il sollicitait en conséquence qu'il soit ordonné à la tête de réseau d'exécuter l'ensemble de ses obligations au titre des contrats jusqu'à ce qu'une décision passée en force de chose jugée soit rendue sur le fond du litige. Par ordonnance de référé du 10 août 2016, le juge des référés du tribunal de commerce de Paris avait fait droit à cette demande. La décision est infirmée par la Cour d'appel de Paris, selon une motivation qui conduit à distinguer successivement les notions de « *trouble manifestement illicite* » (I) et de « *dommage imminent* » (II).

### **I. Sur le « trouble manifestement illicite »**

Selon la tête de réseau, la lettre de résiliation en cause ne relevait pas du domaine du « trouble manifestement illicite » s'agissant en l'espèce d'un acte n'emportant (selon elle) :

- ni la violation manifeste d'une règle de forme (laquelle n'était pas même invoquée par les demandeurs),
- ni la violation manifeste d'une règle de fond, s'agissant au contraire d'une lettre de résiliation comportant de nombreux motifs mettant en exergue les fautes commises par son cocontractant, dont le bien-fondé relevait (toujours selon la tête de réseau) de l'appréciation exclusive de la juridiction du fond.

Ce faisant, il convient de formuler quelques remarques au titre de la notion même de trouble manifestement illicite.

Le principe d'une faculté de rupture unilatérale du contrat par l'un des contractants en cas de comportement fautif de son débiteur est parfaitement acquis. En effet, il est de principe constant que tout contractant peut résilier un contrat à durée déterminée lorsque son cocontractant a commis une ou plusieurs fautes (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 oct. 1998, n° 96-21.485, Bull. Civ. I, n° 300; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 20 févr. 2001, n° 99-15.170, Bull. civ. I, n° 40 ; Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 28 oct. 2003, n° 01-03.662, Bull. civ. I, n° 211 : ces trois arrêts reprennent la même formule et précisent, en outre, que la rupture unilatérale est possible, que le contrat soit à durée déterminée ou indéterminée). Si une faute bénigne ne peut certes évidemment pas justifier à elle seule la résiliation unilatérale du contrat, une faute touchant à une obligation essentielle du contrat ou à l'obligation de « bonne foi » le justifie parfaitement (CA Caen, 10 octobre 2013, Juris-Data n°2013-023545 : « *Une partie peut certes provoquer, à ses risques et périls, la rupture unilatérale d'un contrat à durée déterminée avant son terme en cas de manquement de son cocontractant à ses obligations contractuelles, mais à la condition que ce manquement présente un degré de gravité tel qu'il affecte l'exigence d'exécution de bonne foi de la convention ou qu'il porte sur une obligation essentielle du contrat* »).

Le juge des référés (juge de l'évidence et du provisoire) dispose de la faculté d'ordonner, en application de l'article 873, alinéa 2 du code de procédure civile, la poursuite forcée du contrat venant d'être résilié si et seulement si la partie victime de cette résiliation rapporte la preuve (Cass. Civ. 3<sup>ème</sup>, 14 janv. 2014, n° 12-29.667, CA Paris, 4 nov. 2014, RG n°14-17.514) de l'existence d'un véritable trouble manifestement illicite [nous reviendrons plus loin sur la notion de dommage imminent]. Mais encore faut-il justement s'entendre sur ce qui pourrait participer de la notion de « trouble manifestement illicite ».

En premier lieu, d'une manière générale, le trouble manifestement illicite est défini par la jurisprudence comme « *toute perturbation résultant d'un fait matériel ou juridique qui, directement ou indirectement, constitue une violation évidente de la règle de droit* » (CA Paris, 19 février 2013, RG n°12/13415 ; CA Paris, 24 juin 2014, RG n°13/19019 ; CA Paris, 9 juillet 2013, RG n°13/03628 ; CA Paris, 8 décembre 2015, RG n°14/24275). Ainsi, si l'illicéité n'est pas manifeste, pas suffisamment évidente, alors le trouble manifestement illicite ne peut être caractérisé (CA Angers, 25 février 2014, RG n°12/00615 ; CA Paris, 25 octobre 2012, RG n°12/09139).

En deuxième lieu, plus précisément, lorsqu'elle se rapporte au contractant mettant en œuvre la clause résolutoire ou usant de sa faculté de rupture unilatérale du contrat en raison du comportement fautif de son cocontractant, le trouble « manifestement » illicite qui fonde la compétence du juge des référés ne peut être constitué que si et seulement si la lettre de résiliation en cause est « manifestement » illicite en la forme ou en raison de ses motifs.

Ainsi, la jurisprudence se contente de vérifier que la lettre de résiliation ne comporte aucune violation « manifeste » de forme, et se refuse d'examiner en détail le bien-fondé des motifs invoqués au fond, au soutien de la lettre de résiliation lorsque l'examen de ces motifs excède un examen *prima facie* :

- CA Paris, 2 octobre 2014, RG n°13/24914 : « *Considérant que cette lettre comporte manifestement l'expression du motif de la résiliation, sur la pertinence duquel, au regard des conditions contractuelles, il n'appartient par ailleurs pas au juge des référés de statuer* ; (...) *Qu'aucune irrégularité manifeste de la résiliation ne peut être retenue par le juge de l'évidence (...)* ; La Cour (...) *confirmera l'ordonnance entreprise en ce qu'elle a dit n'y avoir lieu à référé* » ;
  - CA Paris, 9 juillet 2013, RG n°13/03628 : « *Que la procédure de résiliation pour manquement contractuel et le délai de préavis tels que prévus par la convention ont été respectés ; que la rupture ne peut donc constituer en l'état un trouble manifestement illicite* » ;
  - CA Metz, 3 septembre 2015, RG n°15/00160 : « *En l'espèce, la compétence du juge des référés ne saurait excéder le point de savoir si la résiliation décidée par X... a entraîné un trouble manifeste et illicite qu'il importe de faire cesser ; Que pour déterminer la licéité, et non le bien ou le mal fondé de la résiliation, il convient de se référer aux seules clauses du contrat afférentes à la résiliation, effectivement prévues sous son paragraphe XXV* » (...) *Que ce faisant, la résiliation unilatérale du contrat liant X... dont il appartient aux seuls juges du fond d'apprécier le bien ou le mal fondé, se fonde sur une clause du contrat qui ne pouvait générer un trouble illicite qu'il n'y avait donc pas lieu de faire cesser* » ;
  - CA Versailles, 28 juin 2006, RG n°06/03212 : « *Que s'il appartiendra au seul juge du fond de se prononcer sur la réalité du grief invoqué, contesté par l'appelante, force est de constater que cette résiliation, (...) ne peut être considérée comme manifestement illicite puisqu'effectuée conformément aux stipulations contractuelles* ».
- Hormis les cas relevant du domaine du « manifeste », il n'est donc pas de la compétence du juge des référés, d'analyser le caractère justifié ou non, au fond, d'une lettre de résiliation, cette compétence relevant selon la jurisprudence de la compétence exclusive du juge du fond :
- CA Paris, 19 février 2013, RG n°12/13415 : « *Il appartiendra aux seuls juges du fond de se prononcer (...) sur le caractère prétendument injustifié des raisons invoquées par l'appelante [qui a retiré l'agrément à l'intimée] à l'appui de sa décision, à savoir l'intérêt économique moindre des intimées compte tenu des coûts qu'elles lui imputent et qui figurent parmi les plus élevés et leur opacité tarifaire ; que l'appréciation de cette motivation requiert une appréciation excédant les pouvoirs du juge des référés ; que le trouble allégué de ce chef n'est pas manifestement illicite* » ;
  - CA Versailles, 17 décembre 2008, RG n°08/04582 : « *Considérant qu'il ne pouvait, en application de ce texte [art 873], être procédé à ce qui se révèle être à une interprétation des dispositions contractuelles aboutissant à une décision relative à la résiliation, dont la formulation, sous la forme d'une constatation, ne suffit pas à écarter le fait qu'elle ne repose pas en l'espèce sur des éléments présentant l'évidence requise dans le cadre d'une procédure de référé ; Qu'il appartiendra au juge du fond de se prononcer sur la pertinence de la résiliation unilatéralement intervenue et le cas échéant sur ses conséquences ; Qu'il n'est quant à présent pas justifié de l'existence, au sens des dispositions précitées, d'un dommage imminent qu'il conviendrait de prévenir, ou d'un trouble manifestement illicite qu'il y aurait lieu de faire cesser ; Que la décision attaquée doit en conséquence être infirmée en ce qu'elle a constaté le bien-fondé de la résiliation du contrat ; Qu'elle doit être en revanche confirmée en ce qu'elle a rejeté la*

*demande de la société E... tendant à l'exécution forcée de ce contrat ».*

*préjudice subi par la rupture fautive du contrat de franchise ».*

- CA Paris, 9 juillet 2013, RG n°13/03628 : « *Le caractère abusif de la rupture et de la gravité des fautes invoquées au soutien de celle-ci relève de l'appréciation des juges du fond* ».

Ainsi, l'existence d'un trouble manifestement illicite tiré des motifs au fond d'une lettre de résiliation ne peut être retenue que dans des cas relevant du domaine du « manifeste », tels que par exemple :

- lorsque la lettre de résiliation du contrat à durée déterminée ne comporte strictement aucun motif (Trib. Com. Montpellier, 18 juillet 2014, 2014 010500 : « *Le manque ou l'insuffisance d'assistance du franchiseur ne sont également pas justifiés. M. X. ne fonde son motif de résiliation sur aucun autre grief. Il n'apparaît donc aucun manquement grave, ni faute, ni d'inexécution de ses obligations par la société [franchiseur]. Le Tribunal constatera le caractère irrégulier des résiliations* ») ;
- le juge des référés est saisi de la demande de forçage du contrat alors que le juge du fond a lui-même déjà statué sur le caractère infondé de la lettre de résiliation, ce qui était le cas dans deux des affaires citées par les demandeurs ... :
- CA Paris, 10 février 2015, RG n°14/02110 : en l'espèce, le Tribunal de commerce avait déjà statué au fond sur le caractère déloyal de la mise en œuvre de la clause résolutoire du contrat de franchise : « *Qu'au demeurant, le tribunal de commerce de Lyon, saisi du litige au fond, a, par un jugement du 24 juin 2014, assorti de l'exécution provisoire et objet d'un appel, dit que la clause résolutoire du contrat de franchise n'a pas été mise en œuvre de bonne foi par la société C..., et ordonné la poursuite de l'exécution du contrat sous astreinte* » ;
- CA Pau, 8 novembre 2007, RG n°06/00935 : en l'espèce, le Tribunal arbitral avait déjà rendu sa sentence sur le caractère « *fautif* » de la résiliation : « *Toutes les sentences arbitrales rendues, revêtues de l'autorité de la chose jugée, ont condamné les franchisés à réparer le*

L'arrêt commenté retient en l'espèce l'absence de trouble manifestement illicite au motif que « *l'interposition de personne au service de [la société A] et au préjudice de [la société B], telle que prohibée par l'article 7 des contrats, qui a pour objet de protéger cette dernière contre la prise de contrôle de ses affiliées par ses concurrents, n'est pas à l'évidence exclue, alors même que l'interview de M. X... (...) atteste de la stratégie de [la société A] visant à développer les synergies entre de [la société A] et de [la société C] a fortiori ses filiales à 100%, s'agissant notamment des méthodes* ».

## II. Sur le « dommage imminent »

Le dommage imminent s'entend comme le « *dommage qui n'est pas encore réalisé, mais se produira sûrement si la situation présente doit se perpétuer* » (CA Paris, 9 juillet 2013, RG n°13/03628 ; CA Paris, 19 février 2013, RG n°12/13415 ; Cass. Com., 13 avril 2010, Pourvoi n°09-14.386 ; CA Metz, 3 septembre 2015, RG n°15/00160). La preuve du prétendu dommage imminent incombe au demandeur à l'action, y compris lorsqu'il s'agit de solliciter la poursuite forcée d'une relation contractuelle (CA Paris, 9 juillet 2013, RG n°13/03628 ; CA Versailles, 24 mai 2007, RG n°06/7326).

Ensuite et surtout, l'appelante faisait observer que la notion de dommage imminent est inopérante lorsque la notion de trouble manifestement illicite a été écartée, dès lors que la notion même de dommage imminent doit s'appuyer sur la « violation d'un droit ».

En effet, la doctrine enseigne classiquement (JCI. Procédure civile, Fasc. 471, Novembre 2014) que « *l'urgence est sous-jacente au dommage imminent, de même que l'illicéité, si l'on considère qu'à défaut d'illicéité aucun dommage ne saurait être constitué (...). De même, aucune référence n'est certes faite par le texte au caractère licite ou non du fait critiqué ; cependant, un dommage n'est subi que par la méconnaissance d'un droit. Un dommage n'est, en effet, pas susceptible d'être prévenu en référé s'il est légitime* (Lindon : D. 1975, p. 312, note sous CA Paris, 20 déc. 1974. – Y. Strickler, thèse, préc., p. 216. – V. également, Blaisse, note sous CA Aix-en-Provence, 21 mai 1985 : JCP G 1987, II, 20722). *Et en l'absence d'une possible illicéité, les conséquences, seraient-elles dommageables, n'en sont pas moins légitimes et donc inévitables (...). Le dommage imminent suppose une*

*illicéité, ou tout au moins, du fait de l'urgence inhérente à l'imminence, qu'il apparaisse comme potentiellement illicite ».*

De même, la jurisprudence retient :

- *« Attendu qu'en ordonnant à la société A... la poursuite de ses relations contractuelles avec la société B..., alors qu'elle relevait, que le contrat de distribution avait été régulièrement résilié, sans constater la conclusion d'un nouveau contrat entre les parties, la cour d'appel a violé le texte susvisé » ; à noter que, dans cette affaire, l'auteur du pourvoi faisait justement valoir : « la prescription d'une mesure conservatoire ou de remise en état destinée à prévenir un dommage imminent ou faire cesser un trouble manifestement illicite est subordonnée à la constatation d'une faute à l'origine de ce dommage imminent ou de ce trouble manifestement illicite, si bien qu'en ordonnant à un distributeur de poursuivre l'exécution d'un contrat de concession après en avoir constaté la régularité de la résiliation, ce dont il s'évinçait l'absence de faute du fournisseur au préjudice du revendeur, la Cour d'appel a violé les articles 873 du nouveau code de procédure civile et L.442-6 du code de commerce » (Cass. com., 28 novembre 2006, n°04-20.734).*
- *« Que cependant ce dommage prétendu est la conséquence directe de la résiliation dont le caractère manifestement illicite n'est pas démontré, (...) Que dès lors, la preuve du dommage imminent causé par cette résiliation n'est pas rapportée avec l'évidence requise en référé, Que l'ordonnance entreprise sera en conséquence confirmée par adjonction de motifs en ce qu'elle a dit n'y avoir lieu à référé sur ces demandes » (CA Versailles, 28 juin 2006, RG n°06/03212).*

L'arrêt commenté retient en l'espèce l'absence de dommage imminent. Selon l'arrêt en effet le dommage que semble constituer la résiliation d'un contrat de distribution n'est pas susceptible d'être prévenu en référé s'il est légitime : ici comme ailleurs, le dommage imminent suppose une illicéité, la violation manifeste d'un droit : *« [La rupture du contrat] ne constitue donc pas un trouble manifestement illicite ce dont il se déduit que la rupture des contrats n'est pas non plus manifestement*

*dommageable pour les sociétés X., qui n'établissent pas que cette rupture, en ce qu'elle les prive de l'usage de la marque et des services Y..., résulte de la violation manifeste d'un droit ».*

**A rapprocher : CA Paris, 10 février 2015, n°14/02110 (Descente prématurée de l'enseigne et compétence du juge des référés)**

#### **Le devoir du franchisé de « se » renseigner**

Trib. com. La Rochelle, 10 février 2017, RG n°2015/005178

*Ce qu'il faut retenir :*

**Un franchisé ne peut utilement se prévaloir de l'absence des bilans du franchiseur au sein du DIP dès lors que cette omission se trouve couverte par l'indication – bien plus déterminante –, au sein même du DIP, des chiffres d'affaires réalisés par les membres du réseau.**

*Pour approfondir :*

Dans cette affaire, le franchisé sollicitait la nullité du contrat de franchise au motif que le DIP comportait des irrégularités, graves selon lui, ayant vicié son consentement. Le franchisé est débouté dans la mesure où si le DIP ne comportait pas les comptes annuels du franchiseur, ce document comportait toutefois, d'une part, l'indication précise des coordonnées des membres du réseau ainsi que, d'autre part, les chiffres réalisés par les franchisés du réseau.

Le jugement commenté retient en effet, dans la mouvance du droit positif, ce qui suit : *« (...) le DIP ne communique pas les comptes annuels de l'exercice clos au 30 juin 2010, en contradiction avec l'article L. 330-3 qui stipule que « doivent être annexés à cette partie du document les comptes annuels des deux derniers exercices ». Mais le document précise pour chacun des franchisés et mois par mois leur chiffres d'affaires ventilés par type d'activité ainsi que le panier moyen permettant au futur franchisé d'avoir une approche réelle des recettes de chaque point de vente, à mettre en relation avec les dépenses envisagées pour la constitution d'un plan d'affaires réaliste pour la création du point de vente ».*

Ce faisant, le jugement poursuit ainsi la longue liste des décisions relatives au devoir du franchisé de se

renseigner : en l'espèce, le franchisé ne pouvait utilement se prévaloir d'une carence du DIP quant aux bilans communiqués dès lors que, à supposer même que cette omission ait été de nature à vicier son consentement (ce qui restait d'ailleurs à démontrer), cette omission se trouvait en toute hypothèse couverte par l'indication – bien plus déterminante –, au sein même du DIP, des chiffres réalisés par les membres du réseau. Le franchisé avait donc tout loisir de se renseigner sur l'état du réseau qu'il s'apprêtait à rejoindre.

La solution est logique ; le franchisé est tenu par un devoir de se renseigner : tel est le cas par exemple lorsque le franchisé a disposé dans le DIP des coordonnées des autres membres du réseau (CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 7 Oct. 2015, RG n°13/09827 ; Cass. com., 7 octobre 2014, n°13-23.119, Juris-Data n°2014-023200 ; CA Paris, 19 mars 2014, RG n°12-13.346, Juris-Data n°2014-005428 ; CA Paris, 24 avril 2013, RG n°10-08318, Juris-Data n°2013-008231 ; CA Nîmes, 23 juin 2005, RG n°03-02399, Juris-Data n°2005-282018) ou qu'il est effectivement entré en contact avec eux (CA Paris, 11 janvier 2012, RG n°09/21031, Juris-Data n°2012-002711). De même, le franchisé ne saurait se prévaloir d'une insuffisance de l'information précontractuelle lorsqu'il n'a pas lui-même réalisé une telle étude de marché (Cass. com., 28 mai 2013, n°11-27.256) qui, par nature, lui incombe (CA Montpellier, 21 octobre 2014, RG n°13/03207, Juris-Data n°2014-033702 ; CA Paris, 19 mars 2014, RG n°12-13.346, Juris-Data n°2014-005428 ; CA Lyon, 7 Juin 2012, RG n°10/05159, Juris-Data n°2012-016783).

**A rapprocher : Le devoir du franchisé de « se » renseigner (Etude d'ensemble – Mai 2015)**

---

#### Contrats de franchise successifs et information précontractuelle

CA Paris, 25 janvier 2017, n°14/23222

*Ce qu'il faut retenir :*

**La connaissance par le franchisé des informations figurant dans un précédent DIP peut justifier d'écarter tout vice du consentement tiré de l'absence de DIP remis préalablement à la signature d'un contrat de franchise ultérieur.**

*Pour approfondir :*

En l'espèce, Monsieur X... avait successivement signé trois contrats de franchise avec un franchiseur, en qualité de gérant d'une société Y ... pour les deux premiers (signés les 10 novembre 2009 et 20 avril 2010), puis en qualité de gérant d'une société Z ... pour le troisième (signé le 30 avril 2010). À partir du 25 octobre 2010, Monsieur X... avait alerté le franchiseur sur les difficultés de trésorerie rencontrées par les sociétés Y... et Z... (Ci-après les « Sociétés franchisées »). En réponse, le franchiseur avait consenti diverses réductions provisoires du montant des redevances mensuelles, avec ou sans remboursement différé. Par suite de la persistance de ces difficultés, les Sociétés franchisées décidaient, le 26 octobre 2012, de résilier les trois contrats de franchise, à effet au 30 novembre 2012 aux torts exclusifs de la société franchiseur. Cette dernière assignait alors les Sociétés franchisées devant le Tribunal de commerce de Paris en paiement d'arriérés de redevances et en dommages et intérêts pour rupture anticipée des contrats de franchise. Par jugement du 17 septembre 2014, une procédure de redressement judiciaire était ouverte à l'encontre de la société Y..., cette procédure devant être ultérieurement convertie en liquidation judiciaire. Par jugement du 9 octobre 2014, le Tribunal de commerce de Paris déboutait les sociétés Franchisées de leurs demandes de nullité des trois contrats de franchise et faisait droit à la demande indemnitaire du franchiseur. C'est dans ces conditions que les Sociétés franchisées et Maître M. ès-qualités interjetaient appel de ce jugement.

Pour confirmer la solution des premiers juges, la Cour d'appel de Paris retient une motivation s'articulant comme suit :

- « la méconnaissance, par un franchiseur, de son obligation pré-contractuelle d'information n'entraîne la nullité du contrat de franchise que s'il est démontré que celle-ci est constitutive d'un dol, d'une réticence dolosive ou d'une erreur, de nature à vicier le consentement du franchisé » ;
- concernant le premier contrat de franchise : il y a lieu « en l'espèce d'approuver la motivation du tribunal de commerce, en ce qu'il a constaté que la signature du contrat de franchise du 10 novembre 2009 avait été précédée par la remise du DIP le 10 octobre 2009, et relevé que le gérant de la société Y..., Monsieur X..., exploitait depuis 2006 à la même adresse un magasin sous une enseigne intervenant dans



le même secteur d'activité. Cette circonstance, loin de dénier l'existence de tout savoir-faire au réseau (de franchise), est de nature à permettre d'apprécier au mieux la qualité du consentement de Monsieur Y... » ;

- concernant le deuxième contrat de franchise : « s'il est vrai qu'il n'a pas été signé et qu'aucun DIP n'a été remis au franchisé préalablement, il convient de souligner que ce contrat concernant, comme le précédent contrat, un magasin situé à Cholet, les informations communiquées dans le DIP du 10 octobre 2009 demeuraient valides en raison de la proximité de leurs conclusions respectives » (**Nous soulignons**) ;
- « les Sociétés franchisées ne démontrent pas que des informations erronées sur l'investissement initial ou sur les chiffres d'affaires prévisionnels les auraient conduites à se méprendre sur la rentabilité de la franchise. Le seul fait de ne pas avoir atteint le chiffre d'affaires annuel moyen présenté par le franchiseur sur son site Internet, au cours des premières années d'exploitation, ne saurait en soi démontrer le caractère irréaliste des chiffres annoncés. Par ailleurs, il n'est pas démontré que le montant des investissements indiqué dans le contrat de franchise, à savoir 50 000 euros de stock, ait été artificiellement minoré, les deux appelantes ne détaillant pas en quoi ont consisté leurs achats pour les magasins de Cholet et de Saint-Sébastien-sur-Loire, ne permettant pas à la cour d'apprécier si ceux-ci constituaient des investissements nécessaires. Par ailleurs, l'absence d'étude du marché local ne saurait être reproché à la société franchiseur, cette étude relevant de la responsabilité du franchisé, seule « une présentation de l'état général et local du marché des produits ou services » étant exigée du franchiseur » ;
- concernant (enfin) le troisième contrat de franchise : « un DIP a été signé le 27 septembre 2009. Monsieur X..., le gérant de la société Z..., ne démontre pas davantage, à propos de ce contrat, que son consentement aurait été vicié du fait d'un dol du franchiseur ».

On le voit à travers cette motivation : la connaissance par le franchisé des informations figurant dans le DIP remis préalablement à la signature du premier contrat de franchise justifie d'écarter tout vice du consentement à raison de l'absence de DIP remis préalablement à la signature du deuxième contrat de

franchise, dès lors que, compte tenu de la proximité des dates de signature de ces deux contrats (environ 4 mois), le deuxième DIP, s'il lui avait été remis, n'aurait pas comporté d'informations notablement distinctes de celles figurant dans le premier. En réalité, la seule différence de contenu entre ces deux DIP aurait concerné l'état local du marché, à propos duquel la présentation des faits de l'espèce ne permet pas de formuler d'observations circonstanciées.

**A rapprocher : Multi-franchisé**

## CONCURRENCE & CONSOMMATION

**Tour d'horizon sur le déséquilibre significatif**  
5 ans de jurisprudence (2011-2016)

*Ce qu'il faut retenir :*

**La jurisprudence rendue ces cinq dernières années en matière de déséquilibre significatif conduit à envisager successivement : les titulaires de l'action, l'application de la loi dans le temps, la compétence juridictionnelle, la prescription, la charge de la preuve, la nature des demandes fondées sur ce texte. Il conviendra d'achever ce tour d'horizon sur les tendances actuelles.**

*Pour approfondir :*

### 1. Titulaires de l'action

#### Victimes du déséquilibre significatif

La victime prétendue est recevable à agir sur le fondement de l'article L.442-6, III du Code de commerce. La victime d'un déséquilibre significatif contraire à l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce peut, non seulement engager la responsabilité civile de son partenaire commercial, mais aussi demander la nullité de la clause (CA Nîmes, 23 févr. 2010, RG n°07-00606, Min. éco. c/ SAS Carrefour France : D. 2010, 956), son caractère non écrit (Par ex. CA Rouen, 12 décembre 2012, RG n°12/01200 ; CA Paris, 7 juin 2013, RG n°11/08674) ou la nullité du contrat (Par ex. 11 septembre 2012, RG n°11-17458), ces différentes demandes pouvant se cumuler (**CEPC, avis n°14-02, 13 février 2014**).

En revanche, la victime d'un déséquilibre significatif ne peut pas demander le prononcé de l'amende civile, laquelle est réservée au ministre chargé de l'économie et au ministère public.

### Ministre de l'économie et le ministère public

L'action peut également être diligentée par le ministre de l'économie et le ministère public. La Cour de cassation (Cass. com. 8 juill. 2008, n° 07-16.761, Bull. civ. 2008, IV n° 143) a qualifié l'action que le ministre engage sur le fondement de l'article L. 442-6-III du code de commerce « *d'action autonome de protection du marché* ». Ce faisant, l'action du ministre de l'économie et du ministère public est recevable même si les victimes n'y ont pas consenti ; ils disposent d'une action autonome de protection du marché et de la concurrence qui n'est pas soumise au consentement ou à la présence des victimes.

Par principe, l'information des victimes concernées par les contrats en cause n'est pas indispensable à la validité de l'action du Ministre de l'économie, si cette action a pour objet la cessation des pratiques concernées, et non la nullité des clauses ou la restitution de sommes d'argent (**CA Paris, 11 septembre 2013, RG n°11/17941**) pour lesquelles l'information des parties est exigée du fait que les sanctions sont dans l'intérêt des victimes uniquement et non du marché dans son ensemble (**Cass. com., 3 mars 2015, n° 13-27.525, Publié au Bulletin**).

## 2. Application de la loi dans le temps

Cette loi a été publiée au Journal officiel du 5 août 2008 et est par conséquent entrée en vigueur le lendemain de cette publication, soit le 6 août 2008. En application de l'article 2 du Code civil, « *la loi ne dispose que pour l'avenir. Elle n'a point d'effet rétroactif* ». En application du principe de non-rétroactivité des lois, il est de jurisprudence séculaire et constante que les contrats en cours demeurent soumis à la loi qui était applicable au jour de leur conclusion (Cass. civ. 1, 4 décembre 2001, Bull. civ. I, n° 307), et que la loi nouvelle ne s'applique pas aux contrats en cours, quand bien même elle serait d'ordre public (Cass. civ. 1, 17 mars 1998, Bull. civ. I n° 115 ; Cass. civ. 2, 5 juillet 2006, Bull. civ. II, n° 180). Dans les hypothèses où les contrats ont été conclus avant le 6 août 2008, les cours et tribunaux n'ont jamais appliqué la loi nouvelle et ont toujours appliqué la loi ancienne (v. ainsi : CA Paris, 23 février 2012, RG n°08/15137 pour des contrats conclus en 2004 et 2005 ; CA Nîmes, 8 mars 2012, RG n°11/00692 pour des contrats conclus en 2002 et 2003 ; CA

Toulouse, 5 octobre 2011, RG n°09/04975 pour un contrat conclu en 2007).

Ainsi, le Tribunal de commerce de Paris a pu retenir « *qu'aucune disposition de la loi du 4 août 2008 n'organise de rétroactivité s'agissant de l'entrée en vigueur de la notion de déséquilibre significatif ; en conséquence, le Tribunal déclarera irrecevable la demande de Capital Max sur le fondement du déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties et l'en débouter* » (T. com. Paris, 6<sup>ème</sup> ch, 9 février 2012, RG n°2010024988). Mme Jacqueline Riffaut-Silk, Conseiller à la Cour de cassation, rejoint cette analyse : « *Il reste que les dispositions de la LME, qui ont créé une notion nouvelle de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, inscrite dans l'article L.442-6-I 2° du Code de commerce, ont remplacé le texte antérieur qui visait l'abus d'une relation de dépendance ou de puissance d'achat (...), de sorte qu'en l'absence d'application immédiate de la loi nouvelle, la validité des contrats conclus avant son entrée en vigueur doit être appréciée par référence au texte applicable à la date de signature de ces contrats. (...) Dès lors, il n'apparaît pas possible d'admettre l'application rétroactive de ces dispositions, voire même leur application immédiate à des contrats certes en cours d'exécution mais conclus avant l'entrée en vigueur de la loi LME (...)* ».

La solution se dégage de la décision du Conseil constitutionnel du 13 janvier 2011 (**Cons. Const., déc. n°2010-85 QPC**). Dans cette décision, le Conseil a fait expressément le lien entre le nouvel article L.442-6, I, 2° du Code de commerce et la législation sur les clauses abusives. Or, la Cour de cassation a décidé que la loi sur les clauses abusives ne pouvait pas s'appliquer aux contrats en cours (Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 5 juillet 2006, Bull. civ. II, n° 180).

## 3. Compétence juridictionnelle

### Incompétence du juge des référés

Le juge des référés n'est pas compétent pour se prononcer sur l'existence d'un déséquilibre significatif au sens de l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce (**CA Paris, 22 janvier 2015, RG n°14/17588** : en première instance, le juge des référés se déclarait incompétent aux motifs que les griefs allégués par le preneur caractérisaient l'existence d'une contestation sérieuse dont l'appréciation n'entraînait pas dans ses pouvoirs. Devant la Cour, le preneur faisait notamment valoir que les clauses de non-responsabilité invoquées par le bailleur étaient constitutives de déséquilibres

significatifs au sens de l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce. Après avoir, par ailleurs, caractérisé l'existence d'une contestation sérieuse faisant obstacle à la demande en paiement, la Cour d'appel de Paris retient par principe : « *Qu'il relève du seul juge du fond d'interpréter les clauses invoquées par [le bailleur] pour prétendre être exempt de toute responsabilité, alors, en outre, que le preneur soutient que ces stipulations sont constitutives de déséquilibres au sens de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce, l'appréciation du déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties échappant aux pouvoirs du juge des référés* »).

#### Référé spécial

Depuis la loi NRE du 15 mai 2001 (modifiée sur ce point par la LME en 2008), il est prévu que le juge des référés puisse « *ordonner, au besoin sous astreinte, la cessation des pratiques abusives ou toute autre mesure provisoire* » (C. com., art. L. 442-6-IV).

#### Compétence de la Cour d'appel de Paris

Depuis le décret n° 2009-1384 du 11 novembre 2009, tous les recours des jugements rendus en première instance relèvent de la cour d'appel de Paris (C. com., art. D. 442-3, al. 2). Le dispositif a pour but une harmonisation des solutions rendues en matière de pratiques restrictives de concurrence. Les juges du fond (autres que ceux de la cour d'appel de Paris) saisis d'un recours fondé sur l'article L. 442-6 du Code de commerce doivent se déclarer incompétents (Cass. com., 24 sept. 2013, préc.), même lorsqu'il s'agit de statuer sur un contredit (**Cass. com., 4 nov. 2014, n° 13-16.755, Publié au Bulletin, Juris-Data n°2014-026500, et notre commentaire**). Selon la Cour de cassation, les juges du fond doivent soulever la fin de non-recevoir « *tirée de l'inobservation de la règle d'ordre public investissant la cour d'appel de Paris du pouvoir juridictionnel exclusif de statuer sur les appels formés contre les décisions rendues dans les litiges relatifs à l'application de l'article L. 442-6 du Code de commerce* » (**Cass. com., 31 mars 2015, n°14-10.016, Publié au Bulletin, Juris-Data n°2015-006995, et notre commentaire**) ; cette fin de non-recevoir ayant un caractère d'ordre public, elle doit être relevée d'office (CPC, art. 125).

#### Arbitrabilité de l'action

Compte tenu du caractère autonome de l'action du Ministre de l'économie fondée sur l'article L. 442-6 du Code de commerce, celle-ci ne peut relever de la

compétence d'une juridiction arbitrale (**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juillet 2016, n°15-21.811, Publié au Bulletin** ; v. aussi, **Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 juill. 2016, n°15-19.389, Publié au Bulletin**).

En revanche, lorsque l'action fondée sur l'article L. 442-6 du Code de commerce est engagée par l'une des parties au contrat (ou à la relation contractuelle), il ne fait pas de doute qu'une telle action peut être soumise à un tribunal arbitral ; cette solution (logique) est connue (**Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 21 octobre 2015, n°14-25.080, Publié au Bulletin, et notre commentaire**).

#### 4. Prescription

La prescription de l'action d'une victime de déséquilibre significatif est encadrée par les règles ci-après.

##### Délai

Selon l'article L.110-4-I du Code de commerce, « *les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants et non commerçants se prescrivent par 5 ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions spéciales plus courtes* ». L'article L.442-6 du Code de commerce ne prévoyant pas de prescription spéciale, les pratiques restrictives relèvent de ce texte. Le délai de prescription est celui du droit commun : 5 ans.

##### Point de départ

Il convient de distinguer selon la sanction demandée :

- s'agissant de la répétition de l'indu, la Cour de cassation décide, de manière générale, que l'action doit être engagée à compter de la date où le paiement est devenu indu et que c'est à cette date que doit être fixé le point de départ de la prescription commerciale de 5 ans (Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 31 mai 2007, n°06-13.224, Publié au Bulletin, Juris-Data n°2007-039044) ;
- s'agissant de la réparation du préjudice, le point de départ sera celui de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime si celle-ci établit qu'elle n'en avait pas eu précédemment connaissance (Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 9 juill. 2009, n°08-10.820, Publié au Bulletin, Juris-Data n°2009-049065) ;
- s'agissant de la nullité du contrat, la date de conclusion de celui-ci marquera le départ de la possibilité d'agir ;
- s'agissant du réputé non écrit, on peut s'interroger sur le fait de savoir si l'action est

soumise à prescription et, si oui, quel en est le point de départ (S. Gaudemet, La clause réputée non écrite, th. Paris II : Economica, 2006).

S'agissant de la prescription de l'action du Ministre de l'Economie sur le fondement de l'article L.442-6, III du Code de Commerce, on notera qu'aucune disposition ne fixe ce délai. L'action du Ministre ayant été qualifiée de quasi-délictuelle, il est permis, selon nous, de considérer qu'elle se prescrit par 5 ans, conformément à l'article 2224 du Code civil.

## 5. Charge de la preuve

L'article L.442-6, I, 2° du code de commerce ne prévoyant aucun régime probatoire, il appartient au demandeur de démontrer le caractère déséquilibré de la clause litigieuse au titre de l'article 1315 du code civil.

Une fois le caractère déséquilibré d'une clause rapporté, il appartient donc au défendeur de justifier de l'éventuel rééquilibrage que peuvent offrir d'autres stipulations du contrat. La Cour de cassation (**Cass. com., 3 mars 2015, n°13-27.525, Publié au Bulletin**) affirme, en effet, que les juges du fond, en exigeant du défendeur, ici le distributeur, qu'il établisse que la clause litigieuse a bien été rééquilibrée par d'autres clauses du contrat, n'ont pas inversé la charge de la preuve. Le défendeur doit « prouver l'éventuel rééquilibrage par d'autres clauses du contrat » (v. aussi, **CEPC, avis n°15-1 du 30 septembre 2015** ; CA Paris, 4 juillet 2013, RG n°11/17941).

## 6. Nature des demandes

L'article L. 442-6 du Code de commerce opère une distinction fondamentale entre les pratiques qui engagent la responsabilité civile de leur auteur (point I), et les clauses interdites de plein droit (point II).

Le point I de l'article L.442-6 du Code de commerce vise une liste de pratiques restrictives qu'une entreprise en situation de puissance économique peut imposer à une autre ; ces pratiques concernent notamment l'obtention d'avantages abusifs, les abus au stade du règlement, la rupture (ou la menace de rupture) des relations commerciales et les violations à la revente hors réseau. La seule sanction envisagée par ce texte est la responsabilité de l'auteur de ces pratiques : « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers (...) ».

Ainsi, face au contractant invoquant le déséquilibre significatif visé au 2° du point I de l'article L. 442-6 du Code de commerce pour solliciter la nullité de la clause causant selon lui un tel déséquilibre, la jurisprudence (**CA Paris, 6 septembre 2016, RG n°15/21026**) retient : « C'est également en vain qu'elle invoque les dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce, lesquelles, relatives aux pratiques restrictives de concurrence, sont inopérantes à faire obstacle aux dispositions du contrat type, alors que 'le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties', visé par ce texte et invoqué par COREAM n'est sanctionné que par l'octroi de dommages et intérêts et non par la nullité de la stipulation contestée ».

## 7. Tendances actuelles

### 7.1. Observations d'ordre général

#### Appréciation du déséquilibre significatif à l'échelle du contrat

La Cour de cassation s'attache à rappeler fermement que le « déséquilibre significatif » ne peut s'apprécier clause par clause, mais doit s'apprécier à l'échelle du contrat tout entier (ce qui change tout en pratique).

Ainsi, dans un arrêt rendu le 3 mars 2015, la Haute juridiction affirme que « l'article L.442-6, I, 2° invite à apprécier le contexte dans lequel le contrat est conclu et son économie » et que, en l'espèce, la Cour d'appel « ne s'est pas déterminée en considération des seules clauses litigieuses » et qu'elle a donc « satisfait aux exigences de l'article L.442-6, I, 2° » (**Cass. com., 3 mars 2015, n°13-27.525**). De même, dans son arrêt rendu le 27 mai 2015, la Cour de cassation approuve la Cour d'appel d'avoir constaté, s'agissant d'une clause générant une distorsion dans les délais de paiement au profit du distributeur, que ce dernier « n'offrait pas de justifier que d'autres clauses du contrat permettaient de rééquilibrer les obligations des parties » (**Cass. com., 27 mai 2015, n°14-11.387**).

Les juges du fond prennent ainsi en compte l'ensemble des clauses contenues dans le contrat pour déterminer si la clause litigieuse crée ou non un déséquilibre. Il se peut qu'elle le soit mais l'important est que, au final, le contrat, lui, soit équilibré.

#### Absence de réciprocité

Selon la jurisprudence, le déséquilibre significatif peut se manifester par divers indices, notamment par le caractère général de la clause litigieuse ou l'absence de

réciprocité. Les contours de la notion de déséquilibre significatif restent encore à dessiner par la jurisprudence. Plusieurs indices sont utilisés pour retenir un déséquilibre significatif, au nombre desquels l'absence de réciprocité. L'absence de réciprocité dans les obligations et droits de parties peut constituer un premier élément dans l'appréciation du déséquilibre, qu'il soit financier (Trib. com. Paris, 24 sept. 2013, RG n° 2011/058615), ou bien contractuel (Trib. com. Paris, 20 mai 2014, RG n° 2013/0707793). Néanmoins, une telle absence de réciprocité peut légitimement exister dans certains cas ; il en va ainsi, notamment en raison du marché, des produits, ou du type de partenariat choisi par les cocontractants (CA Paris, 21 oct. 2011, RG n°10/12570).

## 7.2. Observations spécifiques à certaines clauses

Une analyse réalisée par la DGCCRF des clauses contractuelles et pratiques commerciales entre franchisés et franchiseurs dans le secteur de la restauration rapide et à thème suscite plusieurs commentaires. Ce communiqué comporte une liste précise des clauses ainsi considérées comme « déséquilibrées » ; nous reprendrons certaines d'entre elles, en formulant les observations qui s'imposent.

### Redevances de franchise et participation à la communication

En premier lieu, il s'agit de clauses imposant une redevance ne comportant pas (selon la DGCCRF) de contrepartie suffisante. Le texte du communiqué indique en effet : « *Parmi les relations commerciales déséquilibrées au détriment du franchisé, des clauses imposant le paiement d'une redevance de communication pour assurer la promotion du réseau, ou d'une redevance permanente pour bénéficier de l'assistance du franchiseur, ont été identifiées. Or, le service prévu en contrepartie n'est pas toujours suffisant* » (nous soulignons).

Cette première considération appelle au moins trois remarques :

- d'une part, il est vrai que la disproportion entre les services rendus à un partenaire commercial et la rémunération qu'il verse en contrepartie (à la tête d'un réseau, à une centrale d'achats ou de référencement par exemple), peut constituer une pratique restrictive de concurrence, sanctionnée par l'article L. 442-6 du code de commerce (CA Paris, 4 octobre 2012, RG n°11/12684 :

**aboutissant à la condamnation d'une tête de réseau) ;**

- d'autre part, le caractère « suffisant » (ou non) du service prévu est par nature subjectif et donne potentiellement prise à toute forme de contestation, avant la formation du contrat de franchise comme au cours de son exécution ;
- enfin, la DGCCRF se contente d'énoncer cette règle sans pour autant indiquer le « critère » en considération duquel ce caractère suffisant pourrait être décelé ; ce faisant, la démarche, qui se veut *a priori* louable, pose en définitive plus de problèmes qu'elle n'en résout : en effet, faut-il apprécier la qualité du service prévu et sa contrepartie monétaire de manière intrinsèque, c'est-à-dire en ne considérant que la valeur de cette prestation, prise isolément ? cette contrepartie impose-t-elle au contraire de se livrer à une appréciation tenant compte, plus globalement, de la situation économique des deux parties, le franchiseur et le franchisé ? ou faudra-t-il que cette appréciation aille encore plus loin, et conduise notamment à examiner, de manière empirique, la valeur attribuée à tel ou tel type de service par des réseaux concurrents (pour autant que la comparaison soit possible) ?

Le communiqué de la DGCCRF laisse ces questions sans réponse, et génère ainsi – involontairement mais nécessairement – une forte imprévisibilité juridique, en même temps qu'une source certaine de contentieux, ce communiqué étant de nature à inciter les franchisés à contester, sous l'angle du « déséquilibre significatif », le prix de tel ou tel service prévu au contrat de franchise. Tout cela a de quoi inquiéter.

### Droit d'entrée consécutif au renouvellement du contrat

En deuxième lieu, il s'agit de clauses prévoyant un montant du droit de renouvellement du contrat de franchise presque identique à celui du droit d'entrée, lesquelles apparaissent disproportionnées (toujours selon la DGCCRF) et peuvent ainsi créer un déséquilibre significatif avantageant le franchiseur. Le texte du communiqué indique en effet : « *Le montant du droit de renouvellement du contrat de franchise – parfois identique au premier droit d'entrée – apparaît comme disproportionné. Il s'agit là encore d'un déséquilibre significatif de la relation commerciale avantageant le franchiseur* ». Ce mécanisme est connu. On comprend

bien l'idée, mais les mêmes remarques que celles formulées au titre de la première catégorie de clauses ne semblent ici encore pleinement justifiées.

### **Clauses relatives à la modification du contrat de distribution**

En troisième lieu, il s'agit de clauses prévoyant que le franchiseur pourra unilatéralement modifier le contrat. Sur ce point, une nuance nous semble devoir être apportée. Soit l'on considère que le contrat de franchise contient une clause permettant au franchiseur de modifier, comme bon lui semble, tout ou partie du contrat, sans modalités ni limites – autres que celles résultant du « bon vouloir » du franchiseur – et, dans ce cas, il va de soi qu'une telle clause ne peut survivre à l'épreuve du déséquilibre significatif ; tout cela est parfaitement justifié. Soit l'on considère que le contrat de franchise contient une clause permettant au franchiseur de modifier, dans des conditions prédéfinies, certains aspects du contrat, suivant certaines modalités et certaines limites prédéterminées, auxquelles le franchisé a consenti par avance. Dans ce cas, qui correspond notamment à l'hypothèse d'une clause d'évolution, il ne doit y avoir aucune difficulté car le franchisé, en acceptant le contenu de cette clause, sait exactement ce à quoi il a par avance consenti.

### **Clauses relatives à la perte du droit d'entrée**

En quatrième lieu, il s'agit de clauses prévoyant que la perte du droit d'entrée si le franchisé échoue à l'examen durant la formation. Soyons clairs. Cette considération montre (hélas) que la DGCCRF n'a manifestement pas compris ce qu'un réseau de franchise représente. Le franchiseur dépense continuellement de l'argent pour sélectionner de bons candidats à la franchise ; les critères sont nombreux et, dans certains réseaux, le franchiseur se montre à juste titre sélectif, soucieux qu'il est de privilégier la qualité des franchisés (au demeurant au profit des consommateurs et de l'image du réseau tout entier (les autres franchisés y compris donc ...)) plutôt que la quantité. Or, une telle sélection peut représenter un coût très important pour le franchiseur. Une fois le candidat à la franchise sélectionné, et le contrat signé, le franchisé reçoit la bible du savoir-faire et suit une formation au métier qu'il s'apprête à exercer et aux méthodes du réseau qu'il a décidé de rejoindre. Ici encore, une telle formation représente bien souvent un coût important pour le franchiseur. Enfin, le sens même de la démarche que nous décrivons n'est pas tant d'assurer une formation mais bien d'inculquer un

savoir-faire. Ce savoir-faire constitue le pilier central de la franchise, au double plan juridique et économique. Juridiquement, car chacun sait que l'existence même du savoir-faire est une condition de validité du contrat de franchise, et que le défaut de transmission du savoir-faire peut justifier à lui seul la résiliation de ce contrat. Et puis, économiquement, car chacun sait également que les franchisés qui réussissent le mieux sont précisément ceux qui dupliquent le mieux le savoir-faire du réseau. A tel point d'ailleurs que la solution préconisée par la DGCCRF aboutirait à une situation défavorable à la totalité des acteurs ; le franchisé exerçant son activité sans avoir digéré le savoir-faire risquerait fort de ne pas tirer profit de cette activité (quand il ne déposera pas le bilan ...), ce même franchisé ne parviendra pas – faute de savoir-faire – au degré d'exigence attendu du consommateur (qui en pâtira et ira à la concurrence), et dégradera par la même occasion l'image du réseau (au préjudice du franchiseur et des autres franchisés du réseau là encore ...). Il y en aurait encore beaucoup à dire à ce sujet, mais l'on voit bien que les seules observations qui précèdent suffisent à critiquer fermement la position ainsi adoptée par la DGCCRF.

### **Clauses relatives aux données informatiques**

En cinquième lieu, il s'agit de clauses ouvrant « au franchiseur un accès illimité et sans réserve à ses données informatiques ». Il faut dire tout d'abord que le grief ainsi formulé manque en soi de précision, mais ce sont là les « limites » d'un communiqué.

Selon nous, le « critère » devant permettre de déterminer si de telles dispositions sont critiquables ou non dépend essentiellement, sinon même exclusivement, du point de savoir si un tel mécanisme est justifié au regard de l'objet du contrat et des avantages que le réseau tout entier pourra tirer des remontées d'informations ainsi organisées.

Le contrôle des pratiques commerciales dans le secteur de la restauration rapide et à thème a conduit la DGCCRF à émettre cinq avertissements, deux projets d'assignation et deux projets d'injonction et à garder le secteur sous surveillance.

Ce communiqué doit donc appeler les acteurs de la franchise à la plus grande vigilance, même s'il faut rappeler que l'article L.442-6, I, 2° du code de commerce ne prévoit aucun régime probatoire, et qu'il appartient donc au demandeur de démontrer le caractère déséquilibré de la clause litigieuse au titre de l'article 1315 du code civil.

## Clauses pénales

Les dispositions de l'ancien article 1152 du Code civil (**devenu l'article 1231-5 du code civil**) ne font pas obstacle à l'application de l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce à une clause pénale, dès lors que les conditions en sont réunies (**Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-11.387, Publié au Bulletin, Juris-Data n°2015-012555** ; CA Paris, 17 déc. 2014, n° 13/08615 ; CA Bordeaux, 21 nov. 2011, n° 10/02746 ; CEPC, avis n° 04-04 du 7 juill. 2004).

## Clauses de déréférencement

Une clause autorisant le distributeur à déréférencier unilatéralement un fournisseur, sans préavis ni indemnisation, en raison d'une sous-performance du produit directement liée aux conditions dans lesquelles le distributeur le commercialise peut relever des dispositions de ce texte (**Cass. com., 3 mars 2015, n°14-10.907**).

## Clauses de retour d'invendus

Pour ce qui concerne les clauses de retour d'invendus, la Cour d'appel de Paris avait pu considérer qu'elles constituaient un déséquilibre significatif dès lors qu'elles avaient pour effet d'imputer au fournisseur, sans aucune contrepartie ou compensation démontrée, la totalité de la charge des invendus ainsi que le coût de la reprise des produits alors même que le distributeur contrôlait la fixation du prix de revente, le choix de l'emplacement, les opérations promotionnelles. La Cour d'appel de Paris précise également que cette obligation de reprise des invendus n'avait pas de contrepartie sérieuse en terme d'avantages pour le fournisseur (CA Paris, 4 juill. 2013, n°12/07651 ; v. aussi, Trib. com. Bobigny, 29 mai 2012, n°2009/F01541 ; Trib. com. Meaux, 24 janv. 2012, n 2009/02296).

## Clause du client le plus favorisé

A la différence des clauses examinées plus haut qui, au terme d'une analyse au cas par cas, peuvent éventuellement constituer un déséquilibre significatif au sens de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce, une telle clause est interdite par l'article L.442-6, II, d) du Code de commerce, selon lequel « *Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou une personne immatriculée au répertoire des métiers, la possibilité : (...) d) de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes*

*par le cocontractant* ». La clause du client le plus favorisé est donc nulle par nature.

L'interdiction ne concerne toutefois que les clauses entraînant un ajustement tarifaire automatique – ce qui exclut les clauses permettant la résiliation du contrat – et suppose que l'ajustement se fasse au niveau des prix d'un concurrent du client.

**A rapprocher : Déséquilibre significatif : méthode d'appréciation, charge de la preuve et illustrations (analyse comparée de décisions)**

---

**L'opposabilité des clauses de médiation préalable et l'article L.442-6, I, 5° du code de commerce**  
CA Paris, 8 février 2017, n°15/02170

*Ce qu'il faut retenir :*

**Si la nature délictuelle de l'action fondée sur l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce n'est pas susceptible de mettre en échec l'application d'une clause de médiation préalable, sa rédaction doit recueillir une attention toute particulière afin que soit démontré ce à quoi les parties ont réellement entendu se soumettre.**

*Pour approfondir :*

Dans cette affaire, un fabricant de bijoux fantaisie entretenait des relations commerciales avec différentes entités d'un même groupe spécialisé dans la grande distribution. Après avoir constaté une forte baisse des commandes de la centrale de référencement du groupe, le fabricant a finalement pris acte de leur cessation quasi-définitive. Prétendant être victime d'une rupture brutale des relations commerciales établies, le fabricant a donc assigné le distributeur sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce.

Selon les premiers juges, la société a toutefois été déclarée irrecevable, en l'absence de saisine préalable du Centre de Médiation et d'Arbitrage de la Chambre de commerce et d'industrie de Paris, alors que les parties avaient contractuellement prévu, en cas de litige, le recours à une procédure préalable et obligatoire de conciliation.

Le fabricant a donc interjeté appel, demandant que le jugement soit infirmé et que le distributeur soit

condamné pour avoir rompu brutalement les relations commerciales qu'ils entretenaient. A l'appui de sa demande, l'appelant soutient que l'intention des parties n'aurait pas été de soumettre la rupture de leurs relations commerciales établies à la clause de médiation préalable.

La cour déroule un raisonnement en deux temps.

En premier lieu, elle affirme que les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° dont découle une responsabilité de nature délictuelle ne font pas échec à l'application d'une procédure de conciliation préalable à la saisine du juge prévue contractuellement par les parties.

Cette position adoptée par la cour ne s'oppose pas au caractère d'ordre public desdites dispositions puisque cette procédure n'est qu'un préalable à la saisine du juge, qui, en cas d'échec, demeure toujours possible. De sorte que s'il est interdit de renoncer par avance aux règles de protection établies par la loi sous le sceau de l'ordre public, l'introduction d'une clause de médiation ne caractérise nullement un tel renoncement mais prévoit seulement l'obligation d'*essayer* de transiger.

Ensuite, la cour fait preuve de fermeté quant à l'appréciation de l'étendue du champ d'application de ces clauses, puisqu'elle ne les considère efficaces qu'à « *la condition que les parties aient expressément entendu soumettre ce type de litige à cette procédure alternative de règlement des conflits* ».

Ainsi, en l'espèce, après avoir approuvé le mécanisme de ces clauses, la cour d'appel justifie la recevabilité de l'action du fabricant du fait que la clause ne visait nullement la fin des relations commerciales établies mais les différends portant sur la fin de chacune des conventions annuelles. Une attention toute particulière doit donc être portée à la rédaction de la clause, puisque selon les termes choisis par les parties, l'efficacité de la clause de médiation sera ou non remise en cause. En l'espèce, les parties ayant seulement visé les cas individuels de chaque convention annuelle et non la globalité de la relation, la clause de médiation n'avait pas vocation à s'appliquer.

Au fond, après avoir déclaré recevable le fabricant, la cour rejette toutefois le grief formé à l'encontre du distributeur sur le fondement de la rupture brutale des relations commerciales établies.

Pour ce faire, en l'absence de lettre du distributeur signifiant formellement la fin des relations, la cour s'attarde sur le comportement des parties. Or, si le distributeur ne démontre pas avoir sollicité l'appelant selon le *modus operandi* des années antérieures, ce dernier ne fait quant à lui nullement état de proposition d'approvisionnement au distributeur. De même, le fabricant n'atteste à aucun moment s'être inquiété du silence de la centrale d'achat et de la prétendue baisse puis cessation des commandes, ce qui témoigne selon la cour de son « *désintérêt certain pour la pérennité de leurs relations commerciales* ». Par conséquent, par une application classique et stricte du régime de la preuve, la Cour déboute le fabricant de son pourvoi sur ce point, à défaut d'être parvenu à démontrer avoir été victime d'une rupture brutale de relation commerciale établie imputable au distributeur.

Tout bien considéré, les juridictions semblent réserver un sort favorable et respectueux de la volonté contractuelle des parties, guidée par leur intention commune. Il est ainsi permis aux opérateurs d'organiser le règlement de leurs différends, tout en s'assurant, probablement dans un but de protection de la partie faible, que les deux parties y ont clairement consenti, circonstance appréciée par le juge eu égard à la précision des termes de la clause.

Cette tendance jurisprudentielle plutôt libérale se dégage de la mise en œuvre d'autres mécanismes, comme en témoigne la reconnaissance par le juge de la faculté de recourir à la justice privée en présence de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce.

En définitive, les acteurs souhaitant introduire de telles clauses devront être vigilants sur la rédaction de ces dernières afin d'en assurer la portée et l'effectivité. Il semble recommandé d'opter pour des termes clairs et précis, visant au besoin expressément le cas de la rupture de relation commerciale établie, entendu comme l'ensemble des relations non circonscrites à un contrat en particulier, afin que la clause produise son effet escompté, à savoir la fin de non-recevoir de l'action introduite en l'absence de conciliation préalable.

**A rapprocher : Cass. com., 1<sup>er</sup> mars 2017, n°15-22.675 ; Cass. com., 12 juin 2012, n°11-18.852**



**Notion de pratiques commerciales trompeuses**

Cass. com., 1<sup>er</sup> mars 2017, n°15-15.448, Publié au Bulletin

*Ce qu'il faut retenir :*

**L'existence d'une pratique commerciale trompeuse ne peut être caractérisée que si seulement les éléments qui la constituent altèrent (ou sont de nature à altérer), de manière substantielle, le comportement économique du consommateur.**

*Pour approfondir :*

Par l'arrêt commenté (**Cass. com., 1<sup>er</sup> mars 2017, n° 15-15.448, Publié au Bulletin**), la chambre commerciale casse l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Lyon pour défaut de base légale. En effet les juges du fond avait retenu « *sans vérifier si les éléments qu'elle avait retenus altéraient ou étaient de nature à altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur* », que la confusion créée dans l'esprit des consommateurs ou des acheteurs éventuels sur l'origine du produit était constitutive de concurrence déloyale.

Il s'agissait en l'espèce d'une société spécialisée dans la fabrication et la commercialisation de produits cosmétiques, qui continuait de commercialiser un savon sous la dénomination « savon tradition Alep », alors que ces produits étaient désormais fabriqués en Tunisie depuis la cessation de ses relations commerciales avec le requérant, fournisseur en savons artisanaux fabriqués à Alep.

Les juges du fond avaient jugé que l'emballage du produit était de nature à induire en erreur leurs clients sur l'origine du produit et que, par conséquent, la confusion créée dans l'esprit des consommateurs ou acheteurs éventuels sur l'origine du produit était constitutive de concurrence déloyale à l'égard de la société commercialisant des savons d'Alep fabriqués en Syrie. La Haute autorité souligne alors la nécessité du critère de démonstration d'une altération du comportement économique du consommateur.

Ainsi, pour pouvoir être qualifiée de trompeuse au sens de l'article L. 121-2, 2°, b du Code de la consommation (anc. C. consom., art. L. 121-1, 2°, b), une pratique commerciale doit :

- contenir des informations des informations fausses mensongères ou des informations qui,

bien que correctes dans les faits, peuvent induire le consommateur en erreur ; et

- altérer ou être de nature à altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé.

Dès lors, il est nécessaire de démontrer que les éléments retenus altèrent ou sont de nature à altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur.

La position du juge est conforme à la directive n° 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, qui énonce ce critère, bien que non expressément repris à l'article L. 121-1 du Code de la consommation.

Cette décision s'inscrit dans une interprétation restrictive par la chambre de commerciale, qui avait déjà affirmé la nécessité de démontrer ce critère, dans son arrêt du 29 novembre 2011 (Cass. Com., 29 nov. 2011, n° 10-27.402).

**A rapprocher : Article L.121-2 du Code de la consommation**

---

**Nullité du contrat hors établissement pour défaut de certaines des mentions de rétractation**

CA Riom, 18 janvier 2017, RG n°14/02633

*Ce qu'il faut retenir :*

**A peine de nullité, toutes les mentions – sans exception – prévues par le Code de consommation relatives au droit de rétractation doivent figurer dans les contrats conclus à distance ou hors établissement ; le fait que ce droit de rétractation soit clairement porté à la connaissance du consommateur ne suffit pas.**

*Pour approfondir :*

Un consommateur a été démarché à son domicile pour faire l'acquisition de panneaux photovoltaïques. Pour financer cet achat, un contrat de crédit était associé à cette proposition.

Le consommateur a conclu les deux contrats. Constatant que certaines échéances étaient restées impayées, la société de crédit a agi en justice. Le consommateur a alors assigné le vendeur des panneaux (contrat principal) en nullité du contrat.

Le jugement de première instance a rejeté la demande d'annulation du contrat et a condamné le consommateur à rembourser l'intégralité du prêt ; ce dernier a fait appel.

La discussion se portait sur le fait de savoir si le contrat principal était nul en raison de défaut de certaines (seulement) des mentions obligatoires prévues par le Code de la consommation pour informer le consommateur de sa faculté de se rétracter (droit légal et d'ordre public selon les anciens articles L.121-21 et suivants et R.121-3 du Code de la consommation applicables au litige).

S'agissant de notre espèce, cette question est au centre du débat puisque, en cas de nullité du contrat principal, le contrat de prêt associé devient nul par application de l'ancien article L.311-32 du même code. *Nota bene Ces dispositions sont toujours applicables mais la numérotation du Code de commerce a été depuis modifiée.*

La décision d'appel est simple et efficace : si le contrat « n'est pas conforme à toutes les prescriptions édictées » (nous soulignons) par le Code de la consommation, alors il est nul, peu important qu'un formulaire de rétractation détachable soit joint au contrat et que le contrat expose au consommateur le principe de son droit de rétractation et le délai dans lequel celui-ci peut être exercé.

Le contrat (en dehors du formulaire de rétractation) doit comporter chacune des mentions exigées par les textes.

**A rapprocher : Articles L.221-1 et suivants nouveaux du Code de la consommation**

#### **Informations du consommateur dans les secteurs du bâtiment et de l'équipement de la maison**

Arrêté du 4 janvier 2017 relatif à la publicité des prix des prestations de dépannage, de réparation et d'entretien dans le secteur du bâtiment et de l'équipement de la maison

*Ce qu'il faut retenir :*

**Les professionnels du secteur du bâtiment et de l'équipement de la maison sont soumis à de nouvelles règles qui évoluent en matière d'information des consommateurs, à compter du 1<sup>er</sup> avril 2017**

*Pour approfondir :*

Un arrêté du **24 janvier 2017** renforce les obligations du professionnel intervenant dans le secteur du bâtiment et/ou de l'équipement de la maison, s'agissant des informations qu'il doit communiquer aux consommateurs. Il remplace en cela l'ancien arrêté du 2 mars 1990, qui imposait jusqu'ici les règles en la matière.

- **Principales évolutions**

Plusieurs obligations d'information prévues par l'ancienne réglementation demeurent. Trois évolutions sont notables dans le nouvel arrêté :

- une évolution au regard des nouveaux moyens de communication : en effet, le barème des prix des principales prestations proposées devra désormais être également publié sur le site internet du professionnel ;
- le professionnel doit remettre au client des informations précontractuelles et contractuelles, issues de la fusion des deux documents dénommés antérieurement « devis » et « ordre de réparation », transmises sur support durable ;
- sont distinguées, d'une part, les prestations conclues dans le cadre des contrats de vente ou de fourniture de services conclus à distance et hors établissement et, d'autre part, les prestations conclues dans les locaux du professionnel.

- **Prestations concernées par les obligations d'information**

Le champ d'application de ces règles est large, dans la mesure où il concerne l'ensemble des prestations de dépannage, de réparation et d'entretien dans les secteurs du bâtiment et de l'équipement de la maison suivants : maçonnerie, fumisterie et génie climatique, y

compris les énergies renouvelables, ramonage, isolation, menuiserie (y compris l'entretien des portes de garage, des portes de garage automatiques et des portails électriques), serrurerie (y compris le remplacement de ferme-porte), couverture, toiture (y compris l'application d'hydrofuge et démoussage), l'étanchéité (y compris la réparation des joints de terrasse, l'entretien des terrasses et la recherche et la réparation), la plomberie, les sanitaires, la plâtrerie, la peinture, la vitrerie, la miroiterie, le revêtement de murs et de sols en tous matériaux, l'électricité, l'évacuation des eaux pluviales, le curage des eaux usées, le nettoyage et le débouchage des canalisations, l'entretien et la réparation des systèmes d'alarme et de télésurveillance, l'entretien et la réparation des plates-formes élévatrices privatives, les prestations de dératisation et désinsectisation, l'entretien et la désinfection des vide-ordures, l'entretien des extincteurs.

Sont également couvertes les opérations de remplacement ou d'adjonction de pièces, d'éléments ou d'appareils, consécutives à la mise en œuvre des prestations visées ci-dessous, ainsi que les prestations couvertes par des paiements forfaitaires effectués lors de la conclusion ou du renouvellement de contrats incluant à titre accessoire la mise en service ou le raccordement du bien, de contrats d'entretien, de contrats de garantie ou de services après-vente.

En revanche, ne seront pas soumises aux obligations d'information de l'arrêté du 24 janvier 2017, les prestations payées au forfait, lorsque le paiement est effectué lors de la conclusion du contrat (ou lors de son renouvellement), ainsi que les prestations de raccordement à un réseau public effectuées par un concessionnaire de service public ou sous sa responsabilité et qui font l'objet d'une tarification publique.

- **Informations à transmettre au consommateur avant la conclusion du contrat**

- Obligation générale

Avant la conclusion du contrat de prestations, le professionnel doit communiquer au consommateur :

- le (ou les) taux horaire(s) de main-d'œuvre TTC ;
- les modalités de décompte du temps estimé ;
- le cas échéant, les prix TTC des différentes prestations forfaitaires proposées, notamment les prix au mètre linéaire ou au mètre carré ;
- les frais de déplacement, s'il en facture ;

- le caractère payant ou gratuit du devis et, s'il est payant, le coût d'établissement du devis ;
- le cas échéant, toute autre condition de rémunération.

Par ailleurs, lorsque le professionnel dispose de locaux dans lesquels il reçoit les clients, les informations ci-dessus doivent figurer sur un affichage à l'intérieur de ces locaux, visible depuis l'endroit où se tient la clientèle. Si le local dispose d'un accès indépendant à partir de la voie publique, ou d'une vitrine, ces mêmes informations doivent être affichées de façon visible et lisible de l'extérieur.

Lorsque le contrat est conclu hors établissement ou à distance, l'arrêté prévoit que ces mêmes informations sont également communiquées dans les conditions prévues aux articles L.221-8, L.221-11 et L.221-12 du code de la consommation.

Plus généralement, ces conditions doivent être aisément accessibles sur tout espace de communication en ligne dédié au professionnel : dès lors, le professionnel doit les faire figurer sur son site internet, s'il en dispose.

- Obligations spécifiques au devis

Avant d'exécuter une prestation entrant dans le champ de l'arrêté, le professionnel est tenu de remettre au client un devis détaillé comportant les mentions suivantes, en plus des obligations générales d'information figurant aux articles L.111.-1 et L.111-2 du code de la consommation :

- la date de rédaction du devis ;
- le nom et l'adresse du professionnel ;
- le nom du client ;
- le lieu d'exécution de l'opération ;
- la nature exacte des réparations à effectuer ;
- le décompte détaillé, en quantité et en prix, de chaque prestation et produit nécessaire à l'opération prévue : dénomination, prix unitaire et désignation de l'unité à laquelle il s'applique (notamment l'heure de main-d'œuvre, le mètre linéaire ou le mètre carré) et la quantité prévue ;
- le cas échéant, les frais de déplacement ;
- la somme globale à payer hors taxes et toutes taxes comprises, en précisant le taux de TVA ;
- la durée de validité de l'offre ;
- l'indication du caractère payant ou gratuit du devis.

L'arrêté prévoit par ailleurs que lorsque le contrat est conclu hors établissement, le professionnel remet un

devis détaillé conforme aux articles L.221-5 et L.221-9 du code de la consommation. Ce devis comporte en outre le décompte détaillé, en quantité et en prix, de chaque prestation (en particulier le taux horaire de main d'œuvre et le temps estimé ou, le cas échéant, le montant forfaitaire de chaque prestation), la dénomination des produits et matériels nécessaires à l'opération prévue et leur prix unitaire ainsi que, le cas échéant, la désignation de l'unité à laquelle il s'applique et la quantité prévue, les frais de déplacement (si le professionnel en applique).

Dans le devis (ou dans le contrat conclu hors établissement commercial), le professionnel doit informer le consommateur qu'il peut conserver les pièces, les éléments ou appareils remplacés. Cette information s'effectue selon un modèle-type figurant dans l'arrêté, consistant à interroger le consommateur pour savoir s'il souhaite conserver ces éléments, par le biais d'une case à cocher.

- **Droit de rétractation**

Le préambule de l'arrêté précise que, conformément à l'article L.221-28, 8° du code de la consommation, l'exemption du droit de rétractation porte uniquement sur les travaux liés à la réparation en situation d'urgence et non sur d'autres éléments fournis ou installés à cette occasion par le professionnel.

- **Facturation des prestations**

Conformément aux règles applicables aux prestations de services rendues aux consommateurs, le professionnel n'est pas tenu d'émettre une facture mais uniquement une note, émise dès que la prestation est exécutée, et obligatoirement avant que le professionnel perçoive le paiement de sa prestation par le consommateur. Cette note est remise gratuitement sur support durable (ex : papier, email).

Cette note est obligatoire dès lors que le montant de la prestation est supérieur à 25 € TTC (et également pour tout montant inférieur, si le client réclame une note).

Elle contient :

- la date de rédaction de la note ;
- le nom et d'adresse du professionnel ;
- le nom du client, sauf opposition de celui-ci ;
- la date et le lieu d'exécution de la prestation ;
- le décompte détaillé, en quantité et prix, de chaque prestation et produit fourni ou vendu, soit dénomination, prix unitaire et désignation

de l'unité à laquelle il s'applique, quantité fournie (ce décompte détaillé n'est en principe pas obligatoire pour les prestations visées dans l'arrêté du 24 janvier 2017, dans la mesure où la réglementation prévoit qu'il n'est que facultatif lorsque la prestation de service a donné lieu, préalablement à son exécution, à l'établissement d'un devis descriptif et détaillé, accepté par le client et conforme aux travaux exécutés) ;

- la somme totale à payer HT et TTC.

**A rapprocher : Arrêté du 24 janvier 2017 relatif à la publicité des prix des prestations de dépannage, de réparation et d'entretien dans le secteur du bâtiment et de l'équipement de la maison**

## PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE & NOUVELLES TECHNOLOGIES

**Usage des signes distinctifs du réseau après le terme du contrat : illustration des sanctions**  
CA Douai, 26 janvier 2017, RG n°15/03590

*Ce qu'il faut retenir :*

**Cet arrêt illustre les sanctions encourues par l'ancien membre d'un réseau qui, postérieurement à la cessation du contrat de licence de marque, poursuit l'usage des signes distinctifs du réseau et de la marque.**

*Pour approfondir :*

La tête d'un réseau exploitant un concept de bars-brasseries, avait conclu un contrat de licence de marque et de concept avec une société qui, durant le contrat, avait ainsi exploité la marque et des mobiliers et aménagement spécifiques déposés à titre de modèle.

La cessation du contrat avait été notifiée au 31 décembre 2010. Or, l'ancien licencié n'avait pas cessé l'exploitation des signes distinctifs du réseau dont il ne faisait plus partie, la tête de réseau engagea une action en contrefaçon.

La Cour va examiner en premier lieu la demande en contrefaçon de marque. A l'appui de cette demande, la tête de réseau produisait plusieurs constats d'huissier établissant l'usage de la marque. La contrefaçon était contestée au motif que la quasi-totalité des éléments reproduisant la marque avait été supprimée et que ceux constatés par l'huissier étaient insuffisants à caractériser la contrefaçon.

Les trois procès-verbaux de constat fournis étaient respectivement datés des 28 octobre 2011, 19 septembre 2012 et 25 janvier 2013. S'agissant de ces deux derniers, la Cour relève qu'ils établissaient que la marque avait été soit retirée, soit occultée de sorte qu'elle n'était plus visible ni identifiable. En revanche, le premier constat établissait que la marque bien que non visible depuis l'extérieur était en revanche toujours visible dans le point de vente sur des sets de table, sur des poubelles, sur des tables. Aussi, les juges vont retenir des actes de contrefaçon sur la période courant du 31 décembre 2010 (date de la fin du contrat) au 28 octobre 2011 (date du premier procès-verbal de constat).

La Cour va ensuite examiner la demande en contrefaçon de modèles. Parmi les signes distinctifs du réseau plusieurs avaient été déposés à titre de modèles en particulier : un bar, un dôme lumineux et une bibliothèque. Pour échapper au grief de contrefaçon, la société poursuivie tentait de contester la validité des modèles en particulier leur « caractère propre » qui constitue une condition de protection (article L511-2 du code de la propriété intellectuelle) et contestait la commission d'actes de contrefaçon. Pour deux des éléments (le dôme et la bibliothèque), la Cour va considérer que la preuve de la contrefaçon n'est pas rapportée. Ainsi, les juges considèrent que le dôme se trouvant dans les locaux diffère de celui déposé à titre de modèle, et que la notice relative à la bibliothèque est illisible et ne permet donc pas de procéder à une comparaison avec celle se trouvant dans les locaux de l'ancien licencié. En revanche, la contrefaçon du troisième modèle portant sur un bar va être retenue par la Cour : outre le caractère propre qui est admis, les juges vont conclure de l'examen des pièces que celui installé dans les locaux reprenait les mêmes caractéristiques que celui déposé.

Enfin, la Cour va se prononcer sur la violation du contrat. En effet, la tête de réseau se prévalait également de la violation des termes de l'article du contrat de licence stipulant : « *en cas de cessation du contrat, le partenaire devra faire disparaître de son établissement toute référence directe ou indirecte*

*permettant d'établir ou de rappeler à la clientèle son appartenance au réseau « AB » ou susceptible d'entretenir de quelque manière que ce soit dans l'esprit du public une confusion entre son exploitation et celle d'un membre du réseau »*. Sur ce fondement, la tête de réseau va faire sanctionner la poursuite de l'exploitation par l'ancien licencié, après le terme du contrat, d'une série d'éléments décoratifs qui ne faisaient pas l'objet d'un droit de propriété intellectuelle mais qui étaient mentionnés dans la charte architecturale du réseau.

#### **A rapprocher : article L.713-2 du code de la propriété intellectuelle**

#### **Sanction du dépôt frauduleux de marque**

Cass. com., 11 janvier 2017, n°15-15.750, Publié au Bulletin

*Ce qu'il faut retenir :*

#### **La fraude au droit de tiers lors du dépôt d'une marque justifie soit son transfert soit sa nullité.**

*Pour approfondir :*

Le dépôt d'une marque ne doit pas porter atteinte aux droits antérieurs de tiers, la règle est connue et chacun sait qu'il convient de procéder à des recherches préalables d'antériorité pour s'assurer que le signe est disponible. Néanmoins, tout signe non déposé n'est pas pour autant disponible : un tiers peut faire valoir une fraude à ses droits.

La fraude est en effet envisagée à l'**article L.712-6 du code de la propriété intellectuelle** qui prévoit : « *Si un enregistrement a été demandé soit en fraude des droits d'un tiers, soit en violation d'une obligation légale ou conventionnelle, la personne qui estime avoir un droit sur la marque peut revendiquer sa propriété en justice* ». Cet article permet ainsi à la victime de la fraude de récupérer la propriété de la marque déposée frauduleusement. Outre cet article, la victime d'une fraude peut également faire valoir l'adage « *fraus omnia corrumpit* » et solliciter la nullité de la marque frauduleusement déposée, dans ce cas celle-ci n'est pas transférée mais retombe dans le domaine public.

Les faits ayant conduit à l'arrêt commenté (**Cass.com., 11 janvier 2017, n°15-15.750, Publié au Bulletin**) illustrent un cas original de fraude. Dans cette affaire,

les auteurs d'une chanson mettant en scène un personnage dénommé « Bébé Lilly » avaient signé un contrat de cession et d'édition pour un disque comprenant le titre « Allo Papy Bébé Lilly ».

Or, la maison de disque avait par la suite déposé la marque « Bébé Lilly » dépôt qui va être contesté à double titre :

- après avoir rappelé « qu'un dépôt de marque est entaché de fraude lorsqu'il est effectué dans l'intention de priver autrui d'un signe nécessaire à son activité », la Cour va censurer les juges qui n'avaient pas reconnu l'existence d'une fraude alors qu'en procédant au dépôt de la marque la société X. avait cherché à s'approprier la dénomination privant ainsi M. Y de la possibilité de développer des œuvres le mettant en scène ;
- ensuite, au visa de **l'article L.711-3 du code de la propriété intellectuelle** (qui au point c) prohibe les signes « c) « *De nature à tromper le public, notamment sur la nature, la qualité ou la provenance géographique du produit ou du service* »), la Cour va reprocher aux juges d'avoir rejeté la demande de nullité de la marque litigieuse formée sur ce fondement alors qu'une marque peut être déceptive lorsqu'elle est susceptible de tromper le consommateur sur la relation entre le signe qu'elle utilise et une œuvre relevant de la protection par le droit d'auteur ou un droit dérivé.

**A rapprocher : articles L.711-3 et L.712-6 du code de la propriété intellectuelle**

#### Preuve de la contrefaçon : le glas des constats d'achat ?

Cass. com., 25 janvier 2017, n°15-25.210, Publié au Bulletin

*Ce qu'il faut retenir :*

**Lors d'un constat d'achat, le tiers qui procède à l'achat doit être indépendant de la partie requérante.**

*Pour approfondir :*

Pour établir la preuve d'actes de **contrefaçon**, le recours à des constats d'achat est fréquent en pratique : l'huissier, accompagné d'une tierce personne, constate que celle-ci pénètre dans un

magasin et en ressort avec un produit et le ticket de caisse justifiant de l'achat qui vient d'être effectué.

Selon l'arrêt commenté (**Cass. com., 25 janvier 2017, n°15-25.210, Publié au Bulletin**), l'huissier avait procédé à un constat d'achat au sein d'un magasin par un stagiaire-avocat au sein du cabinet du conseil de la société victime des actes de contrefaçon.

La société poursuivie en contrefaçon soulevait la nullité du procès-verbal de constat d'achat ainsi dressé en arguant d'une violation du principe d'égalité des armes élément essentiel du droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et une atteinte aux droits de la défense.

La Cour d'appel de Paris, dans le prolongement de la jurisprudence constante, avait au contraire considéré que le constat était pleinement valable : « *la circonstance que la personne assistant l'huissier de justice, qui a pénétré, seule, dans les deux magasins avant d'en ressortir avec les pantalons en jean litigieux, soit un avocat stagiaire au cabinet de l'avocat de la société G., est indifférente, dès lors qu'il n'est argué d'aucun stratagème déloyal* ».

La Cour de cassation va censurer cet arrêt au visa de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 9 du code de procédure civile, et le principe de loyauté dans l'administration de la preuve : « *Attendu que le droit à un procès équitable, consacré par le premier de ces textes, commande que la personne qui assiste l'huissier instrumentaire lors de l'établissement d'un procès-verbal de constat soit indépendante de la partie requérante* ».

Les conséquences pratiques de cette décision sont importantes : la preuve des actes de contrefaçon se trouve complexifiée par l'exigence posée par la Cour de cassation car, de fait, les constats d'achat voient leur avenir condamné. On comprend difficilement la position adoptée par la Cour : en effet, l'intervention critiquée est limitée à une opération d'achat et dès lors qu'aucun stratagème n'est utilisé, on voit mal quelle atteinte est portée au droit de la défense à l'occasion d'un simple achat constaté par l'huissier.

Il faut désormais tenir compte de cette jurisprudence pour sécuriser les preuves de la contrefaçon : ni l'avocat, ni son stagiaire ni aucun membre du cabinet ne peuvent effectuer l'achat objet du constat, pas davantage bien entendu l'huissier ni aucun membre du

personnel du requérant : il ne reste, finalement, personne ou si peu.

De fait, il faudra recourir quasi systématiquement à la procédure de **saisie-contrefaçon** nécessitant donc d'être autorisé, sur ordonnance, à effectuer des constatations ce qui va encore ralentir le processus et encombrer les juridictions spécialisées.

### **A rapprocher : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme**

---

#### **Les nouvelles exigences de la CNIL en matière de création et de gestion de mots de passe** Délibération n°2017-012 du 19 janvier 2017

*Ce qu'il faut retenir :*

**Aux termes d'une recommandation relative à la sécurité des mots de passe, la CNIL fournit un référentiel technique de sécurité minimale à respecter.**

*Pour approfondir :*

Partant du constat que – pour répondre à leur obligation de sécurité – les responsables de traitement font majoritairement le choix de recourir à un moyen d'authentification associant un identifiant à un mot de passe, la Commission a estimé nécessaire de définir les modalités techniques de cette méthode d'authentification, permettant de garantir un niveau de sécurité adapté. En concertation avec ses homologues européens et des institutions et professionnels en charge de la sécurité de l'information, la CNIL a bâti un référentiel technique apportant un niveau de sécurité minimal afin de proposer aux professionnels des lignes directrices en matière de gestion des mots de passe.

#### **1/ Les mesures à respecter pour la création des mots de passe**

Lorsque la sécurité des données à caractère personnel est assurée via la mise en place de mots de passe choisis et déterminés par les personnes concernées, la CNIL considère qu'il appartient au responsable de traitement d'imposer des modalités de création afin d'assurer la robustesse de ces derniers. Cette robustesse se caractérise par la taille minimale et la complexité du mot de passe.

Dans une décision du 5 novembre 2015, la formation restreinte de la CNIL avait prononcé une sanction pécuniaire à l'encontre de la société OPTICAL CENTER, notamment en raison d'une absence de complexité suffisante des mots de passe des clients ayant déjà créé un compte, caractérisant ainsi un manquement à son obligation de sécurité.

Dans sa nouvelle recommandation relative aux mots de passe, la CNIL distingue 4 cas possibles et propose des modalités techniques à mettre en œuvre. Elle identifie ainsi :

1° Les cas où l'authentification repose uniquement sur un identifiant et un mot de passe. Ce cas impose les exigences les plus fortes en termes de robustesse des mots de passe ; ces derniers devant comporter au minimum 12 caractères et comprendre les 4 types de caractères existants (majuscules, des minuscules, chiffres et caractères spéciaux). En plus d'imposer ces modalités de création aux personnes concernées, le responsable de traitement est également tenu de conseiller les personnes afin de répondre pleinement à son obligation de sécurité ;

2° Les cas où l'authentification prévoit, outre le mot de passe, une restriction d'accès au compte de la personne concernée. Dans un tel scénario, la CNIL prévoit des exigences moins fortes puisqu'elle précise qu'un minimum de 8 caractères et l'usage de 3 des 4 types de caractères existants est suffisant à garantir la robustesse. Toutefois, outre l'imposition de ces critères de création, le responsable de traitement doit prévoir des mesures de blocage des tentatives multiples d'échecs ;

3° Les cas où l'authentification au compte comprend un mot de passe ainsi qu'une information complémentaire. En telle hypothèse, la Commission considère que le mot de passe peut être composé d'uniquement 5 caractères sous réserve que l'information complémentaire réponde à des exigences de confidentialité et qu'une restriction de l'accès au compte soit mise en œuvre ;

4° Les cas où l'authentification s'appuie sur un matériel détenu par la personne concernée (c'est par exemple le cas des cartes bancaires ou des téléphones mobiles). Dans un tel cas, la CNIL considère que le mot de passe peut contenir un minimum de 4 caractères sous réserve que le responsable de traitement prévoit un mécanisme de blocage au bout de 3 tentatives d'authentification échouées.

## 2/ Les modalités de conservation à respecter

La Commission rappelle dans sa recommandation sa position déjà bien établie selon laquelle les mots de passe ne doivent jamais être conservés en clair. La CNIL recommande qu'ils soient transformés au moyen d'une fonction cryptographique non réversible et sûre via l'utilisation d'un algorithme public réputé fort et dont la mise en œuvre logicielle est exempte de vulnérabilité connue.

Cette cryptographie doit, en outre, intégrer l'utilisation d'un sel ou d'une clé générés de manière aléatoires et qui ne doivent pas être stockés sur le même espace de stockage que l'élément de vérification du mot de passe.

## 3/ Le renouvellement du mot de passe et la notification de violation aux personnes concernées

La CNIL aborde, dans le cadre de sa recommandation, les modalités à prévoir pour le renouvellement des mots de passe. La commission distingue ainsi selon que ce renouvellement soit à l'initiative du responsable de traitement ou sur demande de la personne concernée.

A l'initiative du responsable, la CNIL recommande que ce dernier impose, aux personnes concernées, un renouvellement du mot de passe selon une périodicité pertinente et raisonnable, en leur permettant de procéder elles-mêmes au changement de leur mot de passe.

A la demande de la personne concernée, par exemple en cas d'oubli, la commission recommande que le responsable de traitement détermine une procédure de renouvellement du mot de passe.

Lorsque ce renouvellement nécessite l'intervention d'un administrateur, la procédure d'authentification doit imposer le changement du mot de passe attribué temporairement par l'administrateur dès la première connexion.

Lorsque le renouvellement est réalisé de manière automatique, alors le mot de passe ne doit pas être transmis en clair à la personne. D'ailleurs, la CNIL recommande que la personne concernée soit redirigée vers une interface, valide pendant une période maximale de 24 heures, lui permettant de saisir un nouveau mot de passe.

Lorsque le renouvellement fait intervenir un ou plusieurs éléments supplémentaires tels qu'un numéro de téléphone ou une adresse postale, la CNIL considère

que ces éléments doivent être conservés dans un espace de stockage distinct de celui contenant l'élément de vérification du mot de passe sauf s'ils sont conservés sous forme chiffrée à l'aide d'un algorithme.

En tout état de cause, la commission recommande que le renouvellement du mot de passe soit systématique en cas de compromission de celui-ci et estime que, dans tous les cas, il ne doit jamais être communiqué à l'utilisateur en clair, notamment par courrier électronique.

Enfin, la CNIL recommande que le responsable de traitement notifie la personne concernée de toute violation de son mot de passe ou de données liées au renouvellement dans un délai n'excédant pas 72 heures depuis la constatation de la violation.

En cas de violation, la CNIL considère que le responsable de traitement doit imposer à la personne concernée de modifier son mot de passe au moment de sa prochaine connexion.

De plus, la Commission recommande qu'il lui conseille de changer ses mots de passe d'autres services dans l'hypothèse où elle aurait utilisé le même que celui ayant fait l'objet d'une violation.

**A rapprocher : Délibération n°2017-012 du 19 janvier 2017 portant adoption d'une recommandation relative aux mots de passe**

## IMMOBILIER – CONSTRUCTION URBANISME

### Refus d'adjonction d'une nouvelle activité expressément interdite par le bail

Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 9 février 2017, n°15-28759, Publié au bulletin

*Ce qu'il faut retenir :*

**En vertu de l'article L. 145-47 du code de commerce, le locataire peut demander au bailleur l'adjonction d'activités connexes ou complémentaires à l'activité déjà exercée dans les locaux loués. Il doit alors faire connaître au bailleur sa volonté d'adopter ces nouvelles activités par acte extrajudiciaire ou lettre**



**RAR. Le bailleur dispose alors de deux mois pour contester le caractère connexe ou complémentaire desdites activités dans les mêmes formes (C. com. art. L.145-49 c.com).**

**Le Cour de Cassation juge que le bailleur n'a nullement à justifier son refus d'adjoindre l'activité demandée lorsque cette dernière est expressément interdite par les dispositions du bail et que la forme de ce refus est indifférente le cas échéant. En l'espèce, le bailleur avait répondu par lettre simple au locataire en refusant l'adjonction de l'activité de pneumatique que le locataire s'était expressément engagé à ne pas exercer dans les locaux loués, sans justifier de l'absence du caractère connexe ou complémentaire de cette activité.**

*Pour approfondir :*

Selon l'arrêt commenté (**Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 9 février 2017, n°15-28759, Publié au bulletin**), par acte du 19 février 1996, des locaux commerciaux sont donnés à bail commercial pour l'activité d'entretien et de réparation automobile, le locataire s'engageant à ne pas exercer l'activité de pneumatique et le bailleur lui garantissant l'exclusivité et la non-concurrence des activités de vente et pose de tous éléments concernant l'échappement et l'amortisseur. Le 7 janvier 2004, le locataire signifie au bailleur une demande d'extension d'activité pour la vente, la pose et la réparation pneumatique sur le fondement de l'article L.145-47 du code de commerce. Le bailleur refuse cette demande par lettre simple du 3 mars 2004 mais le locataire l'assigne alors en constatation du caractère connexe et complémentaire de l'activité pneumatique.

La Cour d'appel rejette sa demande. Le locataire forme alors un pourvoi en cassation. Il prétend que :

- le bailleur n'a pas respecté le formalisme requis pour contester le caractère connexe ou complémentaire de l'activité envisagée en notifiant son refus par lettre simple au locataire ;
- le bailleur ne peut s'opposer à la modification de la clause de destination qu'en niant le caractère connexe ou complémentaire de l'activité envisagée ;
- le bailleur, n'ayant pas respecté les dispositions de l'article L. 145-47 du code de commerce, est déchu de son droit de contester le caractère connexe ou complémentaire de l'activité envisagée.

Le bailleur doit-il justifier de l'absence de caractère connexe ou complémentaire de l'activité envisagée par le locataire alors même qu'elle est expressément interdite par le bail ? Le bailleur doit-il respecter les formes requises par les articles L.145-47 et suivants du code de commerce le cas échéant ?

La Cour de cassation confirme l'arrêt d'appel estimant que le bailleur n'était pas tenu de motiver sa contestation. Elle juge que le bailleur, par l'envoi d'une lettre simple dans laquelle il refusait expressément l'adjonction de l'activité envisagée, avait manifesté de façon non équivoque son opposition à celle-ci dans le délai imparti, dès lors il n'encourait pas la déchéance prévue par l'article L.145-47 du code de commerce.

Néanmoins, il est important de noter que la Cour de Cassation juge que le bailleur doit manifester sans équivoque son refus d'adjoindre l'activité envisagée dans un délai de deux mois à compter de la mise en demeure du locataire, alors même qu'elle est expressément interdite par le bail. Ainsi, le bailleur reste tenu de contester la demande d'adjonction d'activité dans le délai imparti par les articles L.145-47 et suivants du code de commerce.

**A rapprocher : Déspécialisation : articles L. 145-47 et suivants du code de commerce**

---

**Cautionnement disproportionné : la protection de l'article L.341-4 du Code de la consommation s'applique en matière de bail commercial**  
Cass. com., 22 février 2017, n°14-17.491

*Ce qu'il faut retenir :*

**Le paiement des loyers d'un bail commercial est souvent garanti par un cautionnement donné par un tiers, qui s'engage envers le créancier à satisfaire à l'obligation de payer le loyer si le preneur à bail n'y satisfait pas lui-même. La Cour de cassation rappelle que l'article L.341-4 du Code de la consommation ancien (article L.332-1 C. consomm. nouveau) qui empêche « tout créancier professionnel de se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus » est applicable en matière de bail commercial.**

Pour approfondir :

Selon l'arrêt commenté (**Cass. com., 22 février 2017, n°14-17.491**), une SCI donne à bail commercial un local à une société de transport, par acte du 26 octobre 2012 prenant effet au 1<sup>er</sup> novembre 2012, et moyennant un loyer annuel de 24 600 euros. Le gérant de la société de transport se porte caution des engagements pris par sa société. Or, dès le début du bail, la société preneuse se trouve défaillante pour payer les loyers dus ainsi que le dépôt de garantie. En conséquence, par acte d'huissier du 17 janvier 2013, la société bailleuse fait commandement à la société preneuse de payer la somme de 23 108,42 euros et vise la clause résolutoire. Puis, faute de paiement dans le délai imparti, la SCI appelle le gérant de la société preneuse à satisfaire à son engagement de caution au regard de la défaillance de la société débitrice.

Le juge des référés du TGI de Grenoble prononce alors la résiliation du bail conclu entre les parties et condamne solidairement le gérant de la société à payer à titre provisoire la somme de 21 648,16 euros au titre du dépôt de garantie, loyers et charges ainsi qu'au paiement d'une indemnité d'occupation trimestrielle équivalente au montant des loyers et charges.

Pour se défendre, le gérant de la société conteste la validité de son engagement de caution en faisant valoir le non-respect des dispositions de l'article L.341-4 du Code de la consommation, soit la disproportion de son engagement à son patrimoine et ses revenus.

La Cour d'appel de Grenoble rejette cet argument et affirme la validité du cautionnement consenti par le gérant. Elle retient que la sanction de l'article L.341-4 du Code de la consommation ne s'applique « *qu'aux cautionnements garantissant des concours financiers et n'est donc pas applicable s'agissant du cautionnement d'un bail commercial* ».

La Haute Cour casse alors l'arrêt d'appel et rappelle que « *l'interdiction pour un créancier professionnel, de se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était manifestement disproportionné à ses biens et revenus lors de sa conclusion, n'est pas limitée aux cautionnements garantissant les seules opérations de crédit mais s'applique quelle que soit la nature de l'obligation garantie* ».

Ce faisant, la Cour de cassation affirme un principe posé antérieurement (**v. en ce sens, Cass. com., 22 juin 2010, n°09-67.814**) et se montre fidèle à la lettre de l'article

L.341-4 du Code de la consommation. En effet, concernant le cautionnement disproportionné, le Code de la consommation distingue selon que le créancier de la garantie est un établissement de crédit (**v. article L. 313-10 du Code de la consommation**) ou un créancier professionnel visé par l'article L.341-4 du Code de la consommation. La cour de cassation a eu l'occasion de déterminer ce qu'il fallait entendre par « créancier professionnel » : il s'agit du créancier dont « la créance est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles » (**v. en ce sens Cass. com., 10 janvier 2012, n°10-26.630**). Dès lors, une SCI bailleuse peut être considérée comme un créancier professionnel. En outre, le texte vise « *toute personne physique* » et ne marque aucune différence selon que la caution est avertie ou profane. Si l'on interprète strictement ce texte, il faut donc considérer que les cautionnements de dettes locatives donnés par les dirigeants de sociétés locataires bénéficient de la protection de l'article L. 341-4 du Code de la consommation.

De fait, le bailleur commercial perd le droit d'invoquer le cautionnement si celui-ci est disproportionné et ne peut obtenir que l'engagement de caution soit simplement réduit (**Cass. com., 22 juin 2010, n°09-67.814**).

**A rapprocher : Article L.341-4 du Code de la consommation ancien (article L.332-1 C. consomm. nouveau) ; Com, 22 juin 2010, n°09-67.814 ; Article L.313-10 du Code de la consommation ; Com, 10 janvier 2012, n°10-26.630**

---

**Baux commerciaux : application d'une loi nouvelle aux contrats en cours**

Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 9 février 2017, n°16-10.350, Publié au Bulletin

Ce qu'il faut retenir :

**L'article L.145-7-1 du Code de commerce a été introduit par la loi du 22 juillet 2009 n° 2009-888 relative au développement et à la modernisation des services touristiques.**

**Cet article prohibe toute résiliation à l'expiration d'une période triennale d'un bail commercial conclu entre le propriétaire et l'exploitant d'une résidence de tourisme.**

**La Cour de cassation affirme ainsi pour la première fois que l'article L.145-7-1 du Code de commerce s'applique aux baux en cours au jour de son entrée en vigueur, soit le 25 juillet 2009.**

*Pour approfondir :*

En l'espèce, une société a acquis la propriété de deux appartements. Ces biens ont fait l'objet de baux commerciaux pour l'exploitation d'une résidence de tourisme, signés respectivement les 20 février 2007 et 22 février 2007 et, tous deux à effet du 2 juillet 2007.

Par acte d'huissier du 26 décembre 2012, le locataire commercial des deux appartements a fait délivrer congé au bailleur pour le 1<sup>er</sup> juillet 2013 soit pour l'expiration de la deuxième période triennale.

La société bailleuse a alors assigné le locataire commercial en nullité des congés, par acte d'huissier du 20 septembre 2013 en violation de l'article L.145-7-1 du Code de commerce issu de la loi du 22 juillet 2009 qui interdit au preneur d'exercer une faculté de résiliation triennale.

La Cour d'appel de Poitiers rejette la demande du bailleur et se prononce en faveur de la validité des congés.

Elle retient que « *les baux litigieux ont été conclus avant l'entrée en vigueur de la loi du 22 juillet 2009 qui a introduit l'article L.145-7-1 du Code de commerce prohibant toute résiliation triennale. Dès lors, ces baux sont régis par l'article L.145-4 du Code de commerce qui prévoit que la durée du contrat de location ne peut être inférieure à neuf ans mais qu'à défaut de convention contraire, le preneur a la faculté de donner congé à expiration d'une période triennale dans les formes et délais de l'article L.145-9 du même code* ».

Cette solution est censurée par la Cour de cassation qui, au visa de l'article L.145-7-1 du Code de commerce et de l'article 2 du Code civil, affirme que la durée ferme des baux portant sur une résidence de tourisme « **est d'ordre public et s'applique aux baux en cours au jour de son entrée en vigueur** ».

La Cour de cassation se prononce pour la première fois sur l'application dans le temps de l'article L.145-7-1 du

Code de commerce. Elle vise à cet égard l'article 2 du Code civil qui interdit en principe tout effet rétroactif de la loi nouvelle. Ce principe connaît cependant des exceptions notamment lorsque la loi prévoit des dispositions transitoires, mais ce n'est pas le cas en l'espèce.

Il semblerait en l'espèce que la Cour de cassation justifie l'application immédiate de la loi aux contrats en cours à raison de ce que les dispositions légales visées seraient d'ordre public. En cela, cette solution semble assez inédite alors que les dispositions visées par l'article L.145-7-1 du Code de commerce ne sont pas expressément visées (par l'article L.145-15 du Code de commerce) comme étant d'ordre public.

La Cour de cassation étendrait ainsi « virtuellement » l'ordre public de l'article L.145-4 du Code de commerce régissant la faculté de résiliation triennale et l'interdiction des durées fermes, à l'article L.145-7-1 du même code visant son interdiction dans le cadre de la location de résidence de tourisme. Rappelons que cette dernière disposition a été introduite par le législateur dans le but d'éviter que le propriétaire d'une résidence de tourisme ne se retrouve prématurément sans exploitant.

Cet arrêt est à rapprocher de celui déjà rendu par la Haute juridiction en baux d'habitation (pour l'application de la loi ALUR aux baux d'habitation en cours au jour de son entrée en vigueur **Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 17 novembre 2016, n°15-24.552**).

La présente décision semble également apporter un début de réponse à la question de l'application, en cours de bail, du dispositif « PINEL » sur les durées fermes (v. **réponse ministérielle du 31 mai 2016 n°93 154**).

**A rapprocher : Article L.145-7-1 du Code de commerce ; Loi du 22 juillet 2009 n° 2009-888 relative au développement et à la modernisation des services touristiques ; Article L.145-4 du Code de commerce ; Article L.145-9 du Code de commerce ; Réponse ministérielle du 31 mai 2016 n°93 154 ; Article 2 du Code civil ; Article L.145-15 du Code de commerce ; Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 17 novembre 2016, n°15-24.552**

**La responsabilité du constructeur après expiration du délai décennal**

Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 5 janvier 2017, n°15-22.772

*Ce qu'il faut retenir :*

**La responsabilité du constructeur peut être engagée postérieurement à l'expiration du délai de garantie décennale, sur le fondement de la responsabilité contractuelle pour faute dolosive.**

*Pour approfondir :*

Monsieur et Madame R. acquièrent d'un constructeur une maison à construire et la réceptionnent le 22 juillet 1994.

En 2004, ils déclarent à l'assureur dommage-ouvrage l'apparition de fissures mais ce dernier conclut à l'absence de désordres portant atteinte à la solidité de l'ouvrage. En 2009, soit bien après l'expiration de la garantie décennale, les époux R. constatent que les fissures s'aggravent et sollicitent en référé la désignation d'un expert judiciaire.

Ce dernier dépose son rapport le 22 novembre 2009.

Sur la base de ce rapport, les époux R. assignent le constructeur sur le fondement de la responsabilité contractuelle pour faute dolosive, en invoquant les dispositions de l'article 2224 du Code civil qui dispose :

*« Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ».*

Les époux R. cherchaient donc à mettre en cause la responsabilité du constructeur en arguant du fait que, par son défaut de surveillance, il avait laissé son sous-traitant omettre volontairement des éléments de construction essentiels.

Il s'agissait du seul fondement juridique possible, dès lors que le délai pour agir tant en garantie décennale qu'en responsabilité de droit commun (10 ans à compter de la réception) était largement expiré.

Pour pouvoir être invoquée, la faute dolosive supposait que le manquement soit délibéré, même sans intention de nuire.

La Cour d'appel a retenu l'argument proposé par les époux R. et considéré que le constructeur avait commis

une faute délibérée en ne surveillant pas comme il se devait l'exécution des travaux de son sous-traitant.

La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel et considère que le défaut de surveillance du constructeur ne constitue pas en l'espèce une faute dolosive dès lors que ce dernier ignorait que son sous-traitant avait volontairement omis des éléments de construction essentiels.

La faute dolosive n'est donc pas retenue, faute d'élément intentionnel en l'espèce, et ce quand bien même les manquements seraient particulièrement graves.

L'examen de la jurisprudence récente de la Cour de cassation confirme la distinction opérée par cette dernière entre la faute causée par une négligence lourde de son auteur et celle résultant d'une dissimulation ou d'une omission volontaire.

**A rapprocher : Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 22 juin 2005, n°04-14587, contra Cass., 13 oct. 2016, n°15-24.463**

**Régime du permis de construire valant autorisation d'exploitation commerciale**

Conseil d'Etat, Avis du 23 décembre 2016, n° 398077, Publié au Recueil Lebon

*Ce qu'il faut retenir :*

**Saisi d'une demande d'avis par la Cour administrative d'appel de Nancy, le Conseil d'Etat vient apporter d'utiles précisions sur le régime procédural et contentieux du permis de construire valant autorisation d'exploitation commerciale (PCVAEC)**

*Pour approfondir :*

L'article L.425-4 du Code de l'urbanisme dispose désormais que « lorsque le projet (de construction) est soumis à autorisation d'exploitation commerciale au sens de l'article L.752-1 du Code de commerce, le permis de construire tient lieu d'autorisation dès lors que la demande de permis a fait l'objet d'un avis favorable de la CDAC ou, le cas échéant, de la CNAC (...) » : alors même qu'un projet d'équipement commercial devait autrefois faire l'objet d'une autorisation d'exploitation commerciale et d'un permis de construire distincts, il fait désormais l'objet d'une autorisation unique pour

autant que le permis ait été précédé d'un avis favorable de la commission d'exploitation commerciale.

Le régime contentieux de ce type de permis de construire a donc été considérablement modifié, soulevant de très nombreuses interrogations ayant conduit la cour administrative d'appel de Nancy à saisir le Conseil d'Etat d'une demande d'avis.

On soulignera au préalable le contexte particulier de cette demande d'avis : en effet, la société pétitionnaire s'était vue délivrer le permis de construire nécessaire à son projet avant que la CNAC ait été saisie et qu'elle ait rendu son avis.

Le Conseil d'Etat vient donc répondre aux interrogations soumises par la Cour.

S'agissant de la procédure administrative de délivrance d'un PCVAEC, le Conseil d'Etat précise déjà qu'en cas de recours introduit devant la CNAC contre l'avis de la CDAC, ou en cas d'auto-saisine de la CNAC, le permis de construire ne peut être légalement délivré. Il en va autrement, selon le Conseil d'Etat, si le permis de construire est délivré avant l'expiration du délai de recours d'un mois : légal, le permis n'en serait pas moins fragile selon la Haute Assemblée.

S'agissant de la procédure contentieuse contre un PCVAEC, le Conseil d'Etat confirme que le délai de recours contentieux contre un tel permis obéit au régime normal de deux mois à compter de l'affichage du permis sur le terrain. En revanche, si le permis a été délivré avant que la CNAC ait rendu son avis en cas de saisine, le Conseil d'Etat précise que la publication de cet avis ouvre à l'égard des tiers autorisés à saisir la CNAC, un nouveau délai de recours de deux mois, nonobstant l'affichage du permis sur le terrain.

Par ailleurs, le recours contre un PCVAEC doit faire l'objet d'une notification à son bénéficiaire dans les quinze jours suivant l'introduction de ce recours, et ce même si le recours est formé à l'égard du permis seulement en tant qu'il vaut autorisation d'exploitation commerciale.

S'agissant, enfin, des effets d'une annulation contentieuse d'un PCVAEC, le Conseil d'Etat précise que, dès lors que les concurrents ne peuvent régulièrement saisir le juge administratif de conclusions tendant à l'annulation d'un PC valant AEC qu'en tant que ce permis tient lieu d'autorisation d'exploitation commerciale, l'annulation du permis ne portera que sur

ce dernier en tant qu'il vaut autorisation d'exploitation commerciale, tout en faisant obstacle à la réalisation du projet puisque le volet « autorisation de construire » ne peut être mis en œuvre isolément.

Une régularisation demeure néanmoins possible consécutivement à une telle annulation : un nouveau permis (voire un permis de construire modificatif) peut en effet être délivré au visa d'un avis favorable de la CDAC ou, le cas échéant, de la CNAC, et le juge administratif peut, à cet effet, surseoir à statuer sur le premier permis jusqu'à la délivrance de ce permis modificatif comme l'y autorise l'article L.600-5-1 du Code de l'urbanisme.

## INTERNATIONAL

**Entente et entreprise commune**  
CJUE, 18 janvier 2017, aff. C-623/15

*Ce qu'il faut retenir :*

**La responsabilité d'une société-mère peut être reconnue dans le cadre d'une entente dès lors que le faisceau d'indices prouve l'influence déterminante exercée sur sa filiale commune.**

*Pour approfondir :*

La société X et la société Y ont créé une société commune, la société Z. Les deux sociétés mères et la société fille ont toutes été condamnées pour entente par le Tribunal de l'Union Européenne le 9 septembre 2015 à payer la somme de plus de 82.826.000 euros.

La société X a formé un pourvoi devant la Cour de Justice de l'Union Européenne demandant l'annulation de l'arrêt rendu.

La Cour de Justice de l'Union Européenne a rappelé que « selon une jurisprudence constante, la responsabilité du comportement d'une filiale peut être imputée à la société mère notamment lorsque, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par la société mère, eu égard en particulier aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent ces deux

entités juridiques (arrêt du 16 juin 2016, *Evonik Degussa et AlzChem/Commission*, C-155/14 P, EU:C:2016:446, point 27 ainsi que jurisprudence citée). » (Point 45 de l'arrêt)

La société X a contesté sa responsabilité sur différents fondements.

Tout d'abord, la société X reprochait au Tribunal d'avoir appliqué les règles de la présomption de l'influence déterminante comme s'il s'agissait d'une filiale détenue à 100% par la société X et non pas comme s'il s'agissait d'une filiale commune.

La Cour de Justice de l'Union Européenne a répondu à cet argument en évoquant les éléments ci-dessous :

« Aux fins de l'examen du point de savoir si la société mère peut exercer une influence déterminante sur le comportement sur le marché de sa filiale, il convient de prendre en considération l'ensemble des éléments pertinents relatifs aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent la filiale à sa société mère et, ainsi, de tenir compte de la réalité économique (arrêt du 24 juin 2015, *Fresh Del Monte Produce/Commission et Commission/Fresh Del Monte Produce*, C-293/13 P et C-294/13 P, EU:C:2015:416, point 76 ainsi que jurisprudence citée).

Par ailleurs, l'exercice effectif d'une influence déterminante de la société mère sur le comportement de la filiale peut être déduit d'un faisceau d'éléments concordants, même si aucun de ces éléments, pris isolément, ne suffit pour établir l'existence d'une telle influence (arrêt du 24 juin 2015, *Fresh Del Monte Produce/Commission et Commission/Fresh Del Monte Produce*, C-293/13 P et C-294/13 P, EU:C:2015:416, point 77 ainsi que jurisprudence citée).

Enfin, la Cour a déjà jugé que l'exercice d'un contrôle conjoint, par deux sociétés mères indépendantes l'une de l'autre, sur leur filiale ne s'oppose pas, en principe, à la constatation, par la Commission, de l'existence d'une unité économique entre l'une de ces sociétés mères et la filiale en cause (arrêt du 24 juin 2015, *Fresh Del Monte Produce/Commission et Commission/Fresh Del Monte Produce*, C-293/13 P et C-294/13 P, EU:C:2015:416 point 78 ainsi que jurisprudence citée). Elle a également admis que deux sociétés mères détenant chacune 50 % d'une société commune puissent toutes deux être considérées comme exerçant effectivement une

influence déterminante sur cette société commune, dès lors que la Commission l'avait démontré sur la base d'un ensemble d'éléments factuels (voir, en ce sens, arrêt du 26 septembre 2013, *El du Pont de Nemours/Commission*, C-172/12 P, non publié, EU:C:2013:601, point 47, et du 26 septembre 2013, *The Dow Chemical Company/Commission*, C-179/12 P, non publié, EU:C:2013:605, point 58).» (Nous soulignons).

La Cour de Justice de l'Union Européenne rappelle ici le principe selon lequel la preuve de l'influence déterminante des sociétés mères sur la société commune est rapportée dès lors qu'il peut être établi que les règles régissant la société commune, que celles-ci soit légales ou contractuelles, ont eu pour conséquence que le comportement de la société commune a été, de fait, dirigé par les sociétés mères. C'est aux sociétés mères d'apporter la preuve contraire. Il importe peu que la filiale soit une filiale à 100 % ou une filiale commune.

La Cour a ainsi conclu que « En effet, il résulte d'une lecture conjointe des points 100 à 102 de l'arrêt attaqué que le Tribunal a, en substance, considéré que, lorsqu'il découle des dispositions légales ou des stipulations contractuelles régissant une filiale commune que le comportement sur le marché de cette filiale est déterminé de manière conjointe par ses sociétés mères, il peut raisonnablement être conclu que ce comportement a effectivement été déterminé de manière conjointe, si bien que les sociétés mères doivent être considérées comme ayant exercé une influence déterminante sur leur filiale, à moins qu'il n'existe des preuves concrètes qui démontrent que les décisions relatives au comportement de cette dernière ont, dans les faits, été arrêtées selon des modalités différentes. » (Point 50).

La société X a par la suite contesté l'existence de son influence déterminante. Le Tribunal avait relevé l'existence d'un droit de veto de la société X sur le plan de développement de la filiale pendant toute la durée de son existence. Par l'arrêt commenté (**CJUE, 18 janvier 2017, aff. C-623/15**), la Cour de Justice de l'Union Européenne relève que « d'autre part, la conclusion énoncée au point 106 de l'arrêt attaqué, selon laquelle les deux sociétés mères de l'entreprise commune disposaient d'un droit de veto sur les questions revêtant une importance stratégique, lesquelles étaient fondamentales pour l'exercice des activités de l'entreprise commune, ce qui démontrerait l'exercice d'un contrôle conjoint sur cette dernière, est étayée à suffisance de droit par les références,

opérées » (Point 56). La société X soutient que le fait qu'elle n'ait pas usé de son droit de veto pour exercer une influence déterminante sur la société Z prouve qu'elle n'a pas influencé la gestion de sa filiale. La Cour de Justice de l'Union Européenne retient que le Tribunal n'était pas tenu de déterminer si la société X avait ou non usé de son droit de veto : « *Il s'ensuit que, contrairement à ce que fait valoir, en substance, [la société X], le Tribunal n'était pas tenu de déterminer si [la société X] avait influencé la gestion opérationnelle de l'entreprise commune, pour conclure qu'il existait, entre ces deux sociétés, une unité économique.* » (Point 66). La Cour de Justice de l'Union Européenne a également relevé que la nomination par la société X du vice-président de la société commune était « *un indice témoignant de la capacité de cette dernière d'exercer une influence déterminante sur le comportement de l'entreprise commune. La référence à la connaissance approfondie, par les vice-présidents de celle-ci, de la politique et des objectifs de [la société X] sert à motiver cette considération du Tribunal* » (Point 77).

La Cour de Justice de l'Union Européenne a par conséquent rejeté le pourvoi de la société X et confirmé la condamnation de la société mère.

**A rapprocher : Arrêt du Tribunal de l'Union Européenne du 9 septembre 2015, T-104/13, EU : T : 2015 : 610**

---

**Rupture brutale des relations commerciales et clause attributive de compétence internationale**  
Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janvier 2017, n°15-26.105

*Ce qu'il faut retenir :*

**Les dispositions impératives d'une loi de police française, fussent-elles applicables au fond du litige ne font pas obstacles à l'application d'une clause attributive de juridiction désignant comme compétente une autre juridiction que les juridictions françaises. Le litige découlant d'une rupture brutale des relations commerciales établies doit être réglé conformément aux dispositions du contrat désignant un juge étranger compétent.**

*Pour approfondir :*

Les sociétés Aston Martin Lagonda Limited et Riviera Motors ont conclu les 30 septembre et 2 octobre 2003

un contrat de concession automobile. La société Riviera Motors, concessionnaire automobile, a assigné devant les juridictions françaises son concédant, la société Aston Martin Lagonda Limited, pour rupture brutale des relations commerciales établies. La société Aston Martin Lagonda Limited a alors soulevé une exception d'incompétence des juridictions françaises au profit des juridictions anglaises et cela conformément aux dispositions de l'article 26 « *Loi applicable /Juridiction* » du contrat lequel prévoit : « *Le présent Contrat est soumis à la loi anglaise et les parties se soumettent de façon irrévocable à la compétence exclusive des juridictions anglaises* ».

La Cour d'appel de Paris ayant déclaré la juridiction judiciaire française incompétente, la société Riviera Motors décide de se pourvoir en cassation. Elle soutient que la clause attributive de compétence faisait nécessairement échec à l'application d'une loi de police française dans la mesure où la clause litigieuse liait tant la compétence du juge anglais que l'application du droit anglais. La société Riviera Motors fait enfin valoir que la clause litigieuse ne s'applique qu'aux actions fondées sur la responsabilité contractuelle. Or, l'action fondée sur la rupture brutale des relations établies au sens de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce étant, selon la demanderesse au pourvoi, de nature délictuelle, la clause ne devrait pas trouver à s'appliquer.

La Cour de cassation rejette le pourvoi et confirme l'arrêt rendu par la Cour d'appel aux motifs « *qu'ayant relevé que le rapport de droit en cause ne se limitait pas aux obligations contractuelles, la référence de l'article 26 au "présent contrat" ne concernant que le droit applicable, et devait s'entendre des litiges découlant de la relation contractuelle, la cour d'appel, hors toute dénaturation, en a souverainement déduit, des dispositions impératives constitutives de lois de police fussent-elles applicables au fond du litige, que la clause attributive de compétence s'appliquait à la rupture brutale du contrat* ».

La Cour de cassation retient ainsi que la clause attributive de juridiction ne se limitait pas aux seules obligations contractuelles mais s'appliquait bien à tout « *litige découlant de la relation contractuelle* ». Il importe peu que le litige soit de nature délictuelle ou contractuelle, la clause a une portée générale et s'applique à tous les litiges découlant de la relation contractuelle. La Cour de cassation rappelle par ailleurs qu'il importe peu que ces dispositions impératives constitutives de lois de police soient applicables au fond du litige. La volonté des parties sur la juridiction

compétente doit prévaloir. La question de la nature délictuelle ou contractuelle de l'action fondée sur l'article L 442-6, I, 5° du code de commerce a été soulevée à de nombreuses reprises et récemment la Cour de Justice de l'Union Européenne a reconnu un fondement contractuel à une telle action dès lors qu'il existait entre les parties une « *relation contractuelle tacite* » (CJUE 14 juillet 2016, C-196/15).

**A rapprocher : CJUE 14 juillet 2016, affaire C-196/15**

---

### Conflit de juridiction et détermination du lieu du dommage

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janvier 2017, n°15-25.661

*Ce qu'il faut retenir :*

**Le lieu où le fait dommageable s'est produit, conformément à l'article 5 3) du Règlement « Bruxelles I », est le lieu du paiement et non le lieu du débit de la lettre de change litigieuse, le débit n'étant que la conséquence du paiement. Le paiement ayant eu lieu en Allemagne, la compétence est reconnue aux seules juridictions allemandes.**

*Pour approfondir :*

A titre préliminaire, il convient de rappeler que le Règlement CE 44/2001 du 22 décembre 2000 dit « Bruxelles I » détermine la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale au sein des Etats membres de l'Union Européenne.

Par ailleurs, le Règlement CE 193/2008 du 17 juin 2008, dit « Rome I » régit quant à lui les règles en matière de conflits de lois applicables aux obligations contractuelles dans les contrats internationaux. Enfin, le Règlement CE 864/2007 du 11 juillet 2007 dit « Rome II » régit quant à lui les conflits de lois concernant les obligations non contractuelles.

La société MDA, société de droit français, avait émis une lettre de change qui a été détournée, falsifiée et payée à une banque de droit allemand sur un compte ouvert en Allemagne. Dès lors, la société MDA l'a assignée devant le tribunal de commerce du lieu de son siège social en indemnisation du préjudice subi.

Au cours de ce contentieux, la société allemande a soulevé un contredit de compétence au profit des

juridictions allemandes. La Cour d'appel de Lyon accueille la demande de la banque allemande et confirme l'incompétence des juridictions françaises en se fondant sur l'article 5 3) du Règlement « Bruxelles I ». En conséquence, la société MDA forme un pourvoi en cassation car elle estime que le dommage s'est produit en France dans la mesure où la France est le pays où son compte bancaire a été débité. Elle soutient de ce fait l'unique compétence des juridictions françaises pour résoudre ce litige.

La Cour de cassation a ainsi dû se prononcer sur l'interprétation du Règlement « Bruxelles I » et affirme que « *le dommage initial était constitué par la remise de la lettre de change sur le compte ouvert dans les livres de la banque en Allemagne et par son paiement, et le débit de l'effet litigieux sur le compte de la société MDA en France n'en était que la conséquence* ».

En ce sens, la Cour de cassation confirme l'arrêt rendu par la Cour d'appel et estime que le lieu du fait dommageable est celui qui a permis l'encaissement de la lettre de change litigieuse, soit l'Allemagne et non son débit sur le compte de la société en France. Le fait générateur du dommage était uniquement constitué par la remise de la lettre de change en Allemagne et par son paiement. Le débit n'étant qu'une conséquence du préjudice initial et non le lieu du dommage en tant que tel, la compétence des juridictions françaises est ainsi exclue. Le pourvoi de la société MDA est donc rejeté et la compétence des juridictions allemandes est confirmée.

Dans cette affaire, la Cour de cassation, à la lumière du Règlement Bruxelles I, clarifie la notion de « lieu où le fait dommageable s'est produit ». L'article 5 3) du Règlement « Bruxelles I » dispose qu'en matière délictuelle ou quasi délictuelle, le tribunal compétent est celui du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire. Ce qui signifie que ce lieu peut être à la fois le lieu où le dommage est survenu et le lieu de l'événement causal s'ils sont dissociés dans l'espace. Toutefois, ce lieu ne peut être considéré comme tous les lieux où ont été subies des conséquences préjudiciables d'un fait survenu dans un autre lieu. La détermination de la compétence d'une juridiction ne saurait dès lors être fondée sur le lieu de la conséquence du fait dommageable.

**A rapprocher : Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 18 janvier 2017, n°15-25.661 ; Article 5 3) du Règlement CE 44/2001 du 22 décembre 2000 dit Bruxelles I**



## ACTUALITÉ SIMON ASSOCIÉS

### MARS 2017

#### **RIIM CONFERENCE : l'intelligence relationnelle en action**

Intervention de **MATTHIEU BOURGEOIS** sur le thème :  
« *L'intérêt d'adopter de bonnes pratiques juridiques en matière de data management :  
sécuriser et valoriser le capital relationnel de l'entreprise* »

30 mars 2017 – Paris

[En savoir plus](#)

#### **FRANCHISE EXPO PARIS 2017**

Présence de **SIMON ASSOCIÉS** sur le Salon au stand J.22

19-22 mars 2017 – Paris, Porte de Versailles

[En savoir plus](#)

#### **CONFÉRENCE COCKTAIL**

« *Implantation, négociation, règles juridiques :  
vers une nouvelle collaboration entre franchiseurs et foncières* »

Organisé par **SIMON ASSOCIÉS**, **FRANCHISE EXPO PARIS** et **MAPIC**

21 mars 2017 à 18h00 – Paris, Porte de Versailles

[En savoir plus](#)

#### **COCKTAIL FRANCHISE EXPO PARIS 2017**

Organisé par **SIMON ASSOCIÉS**, **TERRITOIRES & MARKETING** et **CAPEQUITY**

20 mars 2017 à 20h00 – Paris, Porte de Versailles

[En savoir plus](#)

### FEVRIER 2017

#### **GESTION DES BAUX COMMERCIAUX :**

**Focus sur l'évolution du loyer et de ses accessoires en cours de bail  
et sur le processus de renouvellement du bail**

Intervenants : **AMELIE PINÇON**

*En partenariat avec SYNERGEE, MAZARS et TAPE A L'ŒIL*

28 février 2017 – Paris

[En savoir plus](#)