GUIDE PRATIQUE
DU JUGE CONSULAIRE

DROITS DES AFFAIRES

TOME 2

Conférence générale des juges consulaires de France

Mise à jour Septembre 2017

Tous droits de reproduction même partielle réservés

© Conférence Générale des Juges Consulaire de France

GUIDE PRATIQUE
DU JUGE CONSULAIRE

2° PARTIE

DROIT DES AFFAIRES

-

Le guide pratique du magistrat consulaire a été édité pour la première fois en 1975. Il a été mis à jour et réimprimé en 2005. En 2011, une nouvelle mise à jour de certains chapitres a été réalisée, uniquement sur la version électronique.

Cette nouvelle version de la deuxième partie « Droit des affaires » est le fruit d'un travail collectif d'une équipe animée par Jacques DARMON, Président de chambre honoraire du tribunal de commerce de Paris, Président de la commission juridique de la Conférence générale des juges consulaires, équipe à laquelle ont collaboré notamment:

Jean-Luc ADDA, Président du tribunal de commerce d'Alençon
Jean-Paul BOUQUIN, juge au tribunal de commerce de Bobigny
Antoine BURIN des ROZIERS, Président de chambre du Tribunal de commerce de Paris
Benjamin du CHAFFAUT, ancien juge au tribunal de commerce de Paris
André DIETZ, juge du tribunal de commerce de Clermont-Ferrand
Claude DUFAUR, Vice-Président du tribunal de commerce de Bobigny
Emmanuel EDOU, Président de chambre du tribunal de commerce de Paris
Jean-Pierre ELGUEDJ, Président de chambre du tribunal de commerce de Paris
Roland FERDEGUE, Président de chambre honoraire du tribunal de commerce de Paris
Joël HAUTOIS, juge au tribunal de commerce de Lyon
Michel HEMONNOT, juge au tribunal de Commerce de Paris
François MANTOUX juge au tribunal de commerce de Paris
Edith MERLE, Président de chambre du tribunal de commerce de Paris
Philippe NAUDIN, Vice-Président du tribunal de commerce de Meaux
Thierry POSTIF, juge au tribunal de commerce de Paris
Jean-François REIGNIER, Vice-Président du tribunal de commerce de Paris
Geneviève RIGOLOT, Président de chambre du tribunal de commerce de Paris
Roland SCHIFF, Président de chambre honoraire du tribunal de commerce de Paris
Dominique VIGNON, Président de chambre du tribunal de commerce de Versailles
Alain WORMSER, juge au tribunal de commerce de Paris

Abréviations :

Les indications L.xx ou R.xx sans autre mention se réfèrent au Code de commerce.

C.civ. = Code civil

Les articles « XXX nouveaux C.civ. » désignent les articles du code civil applicables à compter du 1° octobre 2016 (ordonnance du 10 février 2016)

C.cons. = Code de la consommation
CMF =Code monétaire et financier
COJ = Code de l'organisation judiciaire
CPC= Code de procédure civile
Cons.const. =Conseil constitutionnel

Table des matières

Titre G -THEORIE GENERALE DES OBLIGATIONS 17

G 100 LE CONTRAT 17

G 110 GENERALITES 17

G 120 LA FORMATION DU CONTRAT 22

G 130 LES SANCTIONS 27

G 140 LES ACTIONS INTERROGATOIRES 27

G 150 L'INTERPRETATION DU CONTRAT 28

G 160 LES EFFETS DU CONTRAT 28

G 170 LA DUREE DU CONTRAT 30

G 180 LA CESSION DU CONTRAT 30

G 190 L'INEXECUTION DU CONTRAT 31

G 200 LA RESPONSABILITE EXTRACONTRACTUELLE 35

G 210 CONDITIONS D'EXISTENCE 35

G 220 ABUS DE DROIT 36

G 230 Exemples de jugement 36

G 300 AUTRES SOURCES D'OBLIGATIONS 37

G 310 GESTION D'AFFAIRES 37

G 320 RESTITUTION DE L'INDU (ancienne « répétition de l'indu ») 37

G 330 ENRICHISSEMENT INJUSTIFIE 37

G 400 LE REGIME DES OBLIGATIONS 38

G410 LES MODALITES DE L'OBLIGATION 38

G 420 LES OPERATIONS SUR OBLIGATIONS 39

G 430 LES ACTIONS OUVERTES AU CREANCIER 40

G 440 L'EXTINCTION DE L'OBLIGATION 41

G 450 LA PRESCRIPTION ET LES DELAIS PREFIX 44

G 460 LES RESTITUTIONS 45

G 500 LA PREUVE DES OBLIGATIONS 46

G 600 Annexe 1-Dispositions d'ordre public ou sanctionnables par la nullité 48

G 700 Annexe 2-Correspondance entre les nouveaux articles du code civil et la jurisprudence 49

G 800 Annexe 3-Nouveaux articles différents d'anciens articles du code civil, sans consécration par la jurisprudence 53

Titre H -REGLEMENTATION DU COMMERCE et de la CONCURRENCE 55

H 100 REGLEMENTATION DU COMMERCE 55

H 110 GENERALITES 55

H 120 LIBERTÉ DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE 57

H 130 LES OBLIGATIONS DES COMMERCANTS 58

H 140 MANIFESTATIONS COMMERCIALES 62

H 200 REGLEMENTATION DE LA CONCURRENCE 62

H 210 LES PRATIQUES ANTI-CONCURRENTIELLES 63

H 220 AUTRES PRATIQUES PORTANT ATTEINTE A LA CONCURRENCE 68

H 230 CONCURRENCE DELOYALE 78

H 300 CONTRAT DE VENTE 81

H 310 CONDITIONS DE VALIDITÉ DU CONTRAT DE VENTE 82

H 320 ACTES ET CONVENTIONS PRÉALABLES A LA VENTE 82

H 330 CONCLUSION DE LA VENTE 83

H 340 OBLIGATIONS DU VENDEUR 84

H 350 OBLIGATIONS DE L'ACHETEUR - PAIEMENT DU PRIX 87

H 360 VENTES COMMERCIALES PARTICULIÈRES 87

H 400 AUTRES CONTRATS 89

H 410 PRÊT DE CONSOMMATION ET PRÊT À USAGE 89

H 420 DÉPÔT 89

H 430 CONTRAT DE LOUAGE DES CHOSES 90

H 440 CONTRAT D'ENTREPRISE OU LOUAGE D'OUVRAGE 91
H 450 SOUS-TRAITANCE 93
H 460 PUBLICITÉ COMMERCIALE 95
H 500 INTERMÉDIAIRES DU COMMERCE ET PROFESSIONS RÉGLEMENTÉES 96
H 510 MANDATAIRES COMMERCIAUX 96
H 520 AGENTS COMMERCIAUX 98
H 530 AUTRES AGENTS 100
H 540 COMMISSIONNAIRES 102
H 550 COURTIERS 102
H 560 GÉRANTS DE FONDS DE COMMERCE 103
H 570 ADMINISTRATEURS PROVISOIRES 104
Titre I-REGLEMENTATIONS SECTORIELLES 105
I 100 CONTRATS INFORMATIQUES 105
I 110 QUALIFICATION DU CONTRAT 105
I 120 CONTRAT DE VENTE DE SYSTEME INFORMATIQUE 105
I 130 CONTRAT DE SERVICE INFORMATIQUE 105
I 140 CONTRAT D'HEBERGEMENT 106
I 200 INTERNET ET COMMERCE ELECTRONIQUE 107
I 210 COMPETENCE 107
I 220 LA RESPONSABILITE DES ACTEURS DE L'INTERNET 108
I 230 REGIME DES CONTRATS ET DE LA VENTE EN LIGNE 110
I 240 RESPECT DES DONNEES PERSONNELLES 110
I 250 "L'E-REPUTATION" 111
I 260 L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE 112
I 300 CONTRAT DE TRANSPORT 112
I 310 GÉNÉRALITÉS 112
I 320 TRANSPORTS MARITIMES 115
I 330 TRANSPORTS ROUTIERS 118
I 340 TRANSPORTS FERROVIAIRES 120
I 350 TRANSPORTS AÉRIENS 122
I 360 COMMISSIONNAIRES EN DOUANE 123
I 370 ASSURANCES TRANSPORTS 124
I 400 CONTRAT D'ASSURANCE 125
I 410 DÉFINITIONS – TEXTES 125
I 420 CATÉGORIES D'ASSURANCE 125
I 430 RÈGLES DE COMPÉTENCE 126
I 440 CARACTÉRISTIQUES DU CONTRAT D'ASSURANCE 126
I 450 CO-ASSURANCE ET RÉASSURANCE 127
I 460 PARTICULARITÉS DE CERTAINS LITIGES 128
I 470 LIQUIDATION D'UNE COMPAGNIE D'ASSURANCE 129
I 500 BATIMENT- Construction-travaux publics 129
I 510 GENERALITES 129
I 520 LE CONTRAT D'ENTREPRISE EN MATIERE DE CONSTRUCTION 130
I 530 GARANTIE DES CONSTRUCTEURS 135
I 540 SPECIFICITES DE LA SOUS-TRAITRANCE DE CONSTRUCTION 140
I 600 CONTRATS DE DISTRIBUTION ET DE FRANCHISE 143
I 610 CARACTÉRISTIQUES GÉNÉRALES 143
I 620 DISTRIBUTION SÉLECTIVE 144
I 630 APPROVISIONNEMENT EXCLUSIF 145
I 640 CONCESSION EXCLUSIVE 147
I 650 CONCESSION AUTOMOBILE 148
I 660 FRANCHISE 150
Titre J-OPÉRATIONS FINANCIÈRES 156
J 100 MOYENS DE PAIEMENT 156
J 110 CHÈQUE 156
J 120 LETTRE DE CHANGE 159
J 130 BILLET A ORDRE 162
J 140 LETTRE DE CHANGE-RELEVÉ ET BILLET A ORDRE-RELEVÉ 163

J 150 PRÉLÈVEMENT ET VIREMENT 163
J 160 CARTES DE PAIEMENT ET DE CRÉDIT 164
J 200 OPÉRATIONS DE CRÉDIT 166
J 210 PRÊT À INTÉRÊT 166
J 220 COMPTE COURANT 168
J 300 CRÉDITS PAR CAISSE 170
J 310 OPÉRATIONS DE CAISSE 170
J 320 LITIGES PORTANT SUR LES AGIOS 170
J 400 ESCOMPTE 171
J 410 GÉNÉRALITÉS 171
J 420 ESCOMPTE ET CONTREPASSATION 172
J 430 PAIEMENT AU BANQUIER TIERS-PORTEUR 174
J 440 ESCOMPTE DE PAPIER FINANCIER 176
J 500 CESSION DE CRÉANCES PROFESSIONNELLES -BORDEREAU DAILLY 176
J 510 PRINCIPES 176
J 520 INSTRUMENTS DE LA CESSION 177
J 530 OPPOSABILITÉ AUX TIERS 178
J 540 CONFLITS ENTRE CESSIONNAIRE ET AUTRES AYANTS DROIT 178
J 600 AUTRES FORMES DE CRÉDITS BANCAIRES 179
J 610 CRÉDITS A MOYEN ET LONG TERME 179
J 620 AVAL ET GARANTIES BANCAIRES 180
J 630 CRÉDITS LIÉS AUX OPÉRATIONS INTERNATIONALES 180
J 700 AFFACTURAGE 181
J 710 GÉNÉRALITÉS 181
J 720 OPÉRATIONS D'AFFACTURAGE 182
J 800 CRÉDIT-BAIL ET LOCATION FINANCIÈRE 183
J 810 GÉNÉRALITÉS 183
J 820 MISE EN PLACE ET DÉROULEMENT DE L'OPÉRATION 185
DE CRÉDIT-BAIL MOBILIER 185
J 830 DÉNOUEMENT DE L'OPÉRATION DE CRÉDIT-BAIL 187
J 840 PUBLICITÉ DU CONTRAT DE CRÉDIT-BAIL MOBILIER 189
J 850 CAS PARTICULIERS 190
J 860 ACTUALISATION DE L'INDEMNITÉ DE RÉSILIATION 192
J 880 LOCATION FINANCIÈRE 195
J 900 RESPONSABILITÉ CIVILE DES BANQUES 200
J 910 RESPONSABILITÉ AU TITRE DES OPÉRATIONS DE BANQUE 200
J 920 RUPTURE DES CONCOURS BANCAIRES 204
J 930 CRÉDIT ET SOUTIEN ABUSIFS 207
J 940 PRINCIPE DE NON-INGÉRENCE 209
J 950 OBLIGATIONS D'INFORMATION, DE MISE EN GARDE OU DE CONSEIL 209
Titre K SOCIETES 214
K 100 GÉNÉRALITÉS SUR LES SOCIÉTÉS 214
K 110 CADRE LÉGISLATIF 214
K 120 FORMES DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES 214
K 200 VIE DES SOCIÉTÉS 215
K 210 CONSTITUTION 215
K 220 FONCTIONNEMENT 216
K 230 DISSOLUTION 219
K 300 AUTRES ENTITES 220
K 310 SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION 220
K 320 SOCIÉTÉ CRÉÉE DE FAIT 221
K 330 INDIVISION 221
K 340 GROUPEMENT D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE 221
K 350 GROUPEMENT EUROPÉEN D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE 222
K 360 ASSOCIATION LOI DE 1901 222
K 400 CAS DE NULLITÉS 223
K 410 NULLITES DE LA SOCIETE 223
K 420 NULLITES D'ACTES OU DE DELIBERATIONS 223
K 430 L'ACTION EN NULLITE 225

K 500 REVOCATION- RESPONSABILITE DES DIRIGEANTS 225
K 510 REVOCATION DES DIRIGEANTS 225
K 520 RESPONSABILITÉ DES DIRIGEANTS 228
K 600 TRANSMISSION OU CESSION DE PARTS ET D'ACTIONS 232
K 610 GÉNÉRALITÉS 232
K 620 CESSIONS DE PARTS ET D'ACTIONS 232
K 630 GARANTIES DE PASSIF ET D'ACTIF 234
K 700 LITIGES ENTRE ASSOCIES 235
Titre M -FONDS DE COMMERCE 241
M 100 BAIL COMMERCIAL 241
M 110 DÉFINITION 241
M 120 JURIDICTION COMPÉTENTE EN CAS DE CONTESTATION 241
M 200 SÛRETÉS GREVANT LE FONDS DE COMMERCE 241
M 210 NANTISSEMENT 241
M 220 PRIVILÈGE DU VENDEUR 242
M 230 FIDUCIE 242
M 300 PRINCIPAUX LITIGES 243
M 310 NULLITÉ DE LA VENTE D'UN FONDS DE COMMERCE 243
M 320 GARANTIE DES ÉNONCIATIONS 243
M 330 RÉSOLUTION DE LA VENTE D'UN FONDS DE COMMERCE 243
M 340 VENTE FORCÉE D'UN FONDS DE COMMERCE 244
M 400 GERANTS DE FONDS DE COMMERCE 244
Titre N-SÛRETÉS ET PRIVILÈGES..... 245
N 100 SÛRETÉS PERSONNELLES 245
N 110 CAUTIONNEMENT 245
N 120 GARANTIE AUTONOME A PREMIERE DEMANDE 257
N 130 LETTRE D'INTENTION 259
N 140 PORTE-FORT 259
N 200 SÛRETÉS RÉELLES 260
N 210 SÛRETES SUR LES MEUBLES 260
N 220 LES EFFETS DU GAGE- LE DROIT DE RETENTION 262
N 230 RESERVE DE PROPRIETE 262
N 240 SÛRETÉS SUR LES IMMEUBLES 264
N 250 PRIVILÈGES ET HYPOTHEQUES EN PROCEDURE COLLECTIVE 265
N 300 PRIVILÈGES 266
N 310 DIFFÉRENTS TYPES DE PRIVILÈGES 266
N 320 CONFLITS DE PRIVILÈGES 267
N 330 EXERCICE DES PRIVILÈGES 268

INDEX

Rubrique

Abus de droit ..... G 220
Abus de majorité (ou de minorité) ..... .K 705,K 706
Abus de position dominante ..... H 213
Acceptation (crédit par) ..... J 621
Acompte ..... H 322
Acte authentique ..... D 820
Acte de commerce ..... C 220
Acte de procédure ..... B 100
Acte sous seing privé ..... D 810
Action directe assurances ..... I 462
Action directe travaux ..... H 453
Action en justice ..... A 100
Action interrogatoire ..... G 140
Action oblique ..... G 430
Action paulienne ..... G 430
Action rédhibitoire ..... H 342
Action sociale ..... K 522.
Action ut singuli ..... K 522-2
Adhésion (contrats) ..... G 120
Administrateur provisoire ..... H 570,K 708
Affacturage ..... J 700
Affréteur ..... I 311
Agent commercial ..... H 520
Agent d'affaires ..... H 531
Agent immobilier ..... H 532
Agent de voyage ..... H 533
Agios ..... J 210, J 320
Amiable composition ..... E 430
Amende civile ..... E 132
Amicus curiae ..... D 630
Anatocisme ..... G 441-3
Appel en cause (cf. Intervention d'un tiers dans une instance)
Appel en garantie ..... A 230, A 314
Appel en garantie(garantie de passif) ..... K 630
Appréhension ..... E 541
Approvisionnement exclusif ..... I 630
Arbitrage ..... E 450
Arrhes ..... H 322
Article 700 du CPC ..... E 254
Assemblées générales ..... K 220
Assignation ..... A 211
Association loi de 1901 ..... K 360
Assurances ..... I 400
Assurances de transport (de marchandises) ..... I 370
Astreinte ..... E 256
Attestation ..... D 510
Audience collégiale ..... E 110, E 130, E 230
Audience de juge chargé d'instriure l'affaire ..... E 223, E 226, E 233
Audition des témoins (cf. Témoins)
Autorité de la chose jugée ..... A 323
Autorité de la concurrence ..... …H 215-2
Aval ..... J 125, J 620
Aveu ..... D 110

Bail à construction ..... N 244
Banque (opérations de caisse)..... J 310
Banque (devoir de conseil) ..... J 953
Banque (principe de non ingérence)..... J 940
Banque (responsabilité du banquier) ..... J 900
Baux commerciaux ..... M 100
Billet à ordre ..... J 130
Bonne foi (obligation de)..... H 132,H 323
Bordereau Dailly (cf. Cession de créances professionnelles) ..... J 522
Brevets et marques ..... C 411
Caducité d'un contrat ..... G 132
Capacité ..... A 315, G 122-2
Cambiaire (cf. Droit cambiaire)
Capitalisation des intérêts (cf. Anatocisme)
Carte de paiement et de crédit..... J 160
Cautionnement ..... N 110
Cautionnement (disproportion)..... N 116-4
Cautionnement (information de la caution)..... N 112
Cautionnement (procédures collectives)..... N 117
Cautionnement solidaire aide-mémoire ..... N 118
Cession de créance de droit commun ..... G 421
Cession de créances professionnelles (Dailly) ..... J 500
Cession de parts sociales ou d'actions..... K 600
Chèque..... J 110
Chèques postaux..... J 112
Chose jugée..... A 323
Clause attributive de compétence..... C 321, C 322
Clause compromissoire..... C 270
Clause noire (clause interdite) ..... H 653
Clause pénale ..... G 198
Clôture des débats ..... E 231
Clôture d'un compte-courant..... J 222, J 321
Commencement de preuve par écrit ..... D 125
Commerçant..... C 211
Commerce électronique..... I 200
Commissionnaire..... H 540
Commissionnaire de transport..... I 311
Communication des pièces..... D 122
Compensation..... G 442
Comparution des parties à l'instance..... E 213
Comparution personnelle des parties (mesure d'instruction) ..... D 400
Compétence d'attribution..... C 200, C 410 s
Compétence conventionnelle..... C 320
Compétence territoriale ..... C 300, C 420 s
Compétence internationale..... C 350
Compte courant ..... J 220
Concession automobile ..... I 650
Concession exclusive..... I 640
Conciliation..... E 410
Concurrence ..... H 200
Conditions générales de vente..... H 333
Condition suspensive, condition résolutoire ..... G 161-1
Connaissement ..... I 322
Concurrence déloyale ..... H 230
Connexité ..... A 313
Conseil (devoir de conseil) ..... J 953
Conseil de la concurrence ..... H 133b
Conseil de surveillance..... K 220
Consentement..... G 122-1

Consignation de provision (mesures d'instruction) .... D 641
Constat d'huissier .... D 620
Constatation d'un technicien .... D 620
Construction-travaux publics..... .....I 500
Consultation d'un technicien .... D 630
Contestation d'un acte authentique .... D 820
Contradiction (principe du "contradictoire") ....E 121
Contrat (formation)..... ..... G 120
Contrat (exécution)..... ..... G 190
Contrat (effet relatif) .... G 162
Contrat d'adhésion..... ..... G 120
Contrat administratif .... H 112
Contrat de bière..... .....I 632
Contrat commercial .... H 111
Contrat conclu par voie électronique..... ..... G 121-4
Contrat de distribution..... ..... H 600
Contrat d'entreprise..... ..... H 440, I 520
Contrat informatique ....I 100
Contrat de station-service ....I 633
Contrat de transport..... .....I 300
Contrat de vente .... H 200
Contredit..... .....A 312e
Contre-expertise .... D 643
Contre-passation d'un effet .... J 421
Convention (effet à l'égard des tiers) .... G 162
Convention de Bruxelles et de Lugano .... C 353
Conventions internationales..... .....C 351 à C 355
Conventions réglementées..... ..... .K 710
Courtier..... ..... H 550
Créances professionnelles (Dailly)..... ..... J 500
Crédit (rupture abusive)..... ..... J 920
Crédit abusif..... ..... J 931
Crédits à moyen et long terme .... J 610
Crédit-bail immobilier .... J 870
Crédit-bail mobilier .... J 800
Crédit-bail en cas de procédure collective..... ..... J 854
Crédit par caisse..... ..... J 300
Crédit documentaire .... J 632
Dailly (cf. Cession de créances professionnelles) .... J 500
Date .... G 170
Débats..... .....E 230
Déchéance du terme..... ..... G 281
Découvert, facilité de caisse .... J 310
Défaut (procédure par défaut) ....E 252
Défaut de capacité .... A 315
Défaut de diligence..... .....E 224
Défaut d'intérêt ou de qualité à agir .... A 322
Défenses au fond .... A 330
Délais préfix..... ..... A 324
Délais de procédure .... B 200
Délais (octroi de)..... .....G 441-4, H 133
Délégation..... ..... G 424
Délibéré de juges..... .....E 240
Délibérations de sociétés (nullité)..... ..... .K 420
Délits et quasi-délits..... ..... G 200
Demande en justice .... A 210
Demande reconventionnelle .... A 220
Dénigrement..... ..... H 231
Dépendance économique (abus de)..... ..... H 221

Dépens ..... E 255
Dépôt (contrat de) ..... H 420
Déséquilibre significatif ..... H 224
Dessins et modèles ..... C 411
Dessaisissement du juge ..... E 257
Désistement ..... A 251
Devoir d'information ..... G 121-1
Devoir d'information des banques ..... J 951
Devoir de conseil des banques ..... J 952
Devoir de conseil des banques ..... J 953
Directoire ..... K 220
Dirigeants (révocation) ..... K 510
Dirigeants (responsabilité) ..... K 520
Dispositif d'un jugement ..... F 160
Disproportion (cautionnement) ..... N 116-4
Dissolution de sociétés ..... K 230
Distribution sélective ..... I 620
Dol (cf. Vices du consentement)
Domicile (élection de) ..... C 323
Dommages-intérêts ..... G 192
Droit cambiaire ..... J 121, J 124, J 431
Droit de rétention ..... N 220
Ducroire ..... J 622
Effet de commerce (cf. Lettre de change et billet à ordre)
Engagement conjoint ..... G 412
Engagement solidaire ..... G 412
Enrichissement injustifié (sans cause) ..... G 330
Ententes ..... H 212
Enquête ..... D 520
Entreprise unipersonnelle ..... K 130
Erreur (cf. Vices du consentement)
Erreur matérielle ou omission dans un jugement ..... E 257
Escompte ..... J 400
Evaluation des droits sociaux ..... K 713
Exception dilatoire ..... A 314
Exception d'incompétence ..... A 312
Exception d'inexécution ..... G 196
Exception de litispendance et de connexité ..... A 313
Exception de nullité ..... A 315
Exception de procédure ..... A 310
Exclusion d'un associé ..... K 709
Exécution forcée ..... E 500, G 155, G 195
Exécution provisoire ..... E 253
Exequatur ..... E 450
Expertise ..... D 640
Expertise de gestion ..... K 707
Expertise *in futurum (art.145)* ..... D 211
Exposition, foire, salon ..... H 140
Expulsion ..... E 542
Extinction des obligations ..... G 440
Fabricants (responsabilité civile) ..... H 343
Facteur - Factoring (cf. Affacturage)
Facture, Facturation ..... H 133
Faute contractuelle ..... G 190
Faute délictuelle ..... G 200
Faux en écritures ..... D 812
Fiducie ..... M 230
Fins de non-recevoir ..... A 320
Fond d'un litige ..... A 330

Fonds de commerce (gérance libre)..... H 560, M 350
Fonds de commerce (nantissement)..... M 210
Fonds de commerce (principaux litiges)..... M 300
Fonds de commerce (privilège du vendeur)..... M 220
Fonds de commerce (vente forcée)..... M 340
Fongibles (choses)..... N 233
Force majeure..... G 191
Force de chose jugée..... E 253
Forclusion..... A 324
Formation de jugement..... E 232
Frais et dépens..... E 255
Franchise (ou franchisage)..... H 660
Gage (cf. Sûretés mobilières)..... N 212
Garantie (cf. Appel en garantie)
Garantie d'actif et de passif..... K 630
Garantie autonome à première demande..... N 120
Garanties bancaires..... J 620
Garantie de non-éviction..... H 342-1
Garantie des constructeurs..... I 530
Garantie décennale..... I 532
Gares principales (jurisprudence des)..... B 123, C 311
Gérance libre (cf. Fonds de commerce)
Gérant de succursale..... H 563
Gestion d'affaires..... G 310
Groupements d'intérêt économique (G.I.E. et G.I.E.E.)..... K 340, K 350
Hébergement (informatique)..... I 140, I 222
Hiérarchie des normes..... G 111
Homologation d'un accord..... E 410
Huissier de justice..... B 110
Hypothèque..... N 253
Imprévision..... G 161-2
Imputation des paiements partiels..... G 441-1
Incident d'instance..... E 226
Incompétence (cf. Exception d'incompétence)
Incompétence relevée d'office..... C 400
Incompétence d'ordre public..... C 411
Inexécution d'un contrat..... G 190
Information précontractuelle..... I 662
Informatique et Multimédia..... I 100
Ingérence (ou immixtion)..... J 940
Injonction du juge..... E 131
Injonction de payer..... E 322
Inopposabilité des exceptions..... J 124, J 431
Instance..... E 110, E 120
Instruction d'une affaire en justice (cf. Mise en état)
Interdépendance des contrats..... J 886
Internet commerce électronique..... I 200
Intérêt des capitaux..... J 210, J 320
Intérêts moratoires..... G 441-2 H 135
Intérêts au taux légal..... G 441, H 135
Interruption d'instance..... A 241
Intervention d'un tiers dans une instance..... A 230
Jonction, disjonction..... E 131
Juge (pouvoirs du)..... E 130
Juge chargé du contrôle des mesures d'instruction..... D 651
Juge de l'exécution..... E 520
Juge chargé d'instruire l'affaire..... E 233
Jugement (nature)..... E 252
Jugements (principes de rédaction)..... F 100

Jugements (exemples de rédaction de jugements) ..... F 200
Jugements (formules types pour les motifs) ..... Annexe B 1
Jugement avant dire droit ..... E 252
Jugement contradictoire ..... E 252
Jugement réputé contradictoire ..... E 252
Jugement mixte ..... E 252
Jugement par défaut ..... E 252
Jugement sur le siège ..... E 225
Know how (cf. Savoir-faire)
Langue française ..... H 136
Leasing (cf. Crédit-bail)
Lettre de change ..... J 120
Lettre de change-relevé ..... J 141
Lettre d'intention ..... N 130
Lettre de voiture C.M.R. ..... I 332
Liberté du commerce ..... H 120
Litispendance ..... A 313
Location financière ..... J 880
Location gérance (cf. Fonds de commerce)
Louage ..... H 430
Mandat ..... H 511
Mandataire commercial ..... H 510
Manutentionnaire ..... I 311
Marchés publics ..... H 112
Médiation ..... E 420
Mesures d'instruction ..... D 200 à D 600
Mesures d'instruction (Dispositions générales) ..... D 200
Mesures d'instruction (Comparution personnelle des parties) ..... D 400
Mesures d'instruction (Déclarations de tiers) ..... D 500
Mesures d'instruction (Exécution) ..... D 650
Mise en état d'une affaire ..... E 220
Monnaies virtuelles ..... J 165
Moyens de paiement ..... J 100
Moyens des parties ..... A 300, F 240
Moyens relevés d'office ..... A 335
Nantissement ..... N 220
Nantissement de fonds de commerce (cf. Fonds de commerce)
Normes ..... H 137
Note en délibéré ..... E 234
Notification des actes de procédure ..... B 100
Novation ..... G 423
Nullité de procédure ..... A 315
Nullité des contrats ..... G 130
Nullités de sociétés ..... K 410
Nullités d'actes ou de délibérations ..... K 420
Obligation des commerçants ..... H 132
Obligation de bonne foi ..... G 111, H 132-1
Obligation d'information, de mise en garde, de conseil des banques : cf. devoir de...
Obligation de moyens ..... G 161
Obligation de résultats ..... G 161
Obligations *in solidum* ..... G 412
Obligation solidaire ..... G 412
Offre de contracter ..... G 121-3
Omission de statuer ..... E 257
Opposition à injonction de payer ..... E 324
Opposition à jugement par défaut ..... E 252
Opposition au paiement d'un chèque ..... J 116
Oralité des débats ..... E 122
Ordonnance sur requête ..... E 330

Ordre public ..... A 334
Pacte d'actionnaires ..... K 702
Pacte de préférence ..... G 140
Paiements partiels (imputation) ..... G 441
Parasitisme ..... H 230
Parère ..... H 113
Passerelle (cf. Référés) ..... E 311
Pénalités de retard ..... H 135
Péremption d'instance ..... A 252
Pièces produites en justice ..... D 120
Placement d'une affaire ..... E 212
Pluralité de défendeurs ..... C 312, C 250
Positin dominante (abus de) ..... H 213
Porte-fort ..... N 140, G 162-2
Pratiques commerciales discriminatoires ..... H 222
Pratiques restrictives de concurrence ..... H 223
Prélèvement automatique ..... J 151
Prescription (interruption et suspension) ..... A 324, G 450
Présomption ..... D 130
Prêt à intérêts ..... J 210
Preuve ..... D 100, G 500
Privilèges (généralités) ..... N 300
Privilèges immobiliers ..... N 241
Privilèges mobiliers ..... N 211
Privilège du vendeur de fonds de commerce ..... M 220
Privilèges (conflits) ..... N 320
Procès-verbal de recherches infructueuses ..... B 232
Prononcé d'un jugement ..... E 257
Propriété intellectuelle ..... C 220
Prorogation conventionnelle de compétence ..... C 320
Protêt ..... J 120
Publicité commerciale ..... H 460
Quasi-délit ..... G 200
Radiation d'instance ..... A 242
Recevabilité ..... A 320
Recherches infructueuses (cf. Procès-verbal) ..... B 232
Rectification d'un jugement ..... E 258
Recours devant le tribunal ..... E 600
Recours en révision ..... E 620
Référé ..... E 310
Refus de vente ..... H 222
Registre du commerce et des sociétés ..... C 212, C 21, H 131
Relevé de forclusion ..... A 324
Renvoi ..... E 222
Réouverture des débats ..... E 234
Restitution (répétition) de l'indu ..... G 320
Requête conjointe ..... A 212
Réserve de propriété ..... N 230
Résiliation, résolution d'un contrat ..... G 193
Responsabilité civile des banques ..... J 900
Responsabilité civile des fabricants ..... H 343
Responsabilité contractuelle ..... G 250
Responsabilité des dirigeants ..... K.520.
Responsabilité des acteurs de l'internet ..... I 120
Responsabilité extracontractuelle (délictuelle) ..... G 200
Responsabilité (clause de limitation de) ..... H 342
Ressort (premier ou dernier) ..... E 251
Restitution de l'indu ..... G 320
Restitutions ..... G 460

Rétention (droit de) ..... N 220
Revente à perte..... H 223-1
Révision (recours en)..... E 620
Révocation des dirigeants..... K 510
Rupture abusive de crédit, des concours bancaires .... J 920
Rupture des pourparlers..... .K 701
Rupture des relations commerciales .... H 225
Saisie-attribution .... E 531
Saisie conservatoire .... E 560
Saisie-exécution .... E 530
Saisie immobilière .... E 550
Sapiteur ..... D 642
Serment judiciaire .... D 700
Signature électronique .... D 134
Signification (cf. Notification)
Sociétés commerciales (différentes formes) .... K 220
Société européenne..... ..... K 221-5
Sociétés (constitution) .... K 210
Sociétés (fonctionnement) .... K 220
Sociétés (dissolution) .... K 230
Sociétés (nullité) .... K 400
Sociétés (responsabilité des dirigeants) .... K 520
Sociétés (cession de parts et actions) .... K 600
Société en participation..... ..... K 310
Société de fait .... K 320
Société par actions simplifiée .... K 221-3
Solidarité..... ..... G 412
Sous-traitance..... ..... H 450, I 540
Soutien abusif .... J 932
Spécialisation des tribunaux de commerce.....C 411, H 217, H 221 et sq
Stations-service .... I 633
Subrogation .... G 441-5
Suretés immobilières..... ..... .N 240
Sûretés mobilières .... N 210
Sûretés personnelles .... N 100
Sûretés réelles .... N 200
Sursis à statuer .... A 242-2
Suspension d'instance .... A 242, A 314, E 226
Taux effectif global TEG .... J 213
Taux d'intérêt..... ..... J 210
Taux du ressort..... ..... E 251
Technicien (mesure d'instruction)..... ..... D 610
Télécopie, télex (valeur probante)..... ..... D 125
Témoins .... D 500
Termes et délais .... B 200
Tierce opposition..... ..... E 620
Titre exécutoire .... E 510
Transaction .... E 430
Transitaire..... ..... I 311
Transparence .... H 132-2
Transporteur (ou Voiturier) .... I 311
Transports (généralités) .... I 310
Transports aériens .... I 350
Transports maritimes .... I 320
Transports routiers .... I 330
Transports ferroviaires .... I 340
Transports fluviaux .... I 337
Usages commerciaux .... H 113
Usure .... J 214

Vente ..... H 300
Vente à crédit ..... H 363
Vente publique ..... H 364
Vente de fonds de commerce (cf. Fonds de commerce)
Vérifications d'écritures ..... D 811
Vérifications personnelles du juge ..... D 300
Vices du consentement ..... G 122-1
Vices caché ..... H 342-2, I 536
Vice rédhibitoire ..... H 342
Violence (cf. Vices du consentement)
Virement ..... J 152
Voies de recours devant le tribunal ..... E 600
Voies d'exécution ..... E 500
Voiturier (cf. Transporteur)

Titre G

THEORIE GENERALE DES OBLIGATIONS

Les articles 1101 à 1386-1 du code civil qui pour l'essentiel dataient de 1804 ont été réécrits et largement modifiés par l'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (https://goo.gl/AxlucC). Ce titre présente les principales conséquences de cette ordonnance.

Les conditions de mise en œuvre de ce nouveau texte sont explicitées au § G 112.Il est dans la suite fait référence au « code civil de 1804, et au « code civil de 2016 » ; cette mention ne vise que ces seuls articles 1101 à 1386-1.

Le ministère de la justice a expliqué et commenté l'ordonnance dans un rapport au Président de la République, qui constitue un texte essentiel pour comprendre et interpréter le code civil de 2016. (https://goo.gl/kGVMFv).

Dans ce titre, et sauf indication contraire, la mention d'un numéro d'article renvoie au code civil de 2016.

Les obligations naissent :

1) de la loi,

2) d'actes juridiques, qui peuvent être synallagmatiques lorsqu'ils lient des personnes tenues à des obligations réciproques dont les unes sont la contrepartie des autres, ou unilatéraux (donation, cautionnement, etc.),

3) de faits juridiques initiant une responsabilité extracontractuelle (droit à réparation d'un dommage subi ; droit à restitution d'un paiement indu, etc.).

Le présent titre est consacré aux obligations nées d'actes juridiques (notamment contrats), de faits juridiques, et il est complété par un chapitre sur la preuve.

CHAPITRE 1

G 100 LE CONTRAT

Le présent chapitre traite essentiellement des obligations conventionnelles, ou contrats, qui sont à l'origine de la plupart des litiges traités par les tribunaux de commerce. Il est organisé conformément au plan du code civil de 2016, et suit sa logique : après le rappel de grands principes, ce chapitre présente la formation, l'interprétation, et les effets du contrat, ces derniers incluant les conditions et les conséquences de la résolution du contrat.

G 110 GENERALITES

G111 Dispositions liminaires- Hiérarchies des normes

Dans la tradition du droit romain reprise par le code civil de 1804, le code civil de 2016 met en exergue trois principes essentiels :

1. Le contrat résulte d'un *accord de volonté*. La liberté contractuelle (forme et contenu du contrat, choix du cocontractant ; etc.) n'est limitée que par les dispositions impératives de la loi et l'ordre public ; c'est un principe constitutionnel (Décision n° 2013-672 DC du 13 juin 2013 du Conseil Constitutionnel). Ce principe, hormis l'abandon de la référence aux « bonnes mœurs », n'est pas substantiellement modifié par le code de 2016. On doit considérer que les anciennes « bonnes mœurs », impossibles à définir au XXIème siècle, sont absorbées par « l'ordre public ».
2. La *force obligatoire du contrat* : les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits (art 1134 ancien ; 1103 nouveau). Il en résulte que, sauf exceptions prévues par les textes, le juge ne peut modifier le contrat. Dans le souci de protéger la partie faible, les domaines d'intervention du juge ont été cependant un peu accrus par le code de 2016 (G 141).

3. *L'obligation de bonne foi* qui s'applique à la négociation, la formation et l'exécution du contrat. Elle est d'ordre public, et les cocontractants ne peuvent convenir d'y déroger. Le code de 2016 (art 1104) a précisé que l'obligation de bonne foi s'applique également à la négociation, comme divers droits spéciaux le prévoyaient déjà.

Le Rapport au Président de la République souligne que ces dispositions liminaires ne sont pas des « principes directeurs ». Elles sont destinées à donner des lignes directrices au droit des contrats, mais ne constituent pas pour autant des règles de niveau supérieur sur lesquelles les juges pourraient se fonder pour justifier un interventionnisme accru.

Le contrat doit cependant être « légalement formé » et ne peut donc déroger à certaines **règles impératives** ; ce sont les dispositions :

1) qualifiées d'ordre public
2) ou dont la violation est sanctionnée:

a) par la nullité du contrat ou de certaines de ses dispositions (art. 1184 nouveau)

b) par la mise à l'écart de la clause (lorsqu'un texte prévoit que « toute clause contraire est réputée non écrite »).

Les dispositions générales du code civil nouveau ayant un caractère impératif concernent notamment l'obligation de bonne foi, et les règles de formation du contrat (consentement, capacité et représentation des parties). La liste exhaustive de ces dispositions figure à l'annexe 1 G 600 (au total vingt-trois articles du nouveau code sur plus de deux cents). D'autres dispositions figurant dans des règles particulières (contrats spéciaux du code civil, codes spécialisés ou lois spéciales) ont également un caractère impératif (par exemple, la garantie des vices cachés lors d'une vente d'un professionnel à un non professionnel ; les dispositions du code de la consommation concernant le cautionnement ; la loi sur la sous-traitance ;etc.). Enfin le juge peut qualifier « d'ordre public » certaines règles, ou principes répondant à des exigences fondamentales ou à des intérêts primordiaux ; par exemple la Cour de cassation a qualifié d'ordre public les règles d'organisation judiciaire relatives à la spécialisation de certains tribunaux. Ces règles qui relèvent de « l'ordre public virtuel » ont également un caractère impératif.

A l'exception des règles impératives, la liberté contractuelle est totale. Le juge, en dehors des cas limitativement prévus par les textes (notamment modération d'une clause pénale, octroi de délais de paiement, imprévision,…) n'a pas à s'immiscer dans le contenu du contrat.

Les dispositions générales du code civil ont donc pour l'essentiel un caractère supplétif ; sous réserve des quelques exceptions du paragraphe suivant, elles ne s'appliquent que par défaut.

Les parties, dans le champ traité par tel ou tel article, peuvent retenir d'autres solutions, ou ne les retenir que partiellement, ou les préciser, ou les modifier. Par exemple, comme elles le faisaient déjà avec le code civil de 1804, elles peuvent adopter une autre définition de la force majeure que celle de l'article 1148 (ancien) ou 1218 (nouveau), ou d'autres solutions que celles prévues par le code dans l'hypothèse où la force majeure survient ; et il en est de même de toutes les dispositions non impératives.

Cependant, dans le silence du contrat, et en l'absence de règles impératives, les dispositions légales et notamment les dispositions générales du code civil trouvent à s'appliquer.

L'article 1105 du nouveau code confirme la hiérarchie des règles applicables :

1. Le contrat, sous réserve des règles impératives du code civil et de certains codes particuliers : ses conditions particulières priment sur ses conditions générales.
2. Les règles particulières applicables à certains contrats, édictées dans de nombreux codes (code de commerce, de la consommation, code monétaire et financier, etc.) ou dans le code civil pour certains « contrats spéciaux » (vente, mandat, louage, sûretés réelles, cautionnement) : ces règles particulières priment les dispositions générales du code civil**.** Certaines d'entre elles sont impératives.
3. Les règles générales du code civil ; elles ne trouvent à s'appliquer que si le contrat est silencieux, ou si elles sont impératives. Cependant, elles sont écartées lorsqu'il est impossible de les appliquer simultanément avec certaines règles prévues par le code civil pour régir les contrats spéciaux, ou celles résultant d'autres codes tels que le code de commerce.

Les usages (voir H 113), sauf s'ils contreviennent à une disposition impérative, priment les dispositions générales, puisque celles-ci n'ont qu'un caractère supplétif, (voir par exemple G 401-1 sur la présomption de solidarité en matière commerciale). En toute hypothèse, l'obligation contractuelle comprend « les suites commandées par l'usage » (article 1194 nouveau-1135 ancien) ; et un contrat s'interprète en

fonction des usages (1159 ancien), ou comme le ferait « une personne raisonnable » (1188 nouveau), laquelle se réfère nécessairement aux usages.

G112 Genèse de la réforme

Comme l'indique le Rapport au Président de la République, *« alors que de nombreuses parties du code civil des Français issu de la loi du 30 ventôse an XII, devenu par la suite code Napoléon puis code civil, ont, au cours des dernières années, fait l'objet d'adaptation et de modernisation, le droit commun des obligations, à l'exception de quelques textes issus de la transposition de directives communautaires, n'a pas été modifié depuis plus de deux siècles. Ces règles ont certes été depuis complétées par une jurisprudence abondante, mais cette dernière est par essence fluctuante, voire incertaine, et peut être ressentie par les acteurs économiques comme difficilement accessible et complexe dans son appréhension. La seule lecture du code civil ne permet plus dans ces conditions de donner une vision claire et précise de l'état du droit positif qui, devenu en grande partie prétorien, a changé depuis 1804, la jurisprudence ayant tenu compte de l'évolution des mœurs, des technologies et des pratiques »*.

Les auteurs de la réforme de 2016 ont donc voulu rajeunir le code civil, pour qu'il puisse servir de seule référence, dans la tradition de droit écrit qui caractérise notre système juridique issu du droit romain. L'exercice a donc très largement consisté à incorporer dans le texte des solutions ou précisions issues de la jurisprudence de la Cour de cassation. Dans quelques cas cependant, la jurisprudence a été considérée comme obsolète, et une solution contraire a été codifiée.

A l'occasion de cette opération de jouvence, les auteurs ont également poursuivi d'autres objectifs, notamment :

- en cas de difficultés dans l'exécution du contrat, privilégier, à l'instar d'autres droits européens, les solutions facilitant la poursuite du contrat (réduction du prix en cas d'inexécution insatisfaisante ; renégociation en cas de bouleversement des conditions économiques) plutôt que sa résolution ou résiliation
- mieux assurer l'équilibre entre les parties au contrat, en renforçant les droits de la partie faible. Ces droits étaient déjà protégés pour certains contrats (clauses abusives du code de la consommation ; abus de la dépendance d'une partie, ou déséquilibre significatif entre les obligations des parties du titre IV du code de commerce). Cette protection de la partie faible entre dans le nouveau code civil.

G 113 Mise en vigueur du code civil de 2016

L'article 9 de l'ordonnance 2016-131 dispose qu'à l'exception des actions interrogatoires (voir § G 125), ses dispositions entrent en vigueur le 1er octobre 2016. Les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne. C'est la date de formation du contrat (échange des consentements) qui est à considérer, et non celle de sa mise en vigueur qui peut être postérieure.

S'agissant de contrats conclus avant le 1er octobre 2016, mais prorogés ou renouvelés après cette date, il convient de se reporter à l'article G 170.

Les jugements portant sur des contrats antérieurs au 1er octobre 2016 feront donc référence à l'ancien texte. Par exemple :

« Attendu que, selon l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure au 1er octobre 2016 alors applicable, les conventions légalement conclues… ».

Sur le fond du droit, la situation est plus complexe ; pour l'apprécier, il faut comprendre la portée de la réforme.

1) Pour sa plus grande part, le nouveau texte de 2016 est une réécriture de l'ancien texte à droit constant, c'est-à-dire incorporant les jurisprudences essentielles.

2) Le nouveau texte inclut également des dispositions non codifiées par l'ancien texte, mais consacrées par la jurisprudence (par exemple, la cession de contrat)

3) Quelques articles du nouveau texte sont contraires, complètement ou partiellement, à la jurisprudence actuelle.

4) D'autres articles du nouveau texte viennent préciser la portée de dispositions de l'ancien texte, alors que la jurisprudence ne l'avait pas fait.

5) Enfin, la rédaction de quelques articles est substantiellement modifiée par rapport au texte de 1804, sans pour autant être conforme à la jurisprudence actuelle. Quelques articles sont même contraires à

l'ancien texte sans pour autant être issues de la jurisprudence (par exemple, toute clause d'un contrat d'adhésion qui crée un déséquilibre significatif est réputée non écrite ; pour être opposable au créancier, la cession d'une créance n'a plus à être signifiée par huissier, une notification (RAR) suffit ; le créancier d'une obligation peut n'acquitter qu'une fraction du prix en cas d'exécution insatisfaisante, etc.).

A) Pour les instances introduites avant le 1° octobre 2016,

« L'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne » (art 9 de l'ordonnance) : donc sans tenir compte des dispositions nouvelles de l'ordonnance du 10 février 2016, même celles qui sont (ou seront) dites d'ordre public (en revanche, en tenant compte bien entendu des dispositions dites d'ordre public de la loi ancienne !). (Voir point E ci-dessous).

B) Pour les instances introduites à compter du 1° octobre 2016,

« Les obligations naissent d'actes juridiques, de faits juridiques ou de l'autorité seule de la loi» (article 1100 du code civil).

B-1 Actes juridiques (contrats) *(sous-titre I du titre III ; art 1101 à 1231-7 ; chapitre II du titre IV : art 1321 à 1340) :*

L'article 9 de l'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016 dispose qu'à l'exception des actions interrogatoires, ses dispositions entrent en vigueur le 1er octobre 2016 mais **les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne.** C'est la date de formation du contrat (échange des consentements) qui est à considérer, et non celle de sa mise en vigueur qui peut être postérieure.

B-1-1) *Les jugements portant sur des contrats antérieurs au 1er octobre 2016* feront donc référence à l'ancien texte. Par exemple :

« Attendu que, selon l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, alors applicable, les conventions légalement conclues… ».

(Si l'article du code civil auquel il est fait référence a été simplement renuméroté dans l'ordonnance de 10 février 2016 sans aucun changement de rédaction, il est possible de le citer ainsi : « vu l'article…, devenu l'article… du code civil).

B-1-2) *S'agissant des contrats conclus à compter du 1° octobre 2016*, il convient de faire référence aux articles du code civil, dans la rédaction et la numérotation issues de l'ordonnance du 10 février 2016 (sans indiquer qu'il s'agit de « nouveaux » articles).

Il en est ainsi en particulier pour les opérations sur obligations (cession de créance ou de dette, novation, etc…), qui sont des contrats *(chapitre II du titre IV : art 1321 à 1340)*, si ces opérations sont intervenues à compter du 1° octobre 2016, *même si les obligations sous-jacentes sont antérieures*.

-B-2 **Si le litige porte sur des faits juridiques** (sous titres II et III du titre III art 1240 à 1303-4): responsabilité extracontractuelle (délictuelle) **et aux autres faits sources d'obligations** (gestion d'affaires ; paiement de l'indu ; enrichissement injustifié ; effet d'une mise en demeure, etc…), le raisonnement des paragraphes 2-1 s'applique en prenant en compte la date de commission du fait : « date du fait dommageable » ou « date du fait source d'obligation »

-B-3 **Toutes les dispositions de l'ordonnance du 10 février 2016** (et leur numérotation) **qui ne relèvent ni de la responsabilité contractuelle ni de la responsabilité délictuelle** (ou des autres faits sources d'obligation) *(titre IV-chapitres I, III, IV et V art 1304 à 1320 et 1341 à 1386-1 et titre IV bis-art 1353 à 1386-1)* sont applicables à compter du 1° octobre 2016. Il s'agit des dispositions qui créent des obligations par l'effet de la loi, par exemple celles qui concernent les effets d'une mise en demeure ou d'une assignation (droit à l'intérêt légal), ou qui confèrent au juge le pouvoir de modérer une clause pénale ou d'accorder des délais de paiement.

C) Cas particuliers des prorogations et des renouvellements

Cf guide : G 170 LA DUREE DU CONTRAT

Un contrat à durée déterminée doit être exécuté jusqu'à son terme. Il peut être (art. 1213 à 1215 nouveaux) :

- **prorogé** si les contractants en manifestent la volonté avant son expiration : c'est le même contrat qui se poursuit pour une nouvelle durée

- **renouvelé**, si les parties en sont convenues à l'avance : c'est un nouveau contrat aux obligations identiques, mais à durée indéterminée
- **poursuivi par tacite reconduction**, si les parties ne sont convenues ni d'une prorogation ni d'un renouvellement mais poursuivent l'exécution du contrat. La tacite reconduction a le même effet que le renouvellement (le contrat devient à durée indéterminée). Par définition, la tacite reconduction ne fait pas l'objet d'écrit.

La clause fréquemment rencontrée dans des contrats à durée déterminée (usuellement dite de « tacite reconduction ») : « A défaut de dénonciation x mois avant l'échéance du contrat, celui-ci se poursuivra pour une nouvelle période de même durée », **ne rentre dans aucune de ces catégories**. Cependant, elle est admise puisque les articles 1213 à 1215 sont supplétifs. Cette « prolongation » intervenant à l'expiration du terme initial (et non avant son expiration) est un « renouvellement » au sens de l'article 1214 : c'est donc **un nouveau contrat**.

Les contrats passés avant le 1er octobre 2016 et prorogés après cette date resteront soumis au code civil ancien ; ceux qui seront renouvelés ou reconduits par tacite reconduction (au sens de l'ordonnance) relèveront du code civil de 2016.

D) Les avenants

Si un contrat antérieur au 1er octobre 2016 fait l'objet d'un avenant postérieurement à cette date, il convient d'apprécier *si cet avenant porte novation* du contrat initial ou non, c'est-à-dire s'il emporte extinction d'une obligation ancienne et création d'une obligation nouvelle.

Si l'avenant prévoit un changement de créancier ou de débiteur, il y a novation (dans le cas de substitution de débiteur, il faut qu'elle ait été acceptée (Cass.Civ. 1 – 13 novembre 1997)).

Si le créancier et le débiteur sont inchangés, la jurisprudence est exigeante pour reconnaître la novation (voir G 423).

En général, les conséquences de la reconnaissance de la novation porteront sur la compétence de la juridiction, la prescription, ou les suretés (qui disparaissent en cas de novation – art. 1334 nouveau ; 1278 ancien). La version du Code civil applicable sera un enjeu secondaire.

Conséquence sur les avenants postérieurs au 1° octobre 2016 :

-S'il y a novation du fait de cet avenant, c'est l'ensemble contractuel qui est nové : la version 2016 du Code civil s'applique à la totalité (contrat et avenant).

-Si l'avenant n'entraîne pas novation, les obligations contractuelles initiales restent soumises à la version en vigueur à la date du contrat ; les dispositions additionnelles, qui modifient le contrat initial, sont soumises à la version 2016. C'est le cas en particulier si l'avenant introduit de nouvelles conditions générales.

-S'il y a contradiction entre les obligations initiales et les obligations additionnelles, la version 2016 s'applique.

-L'avenant peut préciser la version que les Parties souhaitent voir appliquer.

E) Contrats-cadre et contrats d'application

Les contrats d'application (d'un contrat-cadre conclu selon le droit ancien) conclus à partir du 1° octobre 2016 doivent être considérés comme de nouveaux accords de volonté et relèvent di droit nouveau.

F) Autres cas d'application immédiate

Quelques articles du nouveau texte sont contraires, complètement ou partiellement, à la jurisprudence actuelle.

Sur ces points, les solutions actuelles ne s'imposent pas au juge puisqu'elles sont purement jurisprudentielles (article 5 du code civil). **Appliquant le droit ancien à la lumière du droit nouveau**, le juge a la possibilité de prendre en compte la disposition nouvelle, même dans un litige concernant un contrat antérieur au 1er octobre 2016, mais sans faire référence au nouveau texte qui n'est pas formellement applicable. La situation est similaire à un revirement de jurisprudence opéré par la Cour de cassation, qui est d'application immédiate : l'ordonnance sur ces points vient contredire la jurisprudence, et le juge n'a pas l'obligation de poursuivre l'application de celle-ci. (Exemple : arrêt Cass. Chb mixte du 24 février 2017 n°15-20411)

Les principales dispositions relevant de ces points sont listées dans le guide du juge consulaire en G 700- annexe 2. Elles concernent notamment les articles ci-après :

- 1121 : date et lieu de formation du contrat (le contrat est formé quand l'acceptation parvient à l'offrant et non à l'émission de l'acceptation)
- 1124 : rétractation d'une promesse unilatérale de vente (la révocation de la promesse, pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter, n'empêche pas la formation du contrat)
- 1143 : violence lors de la formation du contrat (l'abus de dépendance constitue une violence, donc un vice du consentement)
- 1195 : imprévision (à l'exclusion des pouvoirs spécifiques conférés au juge par cet article) (renégociation si un changement de circonstances imprévisibles rendent l'exécution excessivement onéreuse)
- 1303-4 : indemnité en cas d'enrichissement injustifié (évaluée au jour du jugement)
- 1352-3 : montant des restitutions (incluant la jouissance)

Pour faciliter l'application de ces raisonnements :

- L'annexe 2- G700 fournit un tableau de correspondance entre le nouveau texte du code civil et la jurisprudence.
- Le Rapport au Président de la République(https://goo.gl/kGVMFv - Journal officiel du 11 février 2016), et les Observations du Ministère de la Justice sur les propositions d'amélioration du Haut comité juridique de la place financière de Paris (https://goo.gl/pQTcqA - 10 mai 2017) fournissent en outre des guides d'analyse et d'interprétation.

Pour faciliter l'application de ces raisonnements :

- L'annexe 2- G700 fournit un tableau de correspondance entre le nouveau texte du code civil et la jurisprudence.

G 114 Introduction de dispositions contractuelles non conformes à la jurisprudence

Dès lors que, très largement, le texte de 2016 reprend des dispositions consacrées par les tribunaux, on peut se demander de quel droit les parties pourraient les écarter : ne sont-elles pas devenues la Loi ?

Cependant et comme indiqué au G 111, le principe de la liberté contractuelle prime. Et dès lors que ces dispositions, et la jurisprudence associée, ne sont pas impératives (ordre public ; non écrit ; nullité), les parties peuvent librement s'en affranchir. Une limite est constituée par les diverses règles protégeant la partie faible : la mise à l'écart de dispositions même non impératives peut éventuellement être sanctionnable sur ce fondement.

Ainsi les contrats d'adhésion ne doivent pas comporter de clauses créant un déséquilibre significatif (art.1171). Si des conditions générales de vente entrainaient renonciation à certaines dispositions légales (même non impératives), la partie « faible » pourrait demander que cette renonciation soit considérée comme non écrite si elle crée un déséquilibre significatif. Il conviendra d'apprécier chaque espèce : voir pour un exemple § G 141 sur l'imprévision.

G 120 LA FORMATION DU CONTRAT

On distingue les contrats de gré à gré dont les stipulations sont librement négociées entre les parties, et les contrats d'adhésion dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties. Il s'agit notamment des très nombreux contrats dont le co-contractant se contente de reconnaître avoir eu connaissance des conditions générales de vente et déclare les accepter. Mais la définition des contrats d'adhésion est plus large et englobe tous les contrats dont les conditions générales n'ont pu être librement négociées (art. nouveau 1110 al.2 C.civ.).

G 121 La conclusion du contrat

G 121-1 La négociation

La phase de négociation précontractuelle est librement conduite par les parties. Elle peut être encadrée par un précontrat (lettre d'intention) qui organise la négociation, ses étapes, sa durée, les conditions d'exclusivité ou de confidentialité. Ce précontrat obéit lui-même au droit des contrats.

Les négociations précontractuelles obéissent à *l'obligation de bonne foi*. Si la rupture de la négociation est libre, elle ne doit pas être abusive, survenant par exemple après une longue et coûteuse

négociation. Une rupture abusive est indemnisable sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle (articles 1240 et suivants nouveaux – 1382 et suivants anciens) ; cependant le cocontractant lésé ne peut prétendre à une indemnisation des bénéfices qu'il espérait du contrat, ni même d'une perte de chance, puisque l'engagement des négociations n'oblige nullement à leur aboutissement (article 1112). L'indemnisation se limite en général aux frais engagés dans la négociation ; c'est une consécration de l'arrêt Manoukian (Cass.Com. 26 novembre 2003 –n°06-10442).). Les parties peuvent déroger à cette règle par des clauses introduites dans des avant-contrats ou lettres d'intention, en instituant par exemple une indemnité forfaitaire de rupture (« break up fee »).

Il découle également du devoir de bonne foi *un devoir d'information*, qui était déjà prévu par les textes ou la jurisprudence pour différents contrats spéciaux (vente, franchise, cautionnement, prêt, agent immobilier, systèmes informatiques, etc.). Les exigences déjà précisées par des règles particulières pour ces contrats spéciaux ne sont pas accrues par la disposition générale du code civil. Mais, le devoir d'information est étendu à tous les contrats. Il porte sur toute information déterminante du consentement, notion déjà utilisée par la jurisprudence (Cass.Com. 12 mai 2004, n°00-15618 ; Cass.Com. 11 juin 2013, n°12-22014). Une information déterminante a un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties. Cependant, elle ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation : il n'y a pas d'obligation pour une partie d'expliquer à son co-contractant qu'il fait une mauvaise affaire !

Il appartient à la partie qui invoque la disposition à son bénéfice de prouver que l'information ne lui a pas été donnée, d'en établir le caractère déterminant et de montrer qu'elle pouvait légitimement l'ignorer. L'appréciation du caractère déterminant dépend de la qualité des parties (professionnels de la même spécialité, de spécialités différentes mais pour leur activité professionnelle, consommateurs). L'article 1112-1 fait une mention particulière de la situation où une partie « fait confiance à son cocontractant » ; à la lettre du texte, l'obligation d'information s'étend dans cette situation même aux informations déjà connues, ce qui peut paraître un pléonasme. Mais il faut plutôt comprendre qu'une partie qui fait confiance à son cocontractant est toujours légitime à ignorer une information, même déterminante. Les banques, avocats, experts comptables, etc. semblent entrer dans la catégorie des cocontractants auxquels on fait confiance, la grande distribution qui met en avant la capacité de conseil de ses vendeurs (certaines enseignes de bricolage, électroménager) peut également rentrer dans cette catégorie.La jurisprudence devra mieux cerner la définition de ces cocontractants auxquels on fait confiance, et qui sont redevables d'une obligation d'information renforcée.

Le non-respect de l'obligation d'information est une réticence dolosive sanctionnée par la nullité si la rétention d'information a été intentionnelle, et par des dommages et intérêts dans le cas contraire.

G 121-2 L'offre et l'acceptation

Une offre requiert la description de ses éléments essentiels (prix, consistance ; Cass. Com. 10 juin 1960), et la volonté de contracter si elle est acceptée (article 1114 ; Cass. Com. 6 mars 1990 –n°88-12.477). Si la description des éléments essentiels est manquante, ou si la volonté d'être engagé par son acceptation n'est pas exprimée, c'est une proposition d'entrer en pourparlers.

Le contrat est formé par la rencontre de l'offre, même n'exprimant que les éléments essentiels, et de son acceptation (articles 1113 et 1114). Les dispositions légales (règles spéciales en premier lieu, ou règles générales) suppléent alors à toutes les autres conditions non exprimées. Ce principe permet de caractériser l'offre par ses seuls éléments essentiels. C'est la formulation juridique de l'adage : « la vente est parfaite dès qu'il y a accord sur la chose et sur le prix ».

L'offre ne peut être rétractée que si elle n'est pas parvenue à son destinataire, ou si elle n'a pas été acceptée dans un délai raisonnable (art. 1115 C.civ. nouveau confirmant Cass.Civ. 3 ;20 mai 2009, n°08-13.230). Si elle est parvenue, et stipule un terme, elle ne peut plus être rétractée : l'autre partie peut se décider jusqu'à l'échéance du terme.

Le contrat est formé dès que l'acceptation parvient à l'offrant (art.1121); c'est une inversion de la jurisprudence, qui considérait que la formation du contrat intervenait dès l'émission de l'acceptation (Cass. Com. 7 janvier 1981 – n°79-13499).

Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières (article 1120 – réécriture de la jurisprudence –Cass.Civ. 1 -24 mai 2005, n°02-15.188). Cependant, en matière commerciale, et en fonction des usages ou relations d'affaires établies, le silence peut valoir acceptation en phase de formation du contrat.

Si les deux parties conditionnent leur offre ou acceptation à des conditions générales contradictoires, le contrat se forme néanmoins (sauf si la contradiction porte sur « des éléments essentiels). Mais les clauses incompatibles sont sans effet puisqu'il n'y a pas eu rencontre de volonté (article 1119 confirmant Cass. Com. 25 octobre 1994, n°92-21.807 et des arrêts ultérieurs).

G 121-3 Le pacte de préférence et la promesse unilatérale

Contrairement à l'offre qui ne devient contrat que par son acceptation, le pacte de préférence et la promesse unilatérale sont des contrats. Par le pacte de préférence, une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter. Par une promesse unilatérale, le promettant confère au bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés. Les promesses unilatérales sont fréquentes dans l'immobilier, et dans le droit des sociétés (*put*- promesse d'achat de titres qui seront présentés, et *call* – promesse de vente de titres qui seront appelés), mais n'étaient pas traitées par le code civil de 1804.

Offre et promesse sont des notions très voisines, mais la sanction de la rétractation est très différente :

- Si une offre toujours valide est rétractée (avant son terme ou un délai raisonnable s'il n'y a pas de terme), le contrat n'est pas formé mais la responsabilité extracontractuelle de l'auteur de la rétractation est engagée, sans qu'il soit tenu à compenser la perte des avantages attendus du contrat. Seuls donc des coûts directs peuvent être indemnisés (art. 1116).
- Si une promesse unilatérale est rétractée, le bénéficiaire peut néanmoins exiger la formation du contrat, s'il exerce son option pendant la période de validité ou dans un délai raisonnable (art. 1124) ; c'est une inversion de la jurisprudence Cruz qui autorisait la rétractation de la promesse tant que l'acceptation n'était pas intervenue (Cass. Civ. 3 - 15 décembre 1993 –n° 91-10199).

Lorsqu'un contrat est conclu avec un tiers en violation *d'un pacte de préférence*, le bénéficiaire peut obtenir la réparation du préjudice subi. Lorsque le tiers connaissait l'existence du pacte et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, ce dernier peut également agir en nullité ou demander au juge de le substituer au tiers dans le contrat conclu (art 1123). L'action interrogatoire sur l'existence du pacte est ouverte au tiers dans les conditions décrites au G 133.

G 121-4 Dispositions propres au contrat conclu par voie électronique

Les dispositions relatives à la négociation et à la formation du contrat par voie électronique sont inchangées par le code civil de 2016. Pour des détails, on se reportera au chapitre I 230. Les principes sont rappelés ci-après.

La transmission des stipulations contractuelles (y compris les conditions générales) doit permettre leur archivage.

L'acceptation du contrat requiert un double clic :

1) établissement des différents éléments de la commande ;

2) vérification du détail de sa commande et du prix total avec possibilité de corriger d'éventuelles erreurs avant acceptation définitive.

Un simple clic est admis pour les contrats conclus entre professionnels.

G 122 La validité du contrat

La validité du contrat requiert :

1. Le consentement des parties
2. Leur capacité de contracter
3. Un contenu licite et certain

La violation d'une de ces conditions de validité est sanctionnable par la nullité du contrat. Si les motifs de nullité n'affectent que certaines clauses de l'acte, ils n'entraînent pas la nullité de la totalité de l'acte, sauf si ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement. La sanction devient alors similaire à celle d'une clause « réputée non écrite ». L'appréciation de la violation s'effectue *in concreto*, au regard des personnes et des circonstances : par exemple, les consommateurs, ou les profanes seront mieux protégés que les professionnels.

La cause qui était le quatrième élément de validité dans le code civil de 1804 (art 1108 ancien) n'est plus mentionnée en 2016, au motif que c'était une notion mal définie, source d'insécurité juridique. Mais les

nullités qui pouvaient résulter de l'absence de cause sont reprises sous les autres conditions. Notamment, le « but » du contrat doit être conforme à l'ordre public (art 1162 nouveau).

G 122-1 Le consentement

C'est la preuve du consentement des parties qui permet d'établir la validité du contrat ou de l'une de ses clauses (cf. G 500).

La volonté d'une partie peut se manifester par l'expression d'un représentant.

Le consentement peut être vicié par l'erreur (qui est celle d'une des parties), le dol (constitué par des manœuvres d'une partie pour tromper l'autre) ou la violence d'une partie à l'encontre de l'autre. Ces critères sont traditionnels, mais la définition du dol et les exigences de preuve sont modifiées.

L'erreur (art 1110 ancien ; 1132 nouveau)

Le code civil de 2016 reprend différentes notions construites par la jurisprudence : l'erreur doit porter sur une qualité essentielle et intrinsèque de la prestation. Elle peut être invoquée par l'une ou l'autre partie, qui doit prouver (jurisprudence Poussin –Cass.Civ. 1, 22 février 1978 –n°76-11551) le caractère déterminant et excusable (Cass.Soc. 3 juillet 1990 -n°87-40349) de l'erreur.

L'erreur sur la valeur n'est pas sanctionnable (art. 1136 C.civ. nouveau), comme le reconnait la jurisprudence (Cass. Com. 26 mars 1974).

La démonstration du caractère excusable n'est cependant requise que pour les erreurs de droit ou de fait. L'erreur résultant d'un dol est toujours excusable.

La jurisprudence a créé le concept d'erreur-obstacle, d'une particulière gravité, telle que le contrat ne s'est pas formé (Cass. Com. 15 avril 2008 – n°07-10772) ; c'est notamment le cas d'erreurs matérielles (Cass. Com. 15 février 1961). On peut penser que cette erreur, qui n'est ni de droit ni de fait, constitue toujours une nullité absolue.

Le dol (art.1116 ancien- art. 1137 nouveau)

Le dol dans le code civil de 1804 était constitué par une tromperie volontaire résultant de manœuvres telles que l'autre partie n'aurait pas contracté (art 1116 ancien) ; le texte de 2016 précise (art. 1137 nouveau) que des mensonges, ou la dissimulation intentionnelle d'une information déterminante sont aussi constitutifs de dol, comme l'avait admis la jurisprudence.

La preuve du dol est facilitée par le code de 2016 : il n'est plus exigé l'évidence que, sans manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. En outre, le dol peut être établi par des présomptions. Sans doute, ces allégements visent-ils à mieux protéger la partie faible ; cependant, compte tenu de la gravité de la sanction (nullité), l'exigence de preuve restera élevée.

La violence (art 1112 ancien ; art 1143 nouveau)

La violence physique ou morale doit avoir été de nature à impressionner une « personne raisonnable » (art 1112).

Le code de 2016 (art 1143) confirme que l'abus de dépendance constitue une violence. Dans le domaine économique, cet abus était déjà esquissé par la jurisprudence (Cass.Civ. 1 – 3 avril 2002 –n° 00-12932); la caractérisation de la violence requiert en outre la démonstration d'un avantage manifestement excessif. (cf.H 221).

G 122-2 La capacité et la représentation

La capacité

La loi considère les mineurs et les interdits comme incapables de contracter. Par ailleurs, il est interdit à certaines personnes de conclure certains contrats (par exemple, un mandataire ne peut acheter un bien qu'il est chargé de vendre (art.1596 C. civ).

L'article 1145 nouveau précise que la capacité des personnes morales est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires (cf. K 412). L'ordonnance du 10 février 2016 ne modifie pas le droit antérieur sur ce point.

La sanction d'une incapacité est la nullité.

La représentation

En matière commerciale, de nombreux engagements ne sont pas pris par le représentant légal, mais par un représentant disposant formellement, ou non, de pouvoirs.

L'article 1156 nouveau vient préciser et compléter des dispositions de l'ancien code sur la représentation, qui avaient fait l'objet de jurisprudences parfois contradictoires.

La théorie du mandat apparent, concernant la validité des actes accomplis par un représentant dénué de pouvoirs ou les outrepassant (salarié d'une société ou mandataire), est consacrée par la nouvelle rédaction du code : l'acte est opposable au représenté si le tiers contractant a légitimement cru en la réalité des pouvoirs du représentant, notamment en raison de son comportement ou de ses déclarations. Mais le tiers contractant qui peut prétendre à l'exécution de l'acte accompli par un représentant sans pouvoir peut aussi en invoquer la nullité lorsqu'il ignorait l'absence de pouvoir. (cf. H 514).

Le doute sur la représentation peut donner lieu à une action interrogatoire (G 125).

G 122-3 Le contenu du contrat

Dans la continuité d'anciennes dispositions concernant l'objet et la cause, le contrat ne peut déroger à l'ordre public *« ni par ses stipulations, ni par son but »*. Il s'agit, selon le rapport au Président de la République, de confirmer que l'objet du contrat doit être licite, mais aussi sa « cause subjective » selon l'ancien vocabulaire des professeurs de droit (dorénavant le « but »).

La jurisprudence depuis quatre arrêts d'Assemblée plénière du 1er décembre 1995 (n° 91-15578, n° 91-15999, n° 91-19653 et n° 93-13688) autorisait la fixation unilatérale du prix. Cette faculté est désormais restreinte aux contrats d'adhésion (notamment franchise, distribution) et aux contrats de service (services bancaires ou contrats d'entreprise, par exemple). L'abus est sanctionnable par le juge (art. 1164 C.civ.).

Comme une déclinaison de l'obligation de bonne foi, de nouveaux articles du code civil introduisent plusieurs dispositions sanctionnant un déséquilibre significatif d'un contrat, ou l'obtention d'un avantage manifestement excessif.

- L'article 1143, applicable à tous les contrats, qualifie de violence l'abus d'état de dépendance d'une partie, pour en tirer un avantage manifestement excessif.
- L'article 1171 permet d'écarter, dans les contrats d'adhésion, toute clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

Les chapitres H221 et H224 de ce Guide procèdent à une analyse détaillée de ces articles et de leur articulation avec les dispositions de code de commerce (L 420-2 et L 442-6).

Bien que l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte pas sur le prix, la rescision pour lésion qui est une exception prévue par une loi particulière reste néanmoins admise (art 1674 et suivants). A noter que les ventes par décision de justice (par exemple dans le cadre d'une liquidation) ne peuvent faire l'objet de rescision pour lésion (Cass.Com. 16 juin 2004, n° 01-17.185).

G 123 La forme du contrat

Les contrats sont par principe consensuels ; ils se forment par le seul consentement des parties.

Cependant, la loi ou les parties, dans un avant-contrat ou une promesse, peuvent exiger qu'un contrat soit solennel, c'est-à-dire soumis à un formalisme (en général acte authentique – voir D 820). Si le formalisme est requis par la loi à fin probatoire (contrat de mariage, etc.), il est une condition de validité du contrat. S'il n'est requis que par la volonté des parties, il leur appartient de définir la sanction attachée à son non-respect. Si le formalisme n'est requis qu'à fin de publicité, il est sans effet sur la validité du contrat (art. 1173 nouveau), mais celui-ci n'est pas opposable aux tiers.

Certains contrats sont réels, c'est-à-dire qu'ils ne se forment que par le transfert de la chose objet du contrat. Le prêt consenti par un particulier est un contrat réel (Cass.Civ. 1 - 7 mars 2006 – n°02-20.37). S'il est consenti par un professionnel du crédit, ce n'est plus un contrat réel, mais un contrat consensuel ; il demeure cependant que le prêteur doitapporter la preuve de l'exécution préalable de son obligation de remise des fonds (Cass.Civ. 1 - 14 janvier 2010-,n°08-13160).

G 130 LES SANCTIONS

G 131 Les nullités

La **nullité** du contrat résulte d'un vice existant dès l'origine, tel que violation de la loi, vice du consentement, etc., mais elle doit, à la diligence d'une personne concernée, être prononcée par le juge saisi d'une action en ce sens. Cependant, l'article 1184 nouveaux confirmant la jurisprudence admet que dans le cas où, parmi toutes les clauses, l'une d'elles – à la condition qu'elle n'ait pas été déterminante de l'engagement - est nulle, seule cette clause est réputée non écrite, le reste du contrat étant maintenu.

Le contrat déclaré nul, par le juge ou par les parties à leur initiative, est considéré comme n'ayant jamais existé. La nullité ouvre droit à restitution pour les paiements et bénéfices consentis de part et d'autre.

La nullité peut être absolue (la règle violée concerne l'intérêt général) ou relative (la règle vise à protéger une partie). Tout tiers justifiant d'un intérêt et le ministère public peuvent invoquer la nullité absolue. Seule la partie lésée peut invoquer la nullité relative. Les seules nullités absolues concernent l'illicéité de l'objet ou du but du contrat, et la violation de l'obligation de bonne foi dans la négociation contractuelle.

G 132 La caducité

Si l'un des éléments essentiels du contrat disparaît pendant son exécution, le contrat devient caduc. C'est le reflet du droit positif dans de nombreuses circonstances (disparition matérielle de la chose objet de la prestation, s'il s'agit d'une mise à disposition, d'un bail, etc. ; non accomplissement d'une condition suspensive, etc.). Mais la caducité peut également résulter de situations qui étaient antérieurement caractérisées par la disparition ou l'impossibilité de la « cause » (décès d'un cocontractant, etc.).

L'anéantissement d'un contrat entraîne la caducité des autres contrats interdépendants et donc l'anéantissement de l'ensemble (Cass.Civ, 1ère, 1er juillet 1997, n° 95-15642 ; Cass.Civ, 1ère, 4 avril 2006, n° 02-18277; Cass.Com., 5 juin 2007, n° 04-20380).

L'article 1186 nouveau vient synthétiser plusieurs jurisprudences issues de litiges relatifs à la location financière avec services associés (cf. J 880)

G 140 LES ACTIONS INTERROGATOIRES

Le code civil de 2016 introduit la possibilité pour un cocontractant d'interroger l'autre partie en cas de doute, afin de purger le contrat de ses vices potentiels et de limiter le contentieux. Il va de soi qu'il est toujours possible d'interroger son cocontractant sans l'autorisation du code civil. Mais l'intérêt de l'action interrogatoire est que la réponse, ou l'absence de réponse, modifie la situation juridique. Les actions interrogatoires sont d'application immédiate. Trois actions interrogatoires sont prévues.

a) *Pacte de préférence*. Un tiers auquel il est fait une offre de contracter peut demander par écrit au bénéficiaire présumé de confirmer l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir. A défaut de réponse dans le délai fixé par le tiers (qui doit être raisonnable), le bénéficiaire du pacte ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers, ni invoquer la nullité du contrat. (art 1123) mais il pourra toujours solliciter des dommages et intérêts.

La mise en œuvre de cette action pourra s'avérer délicate si le délai fixé par le tiers est plus court que le délai d'option octroyé au bénéficiaire par le pacte : comment apprécier le délai raisonnable ? Et que se passera-t-il si le bénéficiaire répond qu'il a l'intention de se prévaloir du pacte, alors que finalement il ne le fait pas ? Ou si le tiers ne réalise pas l'opération à laquelle le bénéficiaire a renoncé : celui-ci retrouve-t-il sa préférence ?

Le tiers ne pourra s'abriter derrière une éventuelle clause de confidentialité pour excuser une non réponse. En effet, pour les contrats conclus antérieurement au 1er octobre 2016, auxquels s'applique immédiatement l'action interrogatoire et en application de l'article 1165 ancien, « Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers (…) ». La nouvelle rédaction sur l'effet relatif des conventions ne retient pas à l'identique cette dernière formule, le nouvel article 1199 se limitant à énoncer que « le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties ». Il n'en reste pas moins qu'en application du nouvel article 1105, « les contrats (…) sont soumis à des règles générales » : le pacte de préférence ne pourrait, par sa clause de confidentialité, préjudicier à la règle générale qui établit le droit des

tiers à l'action interrogatoire. Cependant, le bénéficiaire du pacte, qui devra répondre à l'action interrogatoire, ne peut divulguer d'autres éléments du pacte du fait de la clause de confidentialité ou de la disposition générale sur la confidentialité de l'article 1112-2.

L'ordonnance du 10 février 2016 n'étend pas l'action interrogatoire à la promesse unilatérale.

b) *Pouvoir de représentation*. La jurisprudence sur le mandat apparent (G 122) est précise dans son principe mais complexe dans son application. Pour lever les ambiguïtés, il est dorénavant prévu que le cocontractant *« qui doute de l'étendue du pouvoir du représentant (salarié, mandataire, etc.) à l'occasion d'un acte qu'il s'apprête à conclure »* peut demander confirmation que le représentant est habilité à conclure cet acte. En l'absence de réponse dans un délai raisonnable, le représentant est réputé avoir été habilité à conclure cet acte. (art. 1122).

c) *Nullité*. Une partie à un contrat peut demander *« à [l'autre partie] 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. (…). A défaut d'action en nullité exercée avant l'expiration de ce délai (…), le contrat sera réputé confirmé »* (art. 1183).

G 150 L'INTERPRETATION DU CONTRAT

La rédaction des dispositions concernant l'interprétation des contrats est modernisée, sans être substantiellement changée.

Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes.

Le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion s'interprète contre celui qui l'a proposé.

L'article 1159 ancien disposait que *« ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays où le contrat est passé »*. L'article 1188 nouveau prévoit que le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une « personne raisonnable » placée dans la même situation. On peut penser que cette personne raisonnable connaît les usages, et s'y réfère…

En outre l'article 1194 nouveau rappelle que le contrat oblige à toutes les suites que lui donnent l'équité, l'usage ou la loi. En matière commerciale, il appartient donc toujours au juge de tenir compte des usages - parfois transcrits en codes professionnels, normes, etc. - pour interpréter les contrats.

G 160 LES EFFETS DU CONTRAT

G 161 Les effets du contrat entre les parties

G 161-1 La force obligatoire du contrat

La force obligatoire du contrat – principe premier – est affirmée aux articles 1103, 1193 et 1194 du code de 2016 dans des termes identiques à ceux de l'article 1134 du code de 1804 : « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ». Le juge se limitera donc à interpréter les contrats (cf G130) et ne pourra les modifier, sauf dérogation expresse de la loi : par exemple, modération d'une clause pénale ; octroi de délais de paiement ; imprévision.

Cette force obligatoire s'applique non seulement à ce qui est exprimé dans le contrat, mais à toutes les suites qui résultent de l'équité, l'usage ou la loi (article 1194 nouveau ;1135 ancien).

Selon les contrats, le débiteur d'une obligation s'engage d'une manière plus ou moins stricte ; la jurisprudence distingue :

- les obligations de résultat mettant à sa charge un résultat précis ;
- les obligations de moyens, dans lesquelles il est tenu de faire tout son possible.

Le contrat peut être soumis à des conditions. On distingue :

- la condition suspensive (art 1181 ancien ; 1304 nouveau C.civ) lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple : le contrat n'entre en vigueur qu'après réalisation de la condition ;
- la condition résolutoire (art. 1183 ancien ; 1304 nouveau C.civ.) lorsque son accomplissement entraîne l'anéantissement de l'obligation. Un contrat synallagmatique peut toujours être

résolu ou résilié si l'une des parties ne satisfait pas à ses obligations même en l'absence de condition résolutoire (art. 1184 ancien ; 1226 nouveau C.civ. – voir G 186).

G 161-2 L'imprévision (art. 1195 nouveau)

Cependant, la force obligatoire du contrat connaît une exception en cas de changement de circonstances imprévisible lors de sa conclusion du contrat et rendant son exécution excessivement onéreuse pour une partie. Dans ce cas, le contrat peut être renégocié ou résolu par les parties. Pour éviter toute utilisation abusive de cette disposition, l'exécution du contrat doit être poursuivie pendant la renégociation.

Si les parties ne peuvent se mettre d'accord, le juge peut réviser le contrat ou y mettre fin. Si le juge peut ainsi être amené à interférer dans le déroulement du contrat, ce n'est qu'à l'issue d'un processus de négociation entre les parties. La perspective de l'intervention du juge, avec les aléas qu'elle peut comporter, devrait inciter les parties à aboutir dans leur négociation.

Cependant, les parties peuvent contractuellement prévoir d'assumer le risque de changement de circonstances, et donc d'écarter l'article 1195 sur l'imprévision. Une telle mise à l'écart dans un contrat d'adhésion pourrait être considérée comme créant un déséquilibre significatif, particulièrement si seule la partie faible renonçait à cette disposition. Si les deux parties renoncent à se prévaloir de l'article 1195, l'appréciation pourrait être différente, chaque espèce étant un cas particulier.

Le code civil de 1804 était muet sur l'imprévision, qui a été condamnée par la jurisprudence (Chambre civile -6 mars 1876 - commune de Pélissanne/marquis de Galliffet – arrêt « canal de Craponne »). Cet arrêt privilégiait la force obligatoire du contrat par rapport à l'obligation de l'exécuter de bonne foi. Cependant malgré cet arrêt, rien n'interdisait aux parties d'introduire dans le contrat une clause de renégociation en cas de changement de circonstances (clause de *hardshi*p ou de sauvegarde).

Les praticiens prévoyaient de telles clauses dans les contrats internationaux d'une certaine durée. On peut penser que ces clauses vont se généraliser.Mais toute disposition écartant l'article 1195 doit évidemment rester équilibrée, et sans doute symétrique, sous peine de risquer une sanction pour déséquilibre significatif sur le fondement de l'article 1171 nouveau du code civil (contrat d'adhésion) ou celui de l'article L.442-6 du code de commerce.

La Cour de cassation avait déjà ouvert la porte à la révision d'un contrat en cas de modifications des circonstances économiques sur le fondement de l'absence de bonne foi en cas de refus de renégociation (Cass. Com. 3 novembre 1992 n°90-18547 ; 6 mars 2004 n°01-15804), ou d'absence de cause, les circonstances économiques ayant privé le contrat de contrepartie (Cass.Com, 29 juin 2010 - n°09-67369).

Dès lors que l'article 1195 sur l'imprévision n'est pas contraire au texte antérieur, mais à la seule jurisprudence battue en brèche par la nouvelle rédaction du code civil, rien n'interdit à un juge qui serait sollicité en ce sens de considérer le bouleversement des conditions économiques dans un contrat signé antérieurement au 1er octobre 2016 ; il devra cependant s'assurer du respect des nouveaux critères (changement de circonstances imprévisible, exécution excessivement onéreuse, tentative de renégociation), même s'il ne pourra pas faire référence explicite au nouveau texte.

G 161-3 Effet translatif

Le principe du droit romain selon lequel l'accord des parties entraine le transfert de propriété ou la cession du droit est confirmé. Il est rappelé qu'il peut être dérogé à cette règle par contrat (par exemple, clause de réserve de propriété).

En cas de conflit entre deux acquéreurs, celui qui est en possession d'un meuble est préféré, s'il est de bonne foi. C'est le premier qui a publié son droit sur un immeuble qui est préféré, à la condition qu'il soit de bonne foi. Cette condition de bonne foi vient contredire la jurisprudence (Cass.Civ. 3. 10 février 2010 – n°08-21656) selon laquelle le premier publiant était toujours préféré, même s'il savait que l'immeuble avait été antérieurement cédé par acte sous seing privé.

G 162 Les effets du contrat à l'égard des tiers

G 162-1 Dispositions générales

Conformément au principe traditionnel de l'effet relatif des conventions, le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties ; les tiers ne peuvent en solliciter l'exécution en nature. Cependant, l'effet relatif des contrats n'interdit pas aux tiers d'invoquer la situation de fait résultant du contrat (par exemple un transfert de droits) : la situation née du contrat est opposable par les tiers (Cass. Com. 1er avril 1965 – art.1200 2ème alinéa nouveau C.civ -).

En outre le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage (Cass.Ass. Plén. 6 octobre 2006, n°05-13.255).

L'existence d'un contrat entre deux parties crée une situation juridique nouvelle que les tiers doivent respecter si elle est publique ou portée à leur connaissance : une jurisprudence constante condamne à des dommages intérêts le tiers qui, en connaissance de cause, s'est fait le complice d'une partie dans la violation d'un contrat (par exemple, le commerçant qui embauche un salarié qui s'était engagé à ne pas entrer au service d'un concurrent de son ancien employeur).

G 162-2 Dispositions particulières : porte fort et stipulation pour autrui

La *stipulation pour autrui* était en principe prohibée par le code civil de 1804 (article 1119). Elle était cependant admise par la jurisprudence (assurance vie par exemple) ; les articles 1205 à 1209 codifient la jurisprudence.

Le *porte-fort* était admis par l'article 1120 du code civil de 1804. La nouvelle rédaction assise sur la jurisprudence en précise la définition et les effets. En particulier, elle distingue le « porte-fort de ratification » (le promettant se porte fort d'obtenir le consentement à un acte qui est déjà négocié et conclu), le « porte-fort de conclusion » (lorsque, dans un acte, le promettant s'engage auprès du bénéficiaire à ce qu'un tiers conclut un autre acte juridique), et le « porte-fort d'exécution » (qui « garantit » qu'un tiers exécute un contrat conclu avec le bénéficiaire). Ces distinctions suivent la jurisprudence (cf. N 140).

G 170 LA DUREE DU CONTRAT

La prohibition des engagements perpétuels (art. 1210 nouveau C.civ.), cohérente avec la jurisprudence confirmée par le Conseil Constitutionnel (9 novembre 1999, DC n° 99-419) est affirmée par le nouveau code civil. Il peut être mis fin aux contrats à durée indéterminée en respectant le préavis contractuel ou, à défaut, en respectant un « délai raisonnable ». La violation du préavis ou du délai raisonnable ouvre droit à réparation par des dommages et intérêts.

Un contrat à durée déterminée doit être exécuté jusqu'à son terme. Il peut être (art. 1213 à 1215 nouveaux C.civ.) :

- prorogé si les contractants en manifestent la volonté avant son expiration : c'est le même contrat qui se poursuit pour une nouvelle durée (art. 1213 C .civ.)
- renouvelé, si les parties en sont convenues à l'avance en l'absence de dénonciation : c'est un nouveau contrat aux obligations identiques, mais à durée indéterminée (art. 1214 C.civ.).
- poursuivi par tacite reconduction, si les parties ne sont convenues ni d'une prorogation ni de renouvellement mais poursuivent l'exécution du contrat (art. 1215 C.civ.). La tacite reconduction a le même effet que le renouvellement (le contrat devient à durée indéterminée). Par définition, la tacite reconduction ne fait pas l'objet d'écrit.
- La clause fréquemment rencontrée dans des contrats à durée déterminée : « à défaut de dénonciation x mois avant l'échéance du contrat, celui-ci se poursuivra pour une nouvelle période de même durée » est admise puisque les articles 1213 à 1215 sont supplétifs. Il s'agit alors d'un renouvellement. (Cass.Civ 1 -17 juillet 1980 n°79-11869 et 18 janvier 1983 n°81-14860)

Le juge devra être attentif aux stipulations pour distinguer entre ces effets. Les contrats passés avant le 1er octobre 2016 et prorogés après cette date resteront soumis au code civil ancien ; ceux qui seront renouvelés ou reconduits par tacite reconduction relèveront du code civil de 2016.

G 180 LA CESSION DU CONTRAT

La doctrine a longtemps été hésitante sur la cession de contrat qui était reconnue par la pratique, mais pas par le code civil de 1804. Le code civil de 2016 codifie la jurisprudence qui s'était progressivement dégagée.

La cession de contrat est possible avec l'accord du cédé ; elle nécessite un écrit. Cet accord peut avoir été donné à l'avance par les parties au contrat initial ; c'est souvent le cas dans les opérations de location financière.

Si le cédé s'oppose à la cession, celle-ci n'est pas nulle, mais le cédant reste solidairement tenu de l'exécution du contrat. Si le cédé accepte la cession ou y a consenti à l'avance, le cédant est libéré.

Si le cédant n'est pas libéré par le cédé, les sûretés qui ont pu être consenties subsistent. Dans le cas contraire, les sûretés ne subsistent qu'avec l'accord de ceux qui les ont consenties.

G 190 L'INEXECUTION DU CONTRAT

G 191 La force majeure

La force majeure peut rendre impossible, provisoirement ou définitivement, l'exécution d'une obligation (art 1147 et 1148 ancien). Dans le texte de 2016 (art 1218 nouveau), la condition d'extériorité de la force majeure est abandonnée, conformément à la jurisprudence (fixée par l'Assemblée plénière : 14 avr. 2006, n° 04-18902 et n° 02-11168) et aux principaux droits étrangers. L'imprévisibilité s'apprécie au moment de la formation du contrat et non du dommage (si l'évènement n'était pas imprévisible lors de la formation, sa survenance ne saurait affecter le contrat). La force majeure entraine la suspension de l'obligation (mais pas nécessairement de la totalité du contrat) ; mais si le retard est important ou l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit. Cette résolution ouvre droit à restitutions réciproques.

G 192 Les autres situations d'inexécution

Les articles concernant les conséquences de l'inexécution sont profondément renouvelés et clarifiés par le code civil de 2016.

En l'absence de force majeure, l'inexécution peut donner lieu une gradation de sanctions possibles :

- réparation du préjudice par des dommages et intérêts (cf. G 182)
- résolution du contrat (cf. G 183)
- demande d'exécution forcée en nature de l'obligation (cf. G 185)
- réduction du prix (cf. G184)
- suspension par l'autre partie de l'exécution de sa propre obligation (dite exception d'inexécution) (cf. G 186)

Certaines de ces dispositions viennent confirmer la jurisprudence (la résolution unilatérale) ; d'autres viennent la clarifier (la possibilité pour le juge de condamner à l'exécution en nature) ; enfin une sanction nouvelle apparaît : la poursuite du contrat avec réduction du prix. Ces différentes sanctions peuvent se combiner dans la mesure où elles ne sont pas contradictoires (par exemple, on ne peut à la fois poursuivre le contrat avec réduction du prix, et en prononcer la résolution). Elles peuvent toujours être complétées par des dommages et intérêts. Elles sont présentées ci-après dans l'ordre inverse de leur importance.

G 193 Réparation du préjudice par des dommages et intérêts

Si la non-exécution ou la mauvaise exécution d'une obligation contractuelle crée à l'une des parties un préjudice, celle-ci peut en demander réparation et solliciter la condamnation de la partie responsable de cette situation à lui payer des dommages intérêts en compensation du dommage subi (art. 1146 C. civ.).

Le contractant qui s'estime lésé doit, tout d'abord, **mettre en demeure** l'autre partie d'exécuter correctement le contrat en lui laissant un temps suffisant pour pouvoir le faire Cependant la mise en demeure n'est pas requise en cas d'urgence, ou si la prestation due ne peut plus être réalisée (Cass. Chb. mixte, 6 juillet 2007, n° 06-13.823). Il doit ensuite :

- prouver la faute de l'autre partie ;
- justifier de l'existence et du quantum (montant) du préjudice qu'il allègue ;
- prouver qu'il y a un **lien de causalité** entre la non-exécution de l'obligation contractuelle et le préjudice invoqué. Ce lien de causalité doit être direct : un préjudice indirectement causé par la faute de l'autre partie n'est pas susceptible d'indemnisation, sauf stipulation contractuelle contraire. Il appartient au juge de procéder à l'appréciation de ce caractère direct.

Les dommages intérêts étant la compensation d'un préjudice, le débiteur ne peut se retrancher derrière sa bonne foi ; il ne peut s'exonérer que s'il peut prouver que l'inexécution n'est pas de son fait mais est due à une cause étrangère.

G 194 La résolution

La résolution met fin au contrat ; lorsque l'exécution du contrat s'est poursuivi un certain temps (cas d'un contrat à exécution successive) et que l'on ne peut anéantir ce qui a déjà été fait, elle est qualifiée de *résiliation*, mais sa mise en œuvre est la même que celle de la résolution.

Les différents modes de résolution sont ceux de l'ancien code, complétés par la jurisprudence.

- La *clause résolutoire*, qui précise les engagements dont l'inexécution entraînera la résolution du contrat. Une mise en demeure est nécessaire, sauf si la clause résolutoire prévoit qu'elle peut intervenir de plein droit, dès lors que la condition (par exemple un défaut de paiement) est remplie. La mise en demeure doit faire expressément référence à la clause résolutoire. Si l'acquisition de la clause résolutoire est contestée devant le juge, celui-ci constate si ces conditions ont été remplies ou non.
- La *résolution à l'initiative d'une partie* ; elle n'était pas reconnue par le code de 1804, mais admise par la jurisprudence (Cass.Civ. 1., 13 octobre 1998, n°96-21485 ; Cass.Civ. 1 ; 28 octobre 2003, n° 01-03662). Elle n'est soumise qu'a posteriori au contrôle du juge qui doit vérifier la gravité de l'inexécution.

Sa mise en œuvre est encadrée : 1) sauf urgence, mise en œuvre préalable d'avoir à satisfaire l'engagement en rappelant la perspective de résolution ; 2) notification motivée de la résolution.

Le juge, en principe, pourra accepter d'autres motifs de résolution que ceux qui auront été invoqués, mais à la condition qu'il y ait eu mise en demeure correspondant à ces motifs.

- *La résolution prononcée par le juge* ;

La résolution donne droit à restitutions dans les conditions de l'article 1229 (voir G 450 - pour une vente par exemple, restitution réciproque du prix et du bien ; pour un contrat à exécution successive, pas de restitution pour la période où les obligations réciproques ont été remplies).

La résolution ouvre en outre droit à des dommages et intérêts à la condition qu'il y ait eu mise en demeure préalable ou que l'exécution soit devenue impossible (Cass.Chambre mixte, 6 juillet 2007, n°06-13.823).

G 195 La réduction du prix

La réduction du prix est une sanction intermédiaire entre l'exception d'inexécution et la résolution ; elle permet de procéder à une révision du contrat à hauteur de ce qui a réellement été exécuté en lieu et place de ce qui était contractuellement prévu. Elle est cohérente avec la volonté du nouveau code de faciliter l'exécution du contrat et de proposer des solutions souples en cas de difficultés.

La possibilité de réduction du prix était déjà prévue dans les contrats de vente comme une des modalités de réparation du vice caché. Elle est maintenant généralisée.

Le créancier doit préalablement avoir mis en demeure le débiteur d'exécuter parfaitement son obligation, mais il pourra en être dispensé en cas d'urgence (selon le Rapport au Président de la République). Le créancier doit ensuite notifier à son débiteur, dans les meilleurs délais, sa décision de réduire le prix, s'il n'a pas encore payé. S'il a déjà payé le prix, le créancier demandera remboursement au débiteur à hauteur de la réduction de prix sollicitée.

G 196 L'exécution forcée en nature

Le code civil de 1804 était ambigu vis-à-vis de l'exécution forcée en nature d'une obligation, puisque son article 1142 disposait que : « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur ». La jurisprudence admet néanmoins au nom de la force obligatoire du contrat l'exécution forcée en nature (Cass.Civ. 1. 16 janvier 2007, n° 06-13983 ; Cass.Civ.3-11 mai 2005 n°03-21.136), les seules limites étant l'impossibilité ou l'abus de droit.

Cependant, le code de 2016 ajoute un crotère économique : il n'admet l'exécution forcée en nature que si elle est possible et que son coût n'est pas manifestement disproportionné par rapport à son intérêt pour le créancier (art. 1221 nouveau : inversion de la jurisprudence Cass. Civ. 3 – 15 octobre 2015 – n° 14-23612).).

Après mise en demeure, le créancier peut faire exécuter l'obligation par un tiers aux frais du débiteur, après lui avoir laissé un délai raisonnable. L'intervention du juge ne sera requise que pour obtenir le paiement du débiteur s'il ne s'acquitte pas spontanément. En outre, l'autorisation du juge est requise pour obtenir la destruction de ce qui a été réalisé en violation d'une obligation.

Selon l'article 1228 nouveau, le juge a le choix entre ces solutions ; il peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts. Il reste cependant tenu par les demandes des parties.

G 197 L'exception d'inexécution

En cas d'inexécution de son obligation par l'une des parties, l'autre peut suspendre l'exécution de la sienne. C'est l'exception d'inexécution. Cette exception était absente du code civil de 1804 mais reconnue par la jurisprudence ; elle est maintenant codifiée Elle déroge au principe juridique selon lequel « nul ne peut se faire justice à soi- même » et, à ce titre, le juge doit vérifier que ses conditions d'exercice sont réunies.

Une partie peut ne pas exécuter son obligation alors qu'elle est exigible si l'autre partie n'exécute pas la sienne. Celui qui l'invoque bénéficie ainsi d'un terme jusqu'à ce que son cocontractant exécute sa propre obligation, le contrat subsistant dans son intégralité.

Celui qui invoque l'exception ne doit pas être le premier défaillant au titre du contrat et, d'autre part, l'inexécution par l'autre partie doit être effective et suffisamment grave. L'usage de mauvaise foi de l'exception d'inexécution par un créancier face à une inexécution insignifiante constitue dès lors une faute susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle.

Mais une partie peut suspendre l'exécution de son obligation par anticipation, s'il est d'ores et déjà manifeste que le débiteur ne s'exécutera pas. Il doit alors notifier sa suspension à l'instar d'une mise en demeure (art. 1220 - solution nouvelle).

Une des formes de la mise en œuvre de l'exception d'inexécution est constituée par la rétention d'une chose vendue mais non payée ou confiée pour réparation et dont le paiement prévu au comptant n'a pas eu lieu (cf. N 230).

G 198 La clause pénale

G 198-1 Nature de la clause pénale.

La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution (art. 1226 ancien; 1231-5 nouveau C. civ.), qui ne retient pas le terme de "clause pénale", mais dont la rédaction est quasi identique à l'article ancien).

Fréquente dans les contrats d'adhésion, la clause pénale a un double caractère :

- comminatoire, en faisant peser sur le débiteur une menace de sanction dissuasive dans le cas où il ne tiendrait pas ses engagements ;
- indemnitaire, en fixant à l'avance, par un forfait indépendant du préjudice réellement subi, l'indemnité qui sera versée au créancier en cas de non-exécution de la convention.

En principe, par leur caractère contractuel, les clauses pénales s'imposent au juge et leur montant n'est pas soumis à restriction. Le juge peut cependant, au besoin d'office, en modifier le montant (art 1152 C.civ. ancien ; 1231-5 nouveau), mais seulement si celui-ci est manifestement excessif ou dérisoire. Toute stipulation contraire est réputée non écrite.

G 198-2 Application de la clause pénale

En cas de contestation ou d'absence du défendeur, le juge doit s'assurer que les conditions d'application de la clause pénale sont bien remplies, notamment :

- que le débiteur a été préalablement mis en demeure d'exécuter la convention avec rappel de la sanction encourue (sauf en cas d'inexécution définitive) ;
- au cas où elle est incluse dans des conditions générales imprimées au verso de factures ou d'autres documents commerciaux, que l'obligé a formellement acceptée cette clause pénale lors de la conclusion du contrat (cf. H 233).

G 198-3 Modification judiciaire du montant de la clause pénale

Les dispositions de l'article 1152 ancien ou de l'article 1231-5 nouveau du code civil permettent au juge de redresser des abus manifestes qui trouvent le plus souvent leur origine dans le rapport de force entre

les parties. Celles-ci ne peuvent, par leur contrat, restreindre ce pouvoir. Il contrevient cependant au principe de non-ingérence du juge dans le contrat, et son exercice est strictement encadré.

Le juge ne peut modérer qu'en cas de clause manifestement excessive (ou manifestement dérisoire); il n'a pas de pouvoir discrétionnaire et doit motiver sa décision sans se contenter d'une affirmation générale (Cass.Ch. mixte - 20 janvier 1978 ; n°76-11611) ; la motivation doit être faite par référence au caractère manifestement excessif par rapport au préjudice subi (Cass.Civ. 1, - 24 juillet 1978, n°77-11.170 ; Cass.Com. - 9 juin 1980, n°78-13.192 ; Cass.Com. - 16 février 2010, n° 09-13.380)et non par rapport aux facultés contributives des parties (Cass.Civ. 1, - 14 novembre 1995, n°94-04.008).

Si le juge envisage de procéder d'office à la modération, il doit soumettre sa proposition à la contradiction des parties (règle générale de l'article 16 du code de procédure civile).

Le juge en revanche n'a pas à motiver un refus de modération, puisqu'il ne fait qu'appliquer la convention stipulant la clause pénale (Cass.Com. 19 novembre 1991 – n°90-15465) .

Dans la fixation du montant de l'indemnité, le juge doit tenir compte du double caractère, indemnitaire et comminatoire, de la clause pénale ainsi que, éventuellement, du degré d'exécution.

En cas d'exécution partielle de l'obligation, le juge peut, même d'office, diminuer la peine convenue à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier (art. 1231 ancien ; 1231-5 nouveau C.civ.).

Pour conserver le caractère coercitif, le juge ne doit pas réduire jusqu'au montant du préjudice subi, sauf s'il justifie que la clause est manifestement excessive au moment où il statue (Cass.Civ. 3, - 12 janvier 2011, n°09-70.262 ; Cass.Com. - 27 mars 1990, n° 88-13.967) ; il peut accepter la clause pénale en l'absence de tout préjudice (Cass.Civ. 3. - 12 janvier 1994, n°91-19.540). Il peut en réduire le montant jusqu'à un euro (Cass.Com. 11 février 1997, n°95-10.851), ou même zéro euro (Cass.Com. - 16 juillet 1991, n° 89-19.080) ; cependant, il ne peut pas réduire en deçà du préjudice subi (Cass.Com. - 9 juin 1980, n°78-13.192).

De nombreux contrats de crédit-bail ou location financière prévoient qu'une résiliation anticipée rend exigible le solde des loyers. De telles clauses et a fortiori une éventuelle majoration forfaitaire du solde sont qualifiables de clause pénale (cf.J 800 crédit-bail et location financière).

L'ouverture d'une procédure collective ne fait pas échec à une clause pénale pour inexécution, dont la jurisprudence indique qu'elle n'est pas contraire au principe de l'égalité des créanciers (alors que ce sont essentiellement les établissements de crédit qui en bénéficient ; Cass. Com. - 3 mai 1994, n°91-20.479), sauf si la pénalité est réservée au seul cas d'ouverture de procédure collective et non à tous les cas de défaillance du débiteur (Cass.Com. 2 juillet 2013, n°12-22.284).

G 198-4 Limites du champ d'application de l'article 1152 ancien et 1231-5 nouveau du code civil

C'est au juge de déterminer si, quelle que soit l'appellation qui lui a été donnée, une indemnité contractuellement prévue est une clause pénale ou non.

Son pouvoir modérateur ne s'exerce en effet que sur les clauses ayant le caractère d'une peine et dont le montant n'est pas fixé par un texte légal ou réglementaire.

C'est ainsi que la jurisprudence qualifie de clauses pénales les pénalités de retard dans l'exécution d'un marché, les majorations du taux des intérêts en cas de retard de paiement, les indemnités pour non-respect des spécifications techniques d'un matériel, les indemnités pour rupture de contrat (exemples : maintenance, location, crédit-bail, etc.).

Les principales clauses contractuelles fréquemment rencontrées mais qui n'ont pas la nature de clause pénale sont :

- les clauses d'indemnisation forfaitaire d'un préjudice dû à un événement indépendant de la volonté du débiteur (par exemple, perte ou destruction d'un bien prêté, loué ou mis en dépôt) ;
- les clauses alternatives par lesquelles le débiteur est libre d'exercer un choix entre deux ou plusieurs options (par exemple, les indemnités prévues en cas de remboursement anticipé d'un prêt bancaire ou les indemnités d'immobilisation prévues en cas de non levée d'une promesse d'achat ou de vente ; voir notamment Cass. Com - 2 avril 1996, n°94-13433 ; Cass. Civ. 3, - 29 juin 1994, n°92-19645 ; Cass.Civ. 3 - 5 décembre 1984. n°83-11788)
- les clauses réglementaires ayant fait l'objet d'une décision administrative qui en a fixé le montant de façon autoritaire et intangible ; c'est le cas des majorations de retard appliquées par les caisses de prévoyance sociale dont certaines ont confié le recouvrement des cotisations dues à des organismes

spécialisés (U.R.S.S.A.F. pour la Sécurité sociale, A.S.S.E.D.I.C. pour l'A.G.S., Caisse de congés et intempéries du BTP, etc.).

CHAPITRE 2

G 200 LA RESPONSABILITE EXTRACONTRACTUELLE

Une partie peut porter tort à une autre partie et, en raison de sa responsabilité civile, encourir l'obligation de réparer le tort qu'elle a causé, même si c'est par simple négligence ou imprudence. Cette responsabilité résulte, soit du fait de cette partie, soit du fait des personnes dont elle est responsable ou des choses dont elle a la garde ; elle est dite délictuelle lorsque le fait dommageable est intentionnel et quasi délictuelle lorsqu'il est non intentionnel ; dans tous les cas, elle peut également être dite extracontractuelle.

Cette obligation de réparer fait essentiellement l'objet des articles suivants du code civil :

- Article 1382 ancien ; 1240 nouveau : « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ».
- Article 1383 ancien ; 1241 nouveau : « Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence ».
- Article 1384 ancien ;1242 nouveau : « On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde ».

G 210 CONDITIONS D'EXISTENCE

Le défendeur poursuivi en responsabilité extracontractuelle, soit personnellement, soit par personnes ou choses interposées, peut s'exonérer de la présomption qui pèse sur lui s'il apporte la preuve que le dommage résulte d'un cas fortuit, de la force majeure, ou d'une cause qui ne lui est pas imputable ; en effet, la démonstration de ne pas avoir commis de faute n'est pas suffisante.

La victime doit donc démontrer trois points :

- une faute, même commise sans mauvaise foi ni intention de nuire, qui peut n'être qu'une simple négligence ou imprudence ;
- un préjudice qui doit être quantifié, le juge disposant dans ce domaine d'un large pouvoir d'appréciation pour fixer les dommages intérêts qu'il allouera à la victime ;
- un lien de causalité entre le préjudice et la faute ou le fait générateur.

Des parties liées par une convention ne peuvent mettre en jeu la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle que pour des faits indépendants du contrat : aussi la jurisprudence a-t-elle édicté le principe du non-cumul de ces responsabilités.

Les tribunaux de commerce ont à connaître de la responsabilité extracontractuelle dans un petit nombre de situations non limitativement énumérées :

1. la rupture abusive de négociations précontractuelles, et le manquement à l'obligation de bonne foi dans ces négociations s'il n'y a pas eu formation du contrat (cf. G 121). Si le contrat s'est formé, c'est la responsabilité contractuelle qui est en cause.
2. la concurrence déloyale (cf. H 230).
3. le préjudice subi dans l'activité commerciale du fait de l'exécution ou de la non-exécution par des tiers d'un acte de commerce (cf. G 142).
4. la participation à la violation d'une obligation contractuelle, même sans en être partie prenante. Par exemple, l'embauche d'un salarié en connaissance d'une clause de non concurrence.
5. la violation au bénéfice d'un tiers d'un pacte de préférence ou d'une promesse unilatérale (cf. G121).
6. la rétractation d'une offre reçue par son destinataire avant la fin de la période de validité ou avant un délai raisonnable s'il n'y a pas de terme
7. l'abus de droit (cf. G 220).

G 220 ABUS DE DROIT

Un cas particulier est constitué par l'abus de droit, commis par une personne ayant causé un dommage à autrui du seul fait de l'exercice d'un droit lui appartenant. Pour qu'un comportement puisse être qualifié de fautif au titre d'un abus de droit, il faut que ce comportement traduise une volonté de nuire (et non de se procurer un avantage personnel) ou, plus généralement, constitue un détournement de la finalité sociale du droit dont il est fait usage.

En ce qui concerne les tribunaux de commerce, la plupart des condamnations pour abus de droit se fondent sur l'article 1382 du code civil (art.1240 nouveau). L'abus de droit est invoqué essentiellement en matière de droit des sociétés (abus de majorité ou de minorité, révocation d'un dirigeant, etc.), à l'occasion du non renouvellement d'un contrat à durée déterminée (par exemple, concession) ou lorsqu'une procédure est considérée comme abusive. Dans ce dernier domaine, l'abus peut se trouver réprimé tant dans le cadre de l'article 32-1 du C.P.C. (amende civile) que par des dommages intérêts proprement dits.

L'appréciation par le juge du degré de gravité nécessaire pour qu'un comportement soit qualifié d'abus de droit a un caractère subjectif ; il est donc essentiel que le juge motive très précisément toute décision prise en matière d'abus de droit ou de procédure abusive.

G 230 Exemples de jugement

Quasi délit

Accueil

Macaire assigne Xavier en paiement de la somme de 1.000 € de dommages intérêts sur le fondement de l'article 1382 du code civil. Il expose qu'il exploite un magasin d'épicerie fine, et que Xavier, son voisin parfumeur, à la suite d'une erreur du transporteur, a réceptionné un colis de denrées périssables qui lui était destiné ; que Xavier ne lui a remis le colis litigieux que trois jours plus tard et qu'il est apparu à l'ouverture du colis, faite en présence de Xavier, que les denrées étaient devenues impropres à la consommation.

Pour sa défense, Xavier fait valoir que c'est en raison d'une activité exceptionnelle à proximité des fêtes de fin d'année qu'il n'a pas immédiatement porté à son voisin le colis litigieux

Sur ce, le tribunal,

Attendu que Xavier a agi par négligence, ce qu'il ne conteste pas ;

Qu'il résulte des articles 1240 et 1241 du code civil (ou des articles 1382 et 1383 du code civil dans sa rédaction antérieure au 1° octobre 2016 alors applicable) que l'on répond tout autant des fautes de négligence que des fautes volontaires, des fautes par omission que des fautes par commission ;

Attendu que la faute de Xavier est prouvée ; que le dommage de Macaire est certain et son montant non contesté ; que le lien entre la faute et le dommage est établi, la faute de Xavier n'ayant pas permis à Macaire de soigner la marchandise comme elle le méritait ; qu'il y a lieu en conséquence de condamner Xavier au paiement de la somme demandé ainsi qu'aux dépens.

P. C. M

Le Tribunal, statuant en dernier ressort par un jugement contradictoire

Condamne Xavier à payer à Macaire 1.000 € à titre de dommages intérêts,

Le condamne aux dépens.

Rejet

Nicolas assigne Norbert en paiement de la somme de 3.000 € à titre de dommages intérêts.

Norbert, à la barre, soutient que la demande est mal fondée.

Sur ce, le Tribunal,

Attendu que les débats ont permis d'établir que Nicolas a sollicité en mars 2012 la représentation à titre d'agent commercial de la société Noëlla pour la région parisienne mais ne l'a pas obtenue ;

Attendu que, par la suite, Norbert, que Nicolas avait fait connaître aux dirigeants de la société Noëlla, obtint cette représentation en juin 2012 et a, depuis lors, reçu au titre de cette agence commerciale le paiement d'importantes commissions ;

Attendu que le fait d'obtenir une représentation qu'un tiers désirait pour lui ne constitue pas en lui-même une faute qui puisse être reprochée à Norbert, à défaut de manœuvres abusives que Nicolas allègue mais dont il n'apporte aucune preuve ;

Attendu qu'en l'absence de faute, il n'y a lieu à application de l'article 1382 du code civil ; qu'il est donc inutile d'examiner si Nicolas a subi un préjudice et qu'il y aura lieu de le débouter.

P. C. M.

Le Tribunal, statuant en premier ressort par jugement contradictoire,

Déboute Nicolas de sa demande,

Le condamne aux dépens.

CHAPITRE 3

G 300 AUTRES SOURCES D'OBLIGATIONS

Il s'agit des quasi-contrats, qui naissent de faits volontaires d'une première partie, bénéficiant à une seconde partie, et créant une obligation de la seconde envers la première.

G 310 GESTION D'AFFAIRES

C'est un acte d'immixtion dans les affaires d'autrui qui confère le droit d'être indemnisé des débours engagés dès lors que l'intervention était justifiée et que l'affaire a été utilement gérée, par exemple, les frais de gardiennage du garagiste qui, sans aucun mandat, a abrité un véhicule accidenté pour éviter qu'il ne soit pillé (art. 1301 à 1301-5. C.civ.).

Le code civil de 2016 reprend les dispositions du code civil de 1804, en y incorporant à droit constant la jurisprudence, et en exigeant du gérant de l'affaire qu'il se comporte en « personne raisonnable » (notion similaire à l'ancien « bon père de famille »).

G 320 RESTITUTION DE L'INDU (ancienne « répétition de l'indu »)

Celui qui reçoit, par erreur ou sciemment, ce qui ne lui est pas dû est obligé de le restituer à celui qui l'a indûment payé : par exemple, l'assuré ayant encaissé une indemnité alors que la garantie ne lui était pas acquise. Les dispositions des articles nouveaux 1302 à 1302-3 reprennent des dispositions éparses du code civil de 1804, en y incorporant la jurisprudence.

Une possibilité d'action directe contre celui dont la dette a été acquittée par erreur est ouverte (antérieurement, elle existait sur le fondement de l'enrichissement sans cause).

La jurisprudence actuelle considère que la somme répétée doit être diminuée pour tenir compte de la réparation du préjudice causé à celui qui a reçu le paiement, lorsque le paiement procède d'une faute ; la codification est plus souple et permet au juge de tenir compte de la gravité de la faute pour réduire le montant des restitutions et non pas seulement de l'importance du préjudice subi.

G 330 ENRICHISSEMENT INJUSTIFIE

L'enrichissement sans cause était une construction jurisprudentielle (Cour de cassation du 15 juin 1892). Il est maintenant codifié sous le nom d'enrichissement injustifié, la notion de cause ayant été abandonnée (art 1303 et suivants). L'enrichissement est injustifié lorsqu'il ne procède ni de l'accomplissement par l'appauvri d'une obligation, ni de son intention libérale. L'action sur ce fondement est subsidiaire et ne peut prospérer qu'à défaut de toute autre action ouverte au demandeur ; elle ne peut cependant être utilisée pour échapper à la prescription d'actions qui auraient été possibles.

En contredisant la jurisprudence antérieure, l'enrichissement injustifié devient une dette de valeur : l'appauvrissement est constaté au jour de la dépense, l'enrichissement au jour de la demande, et leur évaluation doit être faite au jour le plus proche du versement. L'indemnité due est celle de l'appauvrissement, mais si l'enrichi a été de mauvaise foi, l'indemnité est alors le plus élevé des deux montants, enrichissement ou appauvrissement.

CHAPITRE 4

G 400 LE REGIME DES OBLIGATIONS

Le titre relatif au régime général des obligations du code de 2016 n'a pas son correspondant dans le code de 1804. Il reprend des dispositions éparses du code antérieur, en omettant certaines non appliquées en pratique, et en ajoutant d'autres.

G410 LES MODALITES DE L'OBLIGATION

G 411 Typologie des obligations

Une typologie des obligations est proposée :

- l'obligation conditionnelle qui dépend d'un évènement futur et incertain
- l'obligation à terme qui dépend de la survenance d'un événement futur et certain, dont seule la date est incertaine
- l'obligation plurale, qui porte sur plusieurs objets, ou qui a plusieurs obligés

La liberté contractuelle autorise évidemment à combiner ces diverses obligations ou à en créer de nouvelles dans la limite des dispositions des droits spéciaux, ou des dispositions prescrites à peine de nullité.

La condition d'une obligation conditionnelle doit sous peine de nullité :

- être licite (mais elle n'a plus à être « conforme aux bonnes mœurs » (Cf. G 111)
- ne pas dépendre de la seule volonté du débiteur de l'obligation : il s'agirait alors d'une condition « purement potestative ». Seul le créancier de l'obligation conditionnelle peut s'en prévaloir.

Les dispositions concernant l'obligation à terme sont conformes à la jurisprudence. Elles admettent que le terme soit tacite, et que le juge puisse le fixer (Cass.Civ. 1 -19 janvier 1983, n°81-15.105).

L'obligation plurale concernant plusieurs objets n'était pas envisagée par le code civil de 1804. Cette obligation peut être :

- cumulative lorsqu'elle a pour objet plusieurs prestations et que seule l'exécution de la totalité de celles-ci libère le débiteur ;
- alternative lorsqu'elle a pour objet plusieurs prestations et que l'exécution de l'une d'elles libère le débiteur. Le choix entre les prestations appartient au débiteur ;
- facultative lorsqu'elle a pour objet une certaine prestation mais que le débiteur a la faculté, pour se libérer, d'en fournir une autre.

On rappelle le caractère supplétif de ce type de dispositions auxquelles les parties peuvent déroger par leur contrat, dans les limites indiquées au § G111.

G 412 Solidarité

L'obligation plurale, concernant plusieurs sujets, est soit solidaire, soit à prestation indivisible. On ne traite ici que de l'obligation solidaire.

En principe, la solidarité ne se présume pas (article 1202 ancien, art. 1310 nouveau C.civ.) ; elle ne peut résulter que du contrat ou de la loi. Cependant la jurisprudence a énoncé qu'en matière commerciale, la solidarité se présume (Cass. Civ.18 juillet 1929 ; Cass.Com. 2 mai 1967 ;21 avril 1980 –n°78-14765) : si plusieurs commerçants sont tenus de la même dette ayant un caractère commercial, ils sont solidaires. Les articles 1202 ancien et 1310 nouveau n'étant pas impératifs, l'usage, consacré par la jurisprudence, continue à s'appliquer. La présomption de solidarité entre commerçants est simple (non irréfragable), et la preuve contraire peut être apportée par l'un des codébiteurs. Cette présomption est en outre écartée par l'article L341-3 du code de la consommation, qui prescrit à peine de nullité que la solidarité des cautionnements au bénéfice d'un créancier professionnel soit exprès (cf. N 116-3).

La solidarité entre créanciers est dite *active*. Chaque créancier solidaire peut exiger mais également recevoir le paiement de toute la dette, lequel libère le débiteur à l'égard de tous ; le débiteur est libre de payer le créancier de son choix tant qu'il n'est pas poursuivi par l'un d'eux ; l'acte qui interrompt ou suspend la prescription à l'égard de l'un des créanciers solidaires, profite aux autres créanciers.

La solidarité entre débiteurs est dite *passive.* Chacun des débiteurs est tenu pour le tout, le créancier pouvant exiger de l'un des coobligés qu'il exécute tout ou partie de l'obligation (art. 1200 ancien et 1313 nouveau C.civ.). L'obligation solidaire implique de la part des débiteurs vis-à-vis du créancier la renonciation au bénéfice de division (division de la dette entre eux par le créancier).

Si les codébiteurs solidaires répondent chacun vis-à-vis du créancier de la totalité de l'obligation, ils ont des recours entre eux à hauteur de l'inexécution de l'un d'entre eux. (art.1309 nouveau C.civ.).

L'engagement solidaire se distingue de *l'engagement conjoint* où les débiteurs ne sont engagés que jusqu'à concurrence de la somme que chacun doit personnellement et ne sont pas tenus de l'ensemble de la dette. Un engagement est, soit conjoint, soit solidaire, mais ne peut jamais être conjoint et solidaire.

Les créanciers solidaires tenus de la même dette se représentent les uns les autres ; s'il y a action en justice à l'encontre de l'un d'entre eux, la prescription est interrompue pour tous ; et une demande d'intérêts à l'égard de l'un vaut à l'égard de tous (art. 1312 et 1314 nouveaux C.civ., conforme au droit antérieur).

La solidarité ne se présumant pas (sauf en matière commerciale), la jurisprudence a créé la notion d'obligation *in solidum ;* le juge peut y recourir lorsque « l'obligation de chacun des débiteurs est identique à celle des autres et que sa pleine exécution peut être réclamée par le créancier indifféremment à chacun » (Cass.Com. 8 janvier 1991, n°89-15.439), alors même que les débiteurs n'ont jamais prévu de s'engager solidairement.

Cette notion trouve notamment à s'appliquer en matière de responsabilité civile extracontractuelle (G 220) si plusieurs coauteurs ont contribué au même dommage.

La jurisprudence admet également qu'il y a obligation *in solidum* lorsque l'un des auteurs a une responsabilité contractuelle, et l'autre une responsabilité délictuelle (ancien code) ou extracontractuelle. Elle reconnait aussi une obligation *in solidum* entre l'auteur d'un dommage et son assureur. De même deux cautions, séparément solidaires d'un même débiteur mais qui n'ont pas convenu de solidarité entre elles, peuvent être tenues *in solidum* (Cass.Com. 9 janvier 1985 –n° 83-15800).

La distinction entre obligations solidaires et obligations *in solidum* est ténue. Elle porte principalement sur la représentation et ses conséquences sur l'interruption de prescription ou sur les effets d'une demande d'intérêts, qui sont spécifiques à la solidarité. L'avant-projet de loi sur la réforme réformant la responsabilité civile ne retient que la notion de solidarité, qui s'appliquerait dans toutes les situations.

G 420 LES OPERATIONS SUR OBLIGATIONS

G 421 La cession de créance

Dans le code de 1804, la cession de créance n'était envisagée que dans le cadre du droit spécial de la vente. Elle entre dorénavant dans le droit commun des obligations. Le transfert entre les parties et l'opposabilité aux tiers sont immédiats, à la date de l'acte (même régime que celui du nantissement de créance, de la cession de créance réalisée dans le cadre d'une fiducie et de la cession de créance professionnelle « Dailly ».

La cession doit être constatée par écrit à peine de nullité (art. 1322 nouv. C. civ.) ; elle est opposable aux tiers à la date de l'acte (art. 1323 nouv. C. civ.).

L'opposabilité au débiteur ne requiert plus la lourde formalité de signification (art. 1324 nouveau C.civ). Une notification par LRAR (article 667 du code de procédure civile) est suffisante. Dès que cette notification a eu lieu, ou que le débiteur a pris acte de la cession, il est tenu de payer le nouveau créancier et lui seul, mais peut agir en restitution de l'indu s'il a payé à tort l'ancien créancier.

La cession de créance emporte celle de ses accessoires (et notamment les sûretés). Le débiteur peut opposer au cessionnaire les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, la résolution ou la compensation des dettes connexes ; il peut également opposer les délais et remises concédés par le cédant.

Sauf stipulation contraire, le cédant garantit l'existence de la créance et de ses accessoires, mais il ne garantit la solvabilité du débiteur que s'il s'y est expressément engagé.

Lorsque la cession porte sur des droits faisant l'objet d'un litige en cours (une contestation de dette par exemple), la procédure de retrait litigieux demeure. Elle permet à l'autre partie au litige de mettre fin à celui-ci en remboursant au cessionnaire (acquéreur du droit) le prix que celui-ci a payé au cédant. Cette possibilité, qui vise à éviter la spéculation sur des décisions de justice, est confirmée par l'article 1701-1 nouveau.

G 422 La cession de dette

La cession de dette n'était pas prévue par le code de 1804, et n'était que timidement admise par la jurisprudence. Elle est dorénavant possible, mais nécessite l'accord du créancier. En outre, le débiteur n'est libéré par la cession que si le créancier y consent expressément ; dans le cas contraire, il reste tenu solidairement. En cas de libération du créancier, les sûretés consenties par des tiers ne subsistent qu'avec leur accord.

G 423 La novation

La novation est une opération qui éteint une obligation et concomitamment lui en substitue une autre. Elle constitue en elle-même un contrat, soumis aux règles de validité des contrats, de même que la nouvelle obligation.

Elle peut s'opérer entre les mêmes parties par modification de l'obligation, ou par substitution d'une partie – le créancier ou le débiteur – par une nouvelle partie -un nouveau créancier ou un nouveau débiteur.

A la différence d'une cession de dette, la novation par changement de débiteur peut s'opérer sans le concours du premier débiteur ; en revanche la substitution du créancier nécessite l'accord du débiteur.

La novation ne se présume pas, mais doit clairement résulter d'un acte. L'extinction de l'obligation initiale s'étend aux accessoires, dont les sûretés, sauf acceptation par les garants de report de leur garantie sur la nouvelle obligation.

Ne suffisent pas à caractériser une novation :

- *une modification du montant du contrat (Civ. 1 – 20 novembre 1967 ; 25 mai 1981 - 80-12494)*
- *une modification de modalités de paiement (substitution à un remboursement mensuel du créancier un remboursement de dettes du créancier à l'égard de tiers (Com. 8 décembre 200 - 0822.103) ; changement de la monnaie de paiement (Civ. 17 décembre 1928)) ;*
- *une modification de la charge de remboursement d'un emprunt (durée ou taux : Civ. 1 -2 décembre 1997 - 95-21315 ; réaménagement d'un ensemble de dettes : Civ. 1 - 20 mai 2003 - 01-00212)*
- *une transaction, sauf intention contraire des parties (Civ. 1 - 21 janvier 1997, 94-13.826 94-13.853)*
- *une simple reconnaissance de dette (Civ. 1 - 14 décembre 2004 - 01-15.734)*

La doctrine considère que la novation, en l'absence de changement du débiteur ou du créancier, requiert ***une modification de l'objet ou de la cause de l'obligation.*** *Le Code civil de 2016 ayant fait disparaître la notion de cause, on se rattachera à la notion nouvelle de « contenu du contrat » qui lui est substituée*. (paragraphes déplacés à G 423)

G 424 La délégation

La délégation est une opération par laquelle le débiteur d'une obligation obtient d'un délégué qu'il s'oblige envers le créancier. Si le créancier accepte expressément le nouveau débiteur, la délégation est dite parfaite ; sinon, elle est imparfaite, et le premier débiteur reste tenu solidairement. Elle n'était traitée par le code de 1804 que comme une variante de la novation, alors cependant qu'elle n'implique novation que si la délégation est parfaite.

Une simple indication de paiement – le créancier désigne une autre personne pour recevoir le paiement - ne constitue ni une novation ni une délégation. Il en est de même de l'indication par le débiteur d'une autre personne qui paiera à sa place (« payer » étant ici entendu au sens large : exécuter son obligation).

G 430 LES ACTIONS OUVERTES AU CREANCIER

Le débiteur qui n'exécute pas son obligation peut y être contraint par voie de justice, en général après un jugement, et dans le cadre des mesures ouvertes par le Code des procédures civiles d'exécution.

Le créancier peut aussi se substituer au débiteur pour exercer les droits de celui-ci vis-à-vis d'un tiers : c'est *l'action oblique*. Si, par exemple, C doit de l'argent à B, et que B doit de l'argent à A sans prendre

toutes les mesures nécessaires pour obtenir le remboursement de ce que lui doit C, A dispose de l'action oblique afin d'intervenir directement à l'encontre de C.

Les nouveaux articles du code civil limitent *l'action oblique* aux droits patrimoniaux, et à la condition que la carence du débiteur compromette les droits du créancier. Les droits patrimoniaux sont des droits qui s'attachent à une personne et qui ont une valeur pécuniaire : ils concernent son patrimoine, meubles ou immeubles, et s'opposent aux droits extrapatrimoniaux qui sont non pécuniaires (droit à la vie, au mariage, etc.). Selon la jurisprudence, non contredite par le nouveau code, il faut que la créance soit certaine, liquide et exigible. Le résultat de l'action oblique ne profite cependant pas directement au créancier agissant mais intègre le patrimoine du débiteur, sur lequel il viendra en concours avec les autres créanciers du débiteur.

Le créancier peut aussi mettre en œuvre *l'action paulienne* pour déclarer inopposables à son égard les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits. Ce peut être le cas d'actes (cessions d'actifs par exemple) passés en période suspecte, c'est-à-dire entre la date de cessation des paiements telle que le tribunal la fixe, et la date de l'ouverture d'une procédure collective qui peut être nettement postérieure. Cependant le tiers cocontractant doit avoir eu connaissance de la fraude, lorsqu'il s'agit d'un acte à titre onéreux, comme l'avait déterminé la jurisprudence.

L'action oblique et l'action paulienne n'étaient pas prévues par le code civil de 1804 même si, issues du droit romain, elles étaient reconnues par la jurisprudence.

L'action directe et l'action paulienne ne s'appliquent qu'à des demandes de paiement.

G 440 L'EXTINCTION DE L'OBLIGATION

L'extinction de l'obligation est la fin du contrat. Elle peut s'opérer par :

- le paiement
- la compensation, en présence d'obligations réciproques entre deux personnes
- la confusion, si le créancier et son débiteur viennent à fusionner
- la remise de dette
- l'impossibilité d'exécuter, qui résulte essentiellement d'une force majeure et prolongée

Pour le code civil de 1804, la prescription est également un mode d'extinction de l'obligation (art. 1234 ancien). Cette position, critiquée par la doctrine, n'a pas été retenue par le code de 2016 : dorénavant, l'obligation prescrite n'est pas éteinte mais la prescription éteint effectivement le droit d'action. Pour le créancier, la différence n'est pas substantielle.

G 441 Le paiement

G 441-1 Le paiement

Le paiement est l'exécution volontaire de l'obligation ; ce terme doit être pris dans le code civil et dans ce guide, dans son sens juridique : ce n'est pas nécessairement une somme d'argent ; c'est l'accomplissement de l'obligation. Le paiement occupe peu de place dans le code de 1804, tellement il allait de soi. Le code de 2016 est sensiblement plus développé.

Le paiement peut être fait par un tiers, non tenu de l'obligation, sauf motif légitime de le refuser (Cf. § G 424 - Indication de paiement). Il est valable s'il est fait à un créancier apparent et que le débiteur est de bonne foi (théorie de l'apparence – G 122 – Représentation). Il se prouve par tout moyen, conformément au régime général de la preuve.

Il est cependant souligné que la remise volontaire par le créancier au débiteur de l'original de son titre ne constitue qu'une présomption simple de libération (art.1342-9) ; cette disposition va à l'encontre du code de 1804 qui considérait qu'une telle remise prouvait la libération, constituant ainsi une présomption irréfragable.

Le paiement doit être fait au domicile du débiteur, à l'exception du paiement d'une somme d'argent qui doit être fait au domicile du créancier (modification du texte de 1804, qui ne tenait pas compte des virements, débits de carte bancaire, etc.). Cependant, il est souligné le caractère supplétif de cette disposition. On rappelle que le lieu du paiement est un élément de détermination de la compétence territoriale (article 46 CPC).

Le débiteur de plusieurs dettes peut choisir l'imputation de ses paiements ; à défaut d'indication, un paiement s'impute prioritairement sur les dettes que le débiteur a le plus intérêt d'acquitter (art. 1254 ancien et 1342-10 nouveau C.civ.). Un paiement partiel d'une somme d'argent s'impute prioritairement sur les intérêts, puis sur le principal de la dette qui porte l'intérêt le plus élevé.

G 441-2 Intérêts moratoires

Il convient de distinguer les intérêts de retard ou moratoires, qui sanctionnent un **retard** dans le paiement de la somme due, et les intérêts proprement dits qui sont la **rémunération** d'un prêt. Seuls les intérêts moratoires seront traités ici, les autres intérêts, presque tous liés à des opérations financières, l'étant dans le Titre J qui traite de ces opérations (cf. J 210).

La mise en demeure fait courir les intérêts au taux légal, sans que le créancier ait à démontrer un préjudice (art.1153-1 ancien et 1231-6 nouveau) ; elle doit être très explicite (sommation de payer, ou « interpellation suffisante », comportant par exemple la formule : « ceci est une mise en demeure » ; mais le simple rappel de l'obligation de payer n'est pas une mise en demeure). A défaut, l'assignation elle-même est une mise en demeure.

Le débiteur en retard et de mauvaise foi peut, en outre, être condamné à des dommages-intérêts compensatoires distincts des intérêts moratoires si le créancier établit qu'il a subi un préjudice distinct de ce retard (cf. G 250).

Les intérêts moratoires au taux légal, étant dus de plein droit, sont dus même si le créancier ne les a pas expressément réclamés dans la lettre de mise en demeure, dans son assignation ou par un chef spécial de ses conclusions (Cass.Com., 25 mai 1982, n° 80-10.108 et Cass.Soc., 28 janvier 2004, n° 01-46.447).

Si le montant de la somme demandée est simplement constatée par le juge (facture, loyer …), les intérêts moratoires au taux légal courent à partir de la mise en demeure (ou de l'assignation en l'absence de mise en demeure), pour autant que le jugement en dispose ainsi (cf. H 135).

Si le montant de la somme demandée doit être fixé par le juge (dommages-intérêts indemnisant un préjudice, …), les intérêts moratoires au taux légal courent du prononcé du jugement qui en arrête le montant, à moins que le juge ne fixe une autre date. La part des intérêts moratoires que le juge fixe pour une période antérieure au jugement constitue une réparation complémentaire faisant partie intégrante des dommages-intérêts accordés à titre principal (Cass.Civ.1, 16 mars 2006, Cass.Civ.1, 18 janvier 1984, n° 82-15.103). Il s'en déduit que, comme pour les dommages et intérêts principaux, il faut une demande pour obtenir ce report en arrière des intérêts sur une indemnité fixée par le juge.

En l'absence de demande ou de disposition du jugement, les intérêts moratoires courent à compter du prononcé du jugement. Le taux de l'intérêt légal est majoré de 5 points à l'expiration d'un délai de 2 mois à compter du jour où la décision est devenue exécutoire (L 313-3 CMF).

La complémentarité entre l'intérêt au taux légal et l'intérêt de l'article L441-6 du code de commerce est traitée au § H 135.

Il peut être contractuellement prévu que le seul défaut de paiement à date fait courir un intérêt conventionnel, ou l'intérêt légal.

G 441-3 La capitalisation des intérêts, ou anatocisme

L'anatocisme est la capitalisation des intérêts, c'est-à-dire leur addition à la somme due en capital, addition qui conduit à leur faire porter intérêt au même titre et au même taux que le capital initialement dû. Elle peut être prévue par convention ou être demandée en justice sur le fondement de l'article 1154 ancien ou 1343-2 nouveau du code civil, qui, pour protéger les débiteurs, notamment en période de forts taux d'intérêt, n'admet la capitalisation des intérêts que par année entière. La mesure, dès lors qu'elle est demandée en justice, est accordée pour les intérêts dus au moins pour une année entière à compter de la date de la demande

Le taux d'intérêt applicable (taux conventionnel, taux légal ou taux de l'article 441-6 du code de commerce) et le point de départ des intérêts ayant été fixés par le juge, il convient de fixer la date de la première capitalisation et des capitalisations ultérieures en respectant le principe de capitalisation par année entière :

- si la demande de capitalisation est faite moins d'un an après la date de départ des intérêts, la première capitalisation a lieu un an après la date de départ des intérêts ;
- si la demande de capitalisation est faite plus d'un an après la date de départ des intérêts, la première capitalisation a
- lieu à la date de cette demande.

La capitalisation des intérêts doit être demandée.

La date de la demande en justice, si la demande de capitalisation est formulée dans l'assignation, est la date de l'assignation.

Si la demande de capitalisation est formulée dans des conclusions ultèrieures, c'est la date de la première audience où la demande de capitalisation est soutenue qui constitue le point de départ de la capitalisation.

Cependant, si, en application du dispositif mis en place par le Décret n° 2010-1165 du 1er octobre 2010, les parties ont été autorisées à présenter leurs prétentions et moyens par écrit avec dispense de comparution (CPC, art. 446-1, al. 2.) ou si le juge (après avis des parties) arrête un calendrier de mise en état en prévoyant des échanges écrits entre les parties (CPC, art 446-2 al2) et quand bien même les parties n'auraient pas été dispensées de se présenter à l'audience, la date à prendre en compte sera celle de la communication de leurs écritures (CPC, art. 446-4.).

G 441-4 L'octroi de délais de paiement

Les articles 1244-1 ancien et 1343-5 nouveau confèrent au juge le pouvoir d'accorder au débiteur des délais, souvent appelés « délais de grâce », pour s'acquitter de sa dette, qui ne peuvent en aucun cas excéder 24 mois. Les parties ne peuvent contractuellement limiter ou interdire ce pouvoir du juge.

L'octroi de délais doit être motivé et tenir compte des possibilités de remboursement (faculté contributive) du débiteur. Ils peuvent consister :

- en un moratoire dans l'attente d'une rentrée de fonds attendue à une date prévue (par exemple, la vente d'un immeuble) ;
- en un échelonnement de la dette, donnant au débiteur la possibilité de s'en acquitter par des versements réguliers. Dans ce cas, il est prudent d'en accompagner l'octroi d'une clause de déchéance du terme pour le cas où le débiteur ne respecterait pas l'échéancier ; il est aussi possible de subordonner les délais à la délivrance d'une garantie.

En pratique, le juge doit s'abstenir d'accorder des délais dans les cas suivants :

- s'il est manifeste que le débiteur ne sera pas en mesure de faire face aux échéances ;
- si le débiteur ne justifie pas d'une situation financière ne lui permettant pas de faire face à une condamnation à paiement immédiat.
- tout délai de paiement est exclu en matière d'effets de commerce (lettre de change, billet à ordre) sauf cas de force majeure (art. L511-81 et L 512-3)

G 441-5 Le paiement avec subrogation (art. 1346 et sq.)

La subrogation est un mécanisme largement utilisé, notamment dans l'affacturage..

La subrogation peut être :

- *légale* : elle intervient de plein droit dès lors que le subrogeant, s'il y a un intérêt légitime, paye la dette et libère le débiteur subrogé.
- *conventionnelle*, lorsque le créancier déclare expressément qu'il subroge celui dont il a reçu le paiement dans les droits du débiteur. Cet accord peut être donné par anticipation, comme c'est le cas dans l'affacturage.

Ces deux régimes sont en réalité très proches, et le régime de la subrogation conventionnelle a été maintenu à la demande des établissements de crédit.

La subrogation transmet au subrogé (cautionnement, par exemple), dans la limite de ce qu'il a payé, la créance et ses accessoires, à l'exception des droits exclusivement attachés à la personne du créancier. On rappelle que les remises de dette consentis dans une procédure de redressement judiciaire ne sont pas considérées comme inhérentes à la dette, et la caution n'en bénéficie pas, contrairement aux remises de dette dans un plan de sauvegarde (voir § N 117).

S'il y a eu subrogation de créancier (affacturage par exemple), le débiteur peut opposer au créancier subrogé les exceptions inhérentes à la dette (nullité, inexécution, compensation de dettes connexes, etc.).

G 442 La compensation

La compensation est une opération par laquelle une créance et une dette s'annulent mutuellement à concurrence de la somme la plus faible, de sorte que, si elles ne sont pas d'un montant égal, seul le solde en devient exigible. Elle opère toujours à la date où ses conditions sont réunies. Il en résulte donc un paiement complet de la dette la plus faible, et un paiement partiel de l'autre.

Elle intervenait dans le code de 1804 *« de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs »* ; en conséquence, un créancier d'une société bénéficiant d'une procédure collective et qui était débiteur de cette société pouvait, si les conditions de la compensation étaient réunies, opposer sa créance

même s'il ne l'avait pas déclarée : la compensation était intervenue à la date où ses conditions étaient réunies, même en l'absence de déclaration de créance.

En conformité avec la jurisprudence (Cass. Com. 3 mai 2011- n°10-16758), contraire au texte de 1804, *la compensation doit être demandée*, et la créance doit être déclarée à la procédure collective le cas échéant.

La compensation intervient sans autre condition entre dettes fongibles (généralement des sommes d'argent), mais aussi choses de genre (farine, matériaux non transformés), certaines, liquides et exigibles.

Si l'une des obligations n'est pas liquide et exigible, le juge peut néanmoins ordonner la compensation, dans le cadre de demandes reconventionnelles, dans les conditions suivantes :

- Il ne peut refuser la compensation de dettes connexes, au seul motif que l'une d'entre elles ne serait pas liquide ou exigible ; il ne se prononce que sur la connexité. La connexité s'entend de dettes issues d'un même rapport de droit (par exemple un paiement de contrat, et une demande de dommages et intérêts en relation avec l'inexécution de ce contrat) ; elle s'étend à des obligations nées d'une même chaîne de contrats. Si le juge fait droit à la demande, la compensation est réputée s'être produite au jour de l'exigibilité de la première d'entre elles.
- Le juge peut ordonner la compensation entre dettes non connexes. Il faut que les dettes soient certaines, et c'est lui qui prononce l'exigibilité de la ou des dettes, qui ne le sont pas encore. La compensation intervient en principe à la date du jugement.

En application de l'article 70 du code de procédure civile, une demande reconventionnelle de compensation est généralement recevable, même si elle est sans lien avec la demande principale, dès lors qu'elle concerne la même partie. Cependant le juge peut la disjoindre si elle risque de retarder à l'excès le jugement sur le tout.

G 443 Autres modes d'extinction de l'obligation

G 443-1 La confusion

La confusion intervient lorsque deux créances mutuelles se retrouvent dans la même main, par exemple à la suite d'une succession, ou d'une fusion de sociétés qui étaient mutuellement créancières l'une envers l'autre. Elle éteint les créances et leurs accessoires.

G 443-2 La remise de dette

La remise de dette est un contrat par lequel le créancier libère le débiteur de son obligation.

Contrairement à l'article 1285 du code civil de 1804 qui prévoit que la remise de dette à un débiteur libère les autres, la remise de dette consentie à un codébiteur solidaire ne libère les autres qu'à concurrence de sa part (art. 1350-1 nouveau).

G 443-3 L'impossibilité d'exécuter

L'impossibilité d'exécuter résulte notamment de la force majeure. Elle peut aussi résulter de la disparition de la chose due si le débiteur prouve que la perte se serait pareillement produite si l'obligation avait été exécutée. Elle libère le débiteur, sauf convention contraire (cf. G 181).

G 450 LA PRESCRIPTION ET LES DELAIS PREFIX

La prescription peut être :

- extinctive ; elle permet de libérer un débiteur de son obligation si le créancier qui invoque l'exécution de cette obligation a laissé passer un délai pour faire valoir son droit ;
- acquisitive ; elle permet d'acquérir un droit, après l'écoulement d'un certain délai durant lequel on a exercé de fait ce droit ; applicable pour l'essentiel à la possession ou à la propriété de droits réels, elle n'est mentionnée ici que pour mémoire, étant peu rencontrée en matière commerciale.

La prescription ne peut pas être relevée d'office par le juge ; elle doit être opposée par celui qui entend s'en prévaloir (art. 2247 C.civ.).

Les règles de prescription ont été entièrement réformées par la loi du 17 juin 2008 (entrée en vigueur le 18 juin 2008), codifiée aux articles 2219 à 2279 du code civil. La prescription est désormais de cinq ans en matière d'action personnelle ou mobilière courant à compter du jour de la connaissance des faits par celui qui

entend exercer son droit. Le précédent délai de droit commun de trente ans en matière civile ne perdure que pour les actions en revendication de droits immobiliers.

Ce délai de cinq ans s'applique dorénavant aux obligations des commerçants envers les non commerçants (art L 110-4), en remplacement du précédent délai qui était de 10 ans. Mais les obligations des consommateurs envers les commerçants se prescrivent en deux ans (L218-2 C. cons.).

En matière commerciale, des prescriptions plus courtes trouvent à s'appliquer, qui sont examinées à propos des matières particulières auxquelles elles se rapportent (transports (L133-6), lettres de change, droit des sociétés, droit maritime, assurances, communications électroniques, construction,etc.).

Les titres exécutoires, et notamment les jugements, se prescrivent par dix ans (L111-4 Code des procédures civiles d'exécution).

Le point de départ du délai de prescription est fixé au jour où le titulaire d'un droit est en mesure de connaître les faits permettant son exercice et non plus à la survenance d'un évènement.

La prescription extinctive peut être interrompue (effacement de la prescription acquise, et départ d'un nouveau délai identique au délai initial) ou suspendue (prolongation du délai de prescription égale à la durée de la suspension). Une action en justice interrompt la prescription ; une médiation ou conciliation la suspend. L'article 2232 C.civ. institue un délai butoir fixé à vingt ans pour la prescription extinctive qui court à compter du fait générateur du droit et s'applique aux causes de suspension ou d'interruption de prescription.

En outre, la loi permet désormais un aménagement conventionnel des délais de prescription permettant soit de réduire les délais légaux jusqu'à un an soit de les allonger, dans une limite fixée à dix ans. (art.2254 C.civ.). La loi consacre également la faculté des parties, et sous les mêmes exceptions, d'aménager les causes de suspension ou d'interruption de la prescription.

Les articles 2238 et 2239 C.civ. consacrent la médiation, la conciliation et les mesures d'instructions ordonnées par le juge comme causes suspensives de la prescription. Ces deux articles fixent à un minimum de six mois la durée de suspension de la prescription à l'issue de la médiation ou de la conciliation ou de la réalisation de la mesure d'instruction, en vue de laisser aux parties un temps suffisant pour engager les actions qu'elles pourraient décider d'entreprendre.

Enfin, l'article 2222 fixe les règles de droit transitoire entre l'ancien et le nouveau régime de la prescription : la durée totale de la prescription ne peut excéder la durée prévue par la loi antérieure.

Il ne faut pas confondre délais de prescription et délais préfix. Les délais préfix sont des délais accordés pour accomplir un acte, dont l'expiration est sanctionnée par la forclusion ; ils doivent être relevés d'office, et ne peuvent être ni interrompus ni suspendus (voir A 324).

G 460 LES RESTITUTIONS

Lorsqu'une obligation a connu un début d'exécution, alors qu'elle s'avère nulle, caduque, interrompue par la force majeure ou la résolution, les parties se doivent des indemnités réciproques pour les sommes qu'elles se sont échangées et les services qu'elles se sont éventuellement rendus. Ces indemnités sont appelées restitutions.

Le code civil de 1804 n'établissait pas de régime général des restitutions, mais ne les évoquaient que dans certains cas particuliers (article 1378 ancien pour la répétition de l'indu ; articles 1644 et 1645 anciens concernant l'indemnisation du vice caché affectant une vente). Les dispositions de 2016 (art. 1352 et sq.) s'inspirent de ces dispositions et de la jurisprudence, sans la contredire.

Si elle est possible, la restitution en nature est privilégiée (voir G 185 Exécution forcée en nature). Cependant, le juge fera droit à une restitution en valeur si c'est ce qui lui est demandé, et non une restitution en nature.

En principe, celui qui a gardé la chose à restituer est tenu de réparer, en nature ou en valeur, les dégradations et détériorations. Une exception est ouverte exclusivement au gardien de bonne foi qui est en mesure de démontrer que les dégradations ne sont pas de son fait, étant rappelé qu'il se doit de garder la chose comme le ferait « une personne raisonnable ».

La restitution inclut les fruits et la valeur de la jouissance que la chose a procurés ; mais les frais de conservation de la chose peuvent être déduits (pour un crédit-bail ou une location, on estime généralement la valeur de la jouissance au montant des loyers). Les fruits et la valeur de la jouissance sont estimés à la date de la restitution en cas de mauvaise foi, et à la date de la demande de restitution en cas de bonne foi.

On rappelle que la solution de l'action rédhibitoire en présence d'un vice caché est différente : le vendeur n'est pas fondé à obtenir une indemnisation pour utilisation ou usure de la chose vendue (Cass.civ. 1,

21 mars 2006,n°03-16.075 ; 21 mars 2006,n°03-16.307 ;Cass.Com, 22 mai 2012, n°11-13.086). Cette disposition, « spéciale » en présence d'un vice caché n'est pas modifiée par la disposition générale du nouvel article 1352-3.

CHAPITRE 5

G 500 LA PREUVE DES OBLIGATIONS

Le droit substantiel de la preuve (les principes) a été complètement réécrit dans le cadre des articles 1353 à 1386-1 du nouveau code civil. Le droit processuel de la preuve (comment l'administrer dans un procès) est développé aux articles 132 à 322 du code de procédure civile, et présenté au chapitre D 010 de ce guide.

Le principe fondamental du droit de la preuve (repris à l'article 9 du code de procédure civile) figure dorénavant – en termes identiques à l'ancien article 1315 du code civil- à son article 1353 : *« Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation ».*

La preuve, en toute matière, et pas seulement en matière commerciale, peut être apportée par tout moyen, hors les cas où la loi en dispose autrement (art.1358).

Le nouvel article 1359 du code civil prévoit qu'un écrit est obligatoire pour prouver tout acte juridique portant sur une somme d'argent si la somme est supérieure à 1 500 € (art 1359 - décret à intervenir pour confirmer la somme). Cet article, selon le rapport au Président de la République, « s'inspire de l'actuel article 1341 (qui prévoit que cette disposition est « sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce ») et est conforme au droit positif ». Il y a lieu donc, conformément à l'article 1105 al.3, « les règles générales s'appliquent sous réserve des règles particulières », de considérer que s'appliquent les dispositions de l'article L 110-3 du code de commerce : « à l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens ». En revanche, la preuve à l'égard des non commerçants est régie par l'article 1359.

La formation, et pas seulement la preuve – de certains contrats commerciaux exige un écrit (cession de contrat, de créance ou de dette, gage civil ou commercial, statut de société, etc.).

Les contrats peuvent comporter des dispositions précisant les modalités de preuve (« contrats sur la preuve »). De telles dispositions existent par exemple dans les contrats de fourniture d'eau, gaz ou électricité, ou de services de télécommunications qui prévoient que les enregistrements de consommation par le fournisseur font preuve ; les contrats de services bancaires comportent aussi fréquemment des dispositions concernant les modalités de preuve (fixation de l'intérêt d'un compte courant, etc.). Ces dispositions sont licites, sauf si elles stipulent une présomption irréfragable : l'autre partie doit toujours pouvoir apporter la preuve contraire.

Il peut notamment être suppléé à l'écrit par un commencement de preuve par écrit (c'est-à-dire un écrit rendant vraisemblable ce qui est allégué) corroboré par un autre moyen de preuve (un témoignage, un début d'exécution, etc.).

L'écrit électronique a la même force probante que l'écrit sur support papier, si son « émetteur » est identifié et s'il a été conservé dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité. En matière commerciale, la preuve par écrit électronique est assez facilement admise ; à défaut de preuve, c'est très souvent un début de preuve.

L'acte d'avocat – lorsqu'un acte authentique n'est pas exigé – a la même force probante qu'un acte authentique (acte contresigné par les avocats de chacune des parties ou par l'avocat de toutes les parties). Il ne peut être contredit que par la procédure de faux prévue par le code de procédure civile. Il est dispensé de toute mention manuscrite exigée par la loi, en matière de cautionnement par exemple.

En matière commerciale, la comptabilité régulièrement tenue peut être admise pour faire preuve. Si elle a été irrégulièrement tenue, elle ne peut être invoquée par son auteur à son profit (article L123-3 du code de commerce). C'est à l'autre partie de prouver que la comptabilité a été irrégulièrement tenue, sachant qu'elle peut apporter un commencement de preuve en opposant sa propre comptabilité.

La valeur probante des déclarations faites par un tiers dans les conditions du code de procédure civile est laissée à l'appréciation du juge. Une attestation ou un témoignage qui ne répond pas à toutes les exigences de l'article 202 du code de procédure civile – par exemple si l'attestation émane d'un subordonné ou d'un parent, ou si elle n'est pas intégralement manuscrite et accompagnée d'une pièce d'identité – n'est pas nulle, et peut constituer un début de preuve.

G 600 Annexe 1

Dispositions d'ordre public ou sanctionnables par la nullité

Disposition qualifiée « d'ordre public »

Art. 1104.-Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.

Dispositions pour lesquelles « toute clause contraire est réputée non écrite »

1. « Art. 1112-1 : Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure le devoir d'information (la formulation est équivalente à « non écrit »)
2. « Art. 1170 : Clause privant de sa substance l'obligation essentielle du débiteur (inspiré de « Chronopost »)
3. « Art. 1171 : Clause créant un déséquilibre significatif dans un contrat d'adhésion
4. « Art. 1231-5 (2ème et 3ème alinéas) : Pouvoir du juge de modérer, même d'office, la clause pénale
5. « Art. 1245-14 : Limitation ou exonération de la responsabilité du fait des produits défectueux
6. « Art. 1343-5 : Pouvoir du juge d'octroyer des délais de paiement

Motifs de nullité relative (ne peut être demandée que par la partie que la loi entend protéger)

1. « Art. 1123 : Violation consciente d'un pacte de préférence
2. « Art. 1131 : Vices du consentement dont :

« Art. 1132 : Erreur de droit ou de fait, à moins qu'elle ne soit inexcusable, portant sur les qualités essentielles de la prestation

« Art. 1139 : Erreur résultant d'un dol

« Art. 1142 et 1143 : Violence exercée par une partie ou par un tiers. L'abus de l'état de dépendance pour obtenir un engagement, ou un avantage manifestement excessif, est une violence

3. « Art. 1147 : Incapacité de contracter - S'applique aux actes accomplis par une personne morale s'ils ne sont pas utiles à la réalisation de son objet tel que défini par ses statuts
4. « Art. 1149 à 1151 : Incapacité d'un contractant mineur
5. « Art. 1156 et 1157 : Acte accompli par un représentant dépourvu de pouvoir
6. « Art. 1216 : Cession de contrat non constatée par écrit
7. « Art. 1304-2 : Condition potestative
8. « Art. 1322 : Cession de créance non constatée par écrit

G 700 Annexe 2 –

Correspondance entre les articles nouveaux du code civil et la jurisprudence

Consécration du principe de liberté contractuelle	Article 1102	Cons. const., 13 juin 2013, 2013-672 DC
Consécration du principe de la force obligatoire du contrat	Article 1103	Cons. Const. 10 juin 1998, 98-401 DC
Sanction de la rupture abusive des pourparlers	Article 1112	Arrêt dit Manoukian, Cass. Com. 26 nov.2003, n°00- 10.243
Devoir d'information à la charge des parties au cours des négociations	Article 1112-1	Généralisation de la jurisprudence de la Cour de cassation 21 fév. 1995 n°92-18394)
Obligation de maintien de l'offre durant le délai déterminé ou à défaut de délai fixé durant un délai et sanction de la révocation de l'offre	Article 1116	Cass. Civ. 3 , 7 mai 2008, n°07-11.690 (délai prévu) ; Cass. Civ. 3 , 20 mai 2009, n°08- 13.230 (délai raisonnable)
Caducité de l'offre au décès de son auteur	Article 1117	Cass. Civ 1 – 25 juin 2014 – « l'offre non assortie d'un délai est caduque au décès de son auteur » ; (a contrario, l'offre assortie d'un délai n'était caduque qu'à l'expiration de ce délai, même si l'auteur est décédé).
Acceptation des conditions générales	Article 1119	Cass. Com. 11 juin 1996, n°93-15.376
Conflit de conditions générales	Article 1119	Cass.Civ. 1. 28 mars 1995, n°93-14046
Principe selon lequel le silence ne vaut pas acceptation	Article 1120	Cass. Civ. 25 mai 1870 Grands arrêts n°147
Date et lieu de formation du contrat	Article 1121 al.	Inversion de Cass. Com 7 janvier 1981 – n°79-13499
Sanction de la violation du pacte de préférence	Article 1123 al 2	Cass.Ch. mixte 26 mai 2006, n°03-19.376
Effets de la révocation de la promesse unilatérale pendant le délai laissé au bénéficiaire pour opter	Article 1124 al 2	Contraire à la jurisprudence Cass.Civ. 3 déc. 1993, n° 91-10.199, Cass.Civ.3 , 11 mai 2011, n°10-12.875
Erreur sur les qualités essentielles de la prestation	Article 1133	Cass., Civ. 1 , 22 fév. 1978, n° 76-11551 (erreur sur sa propre prestation) Cass., Civ. 1 , 24 mars 1987, n° 85-15736 (acceptation d'un aléa)
Erreur sur les motifs	Article 1135	Cass. Civ. 3 août 1942, Cass.Civ. 1, 13 fév. 2001, n° 98- 15.092
Erreur sur la valeur	Article 1136	Cass.Civ.3, 31 mars 2005, n°03-20096
Définition du dol et consécration de la réticence dolosive	Article 1137	Cass.Civ. 3- 15 janvier 1971, n° 69-12180
Dol émanant d'un tiers	Article 1138	Cass.Com. 13 juin 1995, n°93- 17.409 (dol du représentant ; Cass.Civ. 1 1960 7 juil. 1960 (dol du gérant d'affaires) ; Cass.Com. 27 fév. 1996, n°94- 11.241 (dol du porte-fort)

Le dol rend toujours excusable l'erreur provoquée	Article 1139	Cass.Civ 3ème , 21 février 2001, n°98-20.817 (erreur résultant d'un dol : excusable) Cass.Com. 17 juin 2008, n°07- 15.398 (erreur provoquée sur la valeur)
Menace d'une voie de droit	Article 1141	Cass.Civ. 17 janvier 1984, n°82-15753
Introduction du vice de violence caractérisé par l'abus par un contractant de l'état de dépendance de l'autre pour obtenir un avantage manifestement excessif	Article 1143	Cass.Civ. 1, 30 mai 2000, n°98-15.242 Cass.Civ. 1, 3 avril 2002, n° 00-12.932, Cass.Civ. 1, 4 févr. 2015, n° 14-10.920
Capacité des personnes morales limitée aux actes utiles à leur objet	Article 1145	Contredit Cass. Com. 18 mai 2010, 09-14.85, qui excluait la nullité
Sanction du dépassement de pouvoir : Inopposabilité de l'acte au représenté	Article 1156	Cass.Ass. plén., 13 déc. 1962, n° 57-11569 ; Cass. Ass. plén., 28 mai 1982, n°79-13660 ;
Sanction du détournement de pouvoir : nullité relative de l'acte	Article 1157	Cass.Civ 3, 29 nov. 1972, n°71-12.554
Détermination unilatérale du prix dans les contrats cadre et sanction de l'abus dans la fixation du prix	Article 1164	Cass.Ass. Plén. 1 décembre 1995, n° 91-15.178, n° 91-15.999, n°91- 19.653, n° 91-13.688
Sanction de l'abus dans la fixation du prix dans les contrats de prestation de service	Article 1165	Cass. Civ 1, 20 février 1996, n° 94-14074 ; Cass. Com. 29 janvier 1991 n° 89-16446
Disparition et substitution d'indice	Article 1167	Cass.Civ 3ème, 12 janvier 2005 n° 03-17260
Clause privant de sa substance l'obligation essentielle	Article 1170	Cass.Com. 22 octobre 1996, n° 93-18632 (« Chronopost), Cass.Com. 29 juin 2010, n° 09- 11841 (« Faurecia 2 »)
Nullité partielle	Article 1171	Ex. : Cass. Civ. 3, 13 février 1969 ; Cass. Civ. 3, 6 juin 1972, n° 71- 11279 ; Cass.Civ. 1 , 17 oct. 2007, n° 05-14818
Définition de la caducité	Article 1186	Sur le prononcé de cette sanction, (ex. : Cass.Civ. 1 , 30 oct. 2008, n°07-17.646), et sur les ensembles contractuels, (ex. : Cass. Civ.1 , 4 avr. 2006, n° 02- 18.277 ; Cass.Com., 5 juin 2007, n° 04-20.380)
Prohibition de la dénaturation des actes	Article 1192	Cass.Civ., 15 avril 1872 (Bull. n°72)
Introduction de l'imprévision en droit civil	Article 1195	Article contraire à la jurisprudence (arrêt dit « Canal de Craponne » (Cass.Civ. 6 mars 1876. Bull n°25 ; Cass.Civ. 3 , 18 mars 2009, n°07-21.260) ; mais acceptée par Cass. Com., 29 juin 2010, n°09-67.36929
Résolution du conflit entre acquéreurs successifs d'un bien meuble corporel ou d'un immeuble	Article 1198	Pour un immeuble, contraire à Cass.Civ. 3, 12 janvier 2011, n°10-10.667
Articulation entre la révocation par le stipulant et l'acceptation par le bénéficiaire de la stipulation	Article 1206	Cass.Civ. 1ère, 24 juin 1969;Ass. plén. 12 déc. 1986 ; Cass.Civ. 1 19 décembre 2000, n° 98- 14105
Conditions et effets de la révocation par le stipulant	Article 1207	Req. 22 juin 1859. Req. 27 février 1884
Modalités de l'acceptation par le bénéficiaire	Article 1208	Cass.Civ. 26 mars 1884 ; Req. 19 janvier 1932
Droit d'action du stipulant à l'encontre du promettant pour poursuivre l'exécution de la stipulation	Article 1209	Cass.Com. 14 mai 1979, n° 15865 ; Cass.Civ. 1, 14 déc. 1999, n° 97-20040
Prohibition des engagements	Article 1210	Cass.Civ. 1, 5 mars 1968 ; Cons.

perpétuels assimilés aux contrats à durée indéterminée quant à leur durée		const., 9 novembre 1999, 1999-419 DC
Contrat à durée indéterminée	Article 1211	Cons. const., 9 novembre 1999, 1999-419 DC
Modalités et effets de la prorogation du contrat	Article 1213	Cass.Civ 1, 1 décembre 1993, n° 91-19973
Définition et effets de la tacite reconduction	Article 1215	Cass.Civ. 26 nov. 1929
Définition et effets de la force majeure en matière contractuelle	Article 1218	Cass.Ass. Plén. 14 avril 2006, n° 02-11168
Conditions d'opposition de l'exception d'inexécution	Article 1219	Cass.Com. 31 mai 1983, n° 82- 10457
Principe de l'exécution forcée en nature en cas d'inexécution et exceptions	Article 1221	Cass.Civ. 3 - 19 février 1970, n°68-13.866 Cass.Civ 1' 16 janvier 2007, n° 06-13983 Ne connaît pas la limitation si disproportion, introduite par le nouveau texte
Exécution en nature par le créancier lui-même	Article 1222	Cass.Civ. 3ème, 11 janvier 2006, n°04-20142
Résolution unilatérale du contrat par notification du créancier au débiteur	Article 1226	Cass.Civ. 1ère, 13 octobre 1998, n°96-21485 ; Cass.Civ. 28 octobre 2003, n° 01- 03662
Effet de la ratification de la gestion par le maître de l'affaire	Article 1301-4	Cass.Civ. 2 févr. 1857 ; Cass.Civ. 1re, 22 déc. 1981, no 80-15.451
La gestion d'affaire commune en cas d'intérêt du gérant	Article 1301-4	Cass.Com. 16 novembre 1976, pourvoi n° 74-13681 ; Cass.civ.1- 4 avril 2001 n° 10-24512
2ème cas de l'indu subjectif	Article 1302-2	Cass.Civ. 27 nov. 1912 ; Cass.Civ. 1 31 oct. 1989, n°88-16160 ; Cass.Civ. 1 1995, n°93- 17487 ; Cass.Civ. 1 ère, 4 avril 2001, n°98-13285
Modalités de restitution	Article 1302-3	Cass.Civ.1 , 5 juill. 1989, n° 88-12053
Enrichissement injustifié	Articles 1303 à 1303-4	Ch. Req. 18 mars 1857 ; ch. req. 15 juin 1892
Principe général	Article 1303	Cass.Civ 1, 19 janv. 1953
Cas d'enrichissement injustifié	Article 1303-1	Cass.Civ. 3, 28 mai 1986, n°85-10367 ;19 janvier 1988, n°85-17618
Exclusion de l'indemnisation de l'enrichissement injustifié en cas de recherche d'un profit personnel ou d'une faute de l'appauvri	Article 1303-2	Cass.Civ 1, 19 octobre 1976, n° 75-12419 ; Cass.Civ.3' 26 février 1992, n°90-18042
Principe de subsidiarité de l'enrichissement injustifié	Article 1303-3	Cass.Civ. 3' 29 avril 1971, n°70-10415
Modalités de calcul de l'indemnité	Article 1303-4	Contraire à la jurisprudence Cass. Civ. 3 ;18 mai 1982, n°80- 10299
Liberté de renonciation au bénéfice de la condition	Article 1304-4	Cass.Civ. 3, 22 mai 1970, n°69-10970
Fixation du terme suspensif	Article 1305-1	Cass.Civ. 1' 19 janvier 1983, n°81-15105
Inopposabilité de la déchéance du terme aux coobligés du débiteur principal	Article 1305-5	Req. 1890 ;Cass.Civ. 1 20 déc. 1976, n°75-12439
Libération du débiteur d'une somme d'argent : nominalisme monétaire et dette de valeur	Article 1343	Req. 25 février 1929
Choix de la devise du paiement	Article 1343-3	Cass.Civ 1' 13 mai 1985 n°83-16923 , Cass.Civ 1' 6 juillet 1987, n°85- 17290
Compensation des dettes connexes	Article 1348-1	Cass.Civ 3' 30 mars 1989, n° 87- 12.470

Définition et effets de la confusion	Article 1349	Req. 4 février 1901
Détermination du montant de la restitution en valeur (fruits et jouissance de la chose)	Article 1352-3	Contraire à la jurisprudence sur la restitution de la jouissance (Cass.Chb mixte 9 juil.2004, n°02- 16.302)
Sort des sûretés	Article 1352-9	Ex. : Cass.Com. 17 nov. 1982, n°81-10.757
Validité de principe des contrats sur la preuve, et exceptions	Article 1356	Cass.Civ. 1, novembre 1989, n° 86-16197,
Principe d'interdiction de se constituer une preuve à soi-même	Article 1363	Jurisprudence constante Exemples Cass.Com. 9 nov. 1993 ;Cass.Civ.1 23 juin 1998, n°96-11.486.

G 800 Annexe 3 –

Nouveaux articles différents d'anciens articles, sans consécration par la jurisprudence

Ancien article	Nouvel article	Observation
Art. 1116. 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. Il ne se présume pas et doit être prouvé	Art. 1137. Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges.	Il n'est plus requis « l'évidence » que sans manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contractée. Le dol peut être établi par des présomptions (faisceau d'indices par exemple).
Pas de texte prévoyant la nullité des actes pris en violation des statuts (sauf la modification des statuts elle-même – cf. L235-1 du code de commerce)	Art. 1145 La capacité des personnes morales est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires, dans le respect des règles applicables à chacune d'entre elles.	Dorénavant les actes ne rentrant pas dans les prévisions des statuts (par exemple activité ne rentrant pas dans le périmètre de l'objet social) pourront être annulés.
Pas d'équivalent	Art. 1171 Sanction des clauses créant un déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion (« clauses abusives »	Les consommateurs sont protégés contre les clauses abusives par l'article L212-1 du code de la consommation. L'article L442-6 protège, dans certaines conditions, un partenaire commercial contre les clauses créant un déséquilibre significatif. Il s'applique à tous contrats, même s'ils ont été négociés.
Pas d'équivalent ; seule solution : dommages et intérêts, avec ou sans résolution/résiliation du contrat	Art. 1223. Le créancier peut, après mise en demeure, accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix.	
Art. 1285 La remise ou décharge conventionnelle au profit de l'un des codébiteurs solidaires, libère tous les autres, à moins que le créancier n'ait expressément réservé ses droits contre ces derniers. Dans ce dernier cas, il ne peut plus répéter la dette que déduction faite de la part de celui auquel il a fait la remise.	Art. 1350-1.La remise de dette consentie à l'un des codébiteurs solidaires libère les autres à concurrence de sa part.	Rapport au Président de la République : l'article 1350-1 prend le contrepied de l'actuel article 1285, en supposant, de façon plus réaliste, que le créancier n'entend pas faire bénéficier tous les codébiteurs solidaires de la remise de dette consentie à l'un d'eux.
Art. 1690. Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. Néanmoins, le cessionnaire peut être également saisi par	Art. 1324. La cession n'est opposable au débiteur, s'il n'y a déjà consenti, que si elle lui a été notifiée ou s'il en a pris acte.	Pour être opposable aux tiers, il suffit de notifier (art. 667 code de procédure civile : LRAR ou remise contre émargement) une cession de créance ; la signification par huissier n'est plus requise

l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique.		
Art. 1341 Il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant une somme ou une valeur fixée par décret, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre. Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce. Article L110-3 du code de commerce : A l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi.	Art. 1359.-L'acte juridique (définition à l'article 1111-1) portant sur une somme ou une valeur excédant un montant fixé par décret doit être prouvé par écrit sous signature privée ou authentique (…). Art. 1360.-Les règles prévues à l'article précédent reçoivent exception (…) s'il est d'usage de ne pas établir un écrit (…). Art. 1361.Il peut être suppléé à l'écrit par (…) un commencement de preuve par écrit corroboré par un autre moyen de preuve. Art. 1362. Peuvent être considérés par le juge comme équivalant à un commencement de preuve par écrit (…) le refus de répondre d'une partie ou son absence à la comparution.	Un commerçant souhaitant se prévaloir de l'article 1360 nouveau doit prouver l'usage. Cet usage existe pour de nombreuses activités commerciales. L'article L110-3 n'est pas suffisant à lui seul, dès lors que l'article 1359 nouveau vient le contredire, et que le 2ème alinéa de l'article 1341 ancien a disparu.

Titre H

REGLEMENTATION DU COMMERCE et de la CONCURRENCE

CHAPITRE 1

H 100 REGLEMENTATION DU COMMERCE

H 110 GENERALITES

H 111 Contrats commerciaux

Les contrats commerciaux sont des actes de commerce, définis aux articles L110-1 et L 110-2 du code de commerce (cf. C220), passés entre commerçants pour l'exercice de leur activité.

Ces actes de commerce le sont :

- par nature (l'achat en vue de la revente))
- par la forme (la lettre de change ; le contrat entre deux sociétés qualifiées de commerciales (SA, SARL, SAS, etc.). Par exemple, l'exercice de la profession d'expert-comptable à titre personnel est une activité civile, mais elle est commerciale si elle s'exerce à travers une société commerciale.
- par accessoire (actes accomplis par des commerçants pour les besoins de leur commerce ; par exemple, cautionnement bancaire).

Les contrats commerciaux dérogent au régime des actes civils pour certaines règles de fond et de procédure (cependant, ces dérogations ne s'appliquent qu'envers les commerçants ayant accompli un acte pour les besoins de leur commerce. En présence d'un acte mixte, le régime des actes civils demeure applicable aux parties non-commerçantes et aux commerçants accomplissant des actes pour des besoins personnels).

Ces dérogations, qui concernaient essentiellement quatre domaines (régime de la preuve, compétence territoriale, recours à l'arbitrage, durée de la prescription) sont de moins en moins nombreuses au fil des réformes.

En matière de *preuve*, elle peut dorénavant être apportée par tout moyen, sauf si la loi en dispose autrement, tant en matière commerciale qu'en matière non commerciale (article 1358 nouveau du code civil, et L110-3 du code de commerce) ; il n'y a donc plus de spécificité commerciale. Certains contrats commerciaux doivent nécessairement être écrits (statuts des sociétés commerciales, gage, cautionnement au bénéfice d'un créancier professionnel, etc.).

Les contrats commerciaux peuvent déroger aux *règles de compétence territoriale* (article 48 du code de procédure civile).

Ils peuvent comporter une *clause compromissoire* attribuant la solution des litiges à un arbitre. Pendant longtemps, le recours à l'arbitrage a été réservé aux litiges commerciaux ; ce n'est plus le cas depuis la loi n°2011-525 du 17 mai 2011 qui a très largement généralisé l'accès à l'arbitrage (art. 2059 et 2060 C.civ. nouveaux). Cependant les procédures collectives pour lesquelles le tribunal de commerce dispose d'une compétence exclusive (article R. 662-3) ne sont pas arbitrables. Il est généralement considéré qu'il en est de même des actions en nullité des sociétés, dès lors qu'elles sont susceptibles d'impacter des tiers.

Enfin, pendant longtemps, *la prescription* était plus courte en matière commerciale qu'en matière civile. La loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 a aligné la plupart des prescriptions sur la durée de cinq ans en toute matière civile (sauf droit des personnes, et actions réelles immobilières). Le droit commercial ne fait donc plus exception, sauf pour quelques litiges particuliers (transport, etc.) qui bénéficient de prescriptions plus courtes.

Les contrats commerciaux sont souvent des « contrats spéciaux » relevant de dispositions particulières du code civil (vente, louage, société, prêt, etc. ; cf. H 300 et sq) ou font l'objet de dispositions particulières (assurance, crédit, transport, etc.cf. Titre I)). Mais certains nés de la pratique ne sont régis que par les dispositions générales du code civil.

De nombreux contrats commerciaux sont des **contrats d'adhésion,** dont les conditions

générales ne sont pas négociées par le co-contractant (cf. G 120 et G 122 « le contenu du contrat »).

Parfois rédigés hâtivement et se référant implicitement à un contexte préexistant entre les deux parties, les contrats commerciaux sont souvent succincts ; leurs lacunes doivent être suppléées par les dispositions générales du code civil (G 100). Leur interprétation est gouvernée par la commune intention des parties et par les usages (G 130). Dans un contrat d'adhésion, en cas de doute, la convention doit s'interpréter contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a adhéré (art. 1162. ancien et 1190 nouveau C. civ).

H 112 Contrats administratifs

Certains contrats font intervenir l'administration ou des personnes morales de droit public. La question de savoir si ces contrats sont ou non de nature administrative est essentielle dans la mesure où elle permet de déterminer le tribunal compétent : tribunal administratif ou tribunaux de l'ordre judiciaire.

C'est souvent la loi qui attribue la qualification de contrat administratif. Ainsi :

• sont administratifs les marchés de travaux publics et tous ceux passés en application du code des marchés publics, la vente des immeubles de l'État, les contrats emportant occupation du domaine public ;

• depuis la loi du 2 juillet 1990, les relations de la Poste avec les usagers sont régies par le droit commun ; il en est de même des contrats passés avec les sociétés d'autoroute, même publiques (C.E. arrêt "Madame Rispal C. autoroutes du sud de la France" 9 mars 2015 ; jurisprudence applicable aux contrats postérieurs)

• de même, les contrats souscrits entre une société d'économie mixte et une entreprise privée sont, en principe, des contrats commerciaux.

Lorsque la loi n'a pas statué sur ce point, la distinction entre contrat administratif et contrat privé fait intervenir trois critères principaux :

• un contrat ne peut être administratif que si l'une des parties contractantes est une personne publique (État, département, commune, établissement public) ; un contrat conclu entre deux personnes de droit privé ne peut être administratif, même si l'un des contractants exerce une activité touchant à l'intérêt général (concessionnaire de service public par exemple), sauf si l'une des parties agit "pour le compte d'une personne publique" (mandat, ou représentation) (Conseil d'Etat- Sté Brossette 30 janvier 1931).

• un contrat administratif doit avoir pour objet l'exécution d'un service public ;

• un contrat est considéré comme administratif s'il comporte des clauses exorbitantes du droit commun.

Dans la pratique, la qualification de la nature administrative ou privée d'un contrat pose des problèmes souvent délicats. On se référera dans chaque cas à la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Tribunal des conflits en la matière.

Les contrats de droit privé passés par des personnes publiques, lorsqu'ils ne constituent pas des opérations commerciales, sont du ressort des tribunaux civils (en général, le tribunal de grande instance) et non des tribunaux de commerce.

H 113 Usages commerciaux

Un usage est une pratique dont les parties, pour une profession et une région déterminée, considèrent qu'elles régissent leurs rapports. Il y a des usages locaux (usages des ports de commerce pour la réception et la délivrance des marchandises expédiées par mer), des usages nationaux et des usages internationaux (conditions générales de vente des fonderies européennes).

Certains usages ont été incorporés à la loi (par exemple, usages commerciaux sur les ventes commerciales), d'autres sont incorporés dans des contrats types (par exemple, règles d'York et d'Anvers sur les avaries communes en transports maritimes).

Si un usage commercial ne peut être contraire à une loi impérative, il peut en revanche déroger aux règles qui ne sont pas impératives, ce qui est le cas de l'essentiel des dispositions générales du code civil relatives aux contrats (voir G 111 -par exemple, présomption de solidarité entre commerçants ayant souscrit ensemble des engagements commerciaux (G 401-1) ; capitalisation à chaque arrêté périodique des intérêts en matière de comptes courants bancaires).

S'il n'est pas de notoriété publique, l'usage doit être prouvé par celui qui l'invoque. Cette preuve peut prendre la forme d'une attestation délivrée par la chambre de commerce et d'industrie ou par un organisme professionnel faisant autorité comme l'Association française des banques. Cette

attestation est dénommée :"**parère**".

Depuis 1982, il existe au greffe du tribunal de commerce de Paris (service des expertises) un bureau de dépôt des usages professionnels, auprès duquel les professions sont appelées à déposer leurs usages et règlements ; il semble ne contenir qu'une trentaine de références, et n'est pas accessible en ligne. L'Université de Montpellier a mis en ligne une bibliothèque des usages.

H 120 LIBERTÉ DU COMMERCE ET DE L'INDUSTRIE

H 121 Principes

Depuis la loi des 2 et 17 mars 1791 («Décret d'Allarde »), *« il est libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier, qu'elle trouve bon ; mais elle est tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits(art.7) »*.

Le principe de liberté du commerce a valeur constitutionnelle (Cons.Const. 30 octobre 1981, Monopole de la radiodiffusion, et 16 janvier 1982, Nationalisation). Le Conseil constitutionnel admet cependant que la liberté d'entreprendre puisse être encadrée, mais exclusivement par la loi (Cons.Const. 20 mars 1997 – Création des plans d'épargne retraite) et de façon proportionnée au but poursuivi.

H 122 Limitations de la liberté du commerce

Dans la pratique, les limitations à la liberté du commerce sont très nombreuses :

1) L'administration, et les maires dans le cadre de *leurs pouvoirs de police*, peuvent encadrer ou interdire certains commerces, ou en contrôler les horaires d'ouverture dans le cadre des lois applicables.

2) *L'exercice d'activités commerciales* fait l'objet de nombreuses réglementations. Certaines sont spécifiques à un secteur ou une branche d'activité (cf. Titre I). D'autres sont d'application générale et concernent toutes les activités de production, de distribution et de services (y compris celles qui sont le fait de personnes publiques (art L 410-1) :

C*ertains types de vente* sont étroitement réglementés ou même interdits (cf. H 360). Plus généralement, **la vente** est régie par des dispositions impératives du code civil (art 1582 à 1701), du code de commerce ou du code de la consommation (cf. H 300).

La loi édicte *des exigences de qualification* pour exercer de très nombreuses activités. C'est le cas pour les artisans (art. 16 de la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat qui énonce des exigences de qualification pour de nombreuses professions, même exercées à travers une société commerciale : garages, prothèses dentaires, produits frais de boulangerie, boucherie, etc.). Il en est de même des experts comptables, des pharmaciens, etc.

De très *nombreuses professions sont réglementées* allant de la vente d'animaux domestiques, des agences de voyage, ou des conseillers en patrimoine, jusqu'au transport routier avec chauffeur (taxis et VTC). Les exigences peuvent se limiter à une déclaration ou un enregistrement, ou être beaucoup plus complexes. Des détails se trouvent sur le site de l'agence France Entrepreneur (https://lc.cx/4ExK).

3) Des dispositions du code de la consommation régissent **les rapports entre professionnels vendeurs de biens ou prestataires de services avec un consommateur**. On citera notamment :

-l'*obligation d'information* : tout professionnel doit informer le consommateur des caractéristiques essentielles du bien ou du service proposé (art. L 111-1 C.cons.) ; il doit l'informer du prix et des conditions particulières de la vente (art. L 111-1-3 C.cons.) ainsi que des délais de livraison (art L 111-1-4 C.cons.)

-sont interdites les *pratiques commerciales trompeuses :* une pratique qui crée une confusion avec un autre bien ou service (cf. pour les professionnels, concurrence déloyale H 250) ou une publicité trompeuse qui induit le consommateur en erreur (art L 121-2 et sq et 132-1 C. cons) ;

-sont interdites dans un contrat de vente les *clauses abusives* : des clauses créant un déséquilibre significatif au détriment du non-professionnel ou du consommateur, entre les droits et obligations des parties (L 212-1 C.cons.) ;

-sont *illicites certaines pratiques commerciales, par exemple* :

*le refus de vente ou de prestation (art.L 122-11 C.cons.)

*les ventes avec primes (art. L 121-19 C. cons.)

*les pratiques commerciales agressives (sollicitations répétées et insistantes,…), les ventes sans commande préalable,..(L 121-1, 6 et 7 C.cons.)

Très généralement, les litiges concernant un consommateur ou un non-professionnel et un commerçant ne sont pas portés devant les juridictions commerciales.

4) De nombreuses réglementations relèvent du **droit de la concurrence** et visent à assurer une concurrence loyale entre les agents économiques en interdisant les pratiques qui désorganisent les marchés (ententes et positions dominantes) (cf. H 210) ou qui portent atteinte aux concurrents (pratiques restrictives de concurrence et concurrence déloyale) (cf. H220 et 230).

5) Les principales règlementations (qui ne relèvent pas du droit de la concurrence) portent soit sur des obligations qui s'imposent à tout commerçant (H 130), soit sur l'interdiction de certaines pratiques commerciales (H 140).

H 130 Les obligations des commerçants

Les commerçants sont tenus de respecter les dispositions générales du code civil, mais également des dispositions les concernant spécifiquement.

H 131 Contrôle de l'activité commerciale

La nécessité de contrôler les activités commerciales, et de s'assurer qu'elles sont exploitées dans l'intérêt de tous les associés est le fondement de multiples obligations.

Tout commerçant, personne physique, même inscrit au registre des métiers, doit être inscrit au registre du commerce et des sociétés tenu par les greffes des tribunaux de commerce sous le contrôle du président du tribunal.

Tout commerçant, personne physique ou morale, doit tenir une comptabilité enregistrant chronologiquement tous les mouvements affectant le patrimoine de l'entreprise, et établir annuellement un inventaire et des comptes annuels comprenant le bilan, le compte de résultat et une annexe, qui forment un tout indissociable. Les entreprises les plus petites sont dispensées d'établir l'annexe (art. 123-16-1 du code de commerce).

La sanction du défaut de comptabilité est indirecte : soit délit fiscal (article 1741 du CGI : amende maximale de 500 000 € et emprisonnement de cinq ans), soit délit de banqueroute si le commerçant est admis au bénéfice d'une procédure collective (article 654-2-4ème du code de commerce).

La comptabilité régulièrement tenue peut être admise en justice pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce. Elle constitue une présomption simple, qui peut être mise en défaut.

Les sociétés commerciales doivent être organisées selon l'une des formes définies au code de commerce (Cf. K 100). Les dispositions du code de commerce concernant l'organisation des sociétés, les pouvoirs du dirigeant et des organes de contrôle, la tenue des assemblées, l'infirmation due aux associés, les augmentations et réductions de capital, etc. sont impératives, et les statuts – qui doivent être écrits – ne peuvent y déroger.

Les commerçants ont de nombreuses obligations dans le domaine fiscal et dans le domaine social ; notamment ils sont collecteurs de la taxe à la valeur ajoutée, première ressource fiscal de l'Etat.

H 132 Obligations de bonne foi et de transparence

H 132-1 Obligation générale de bonne foi

Les commerçants sont soumis à l'obligation générale de bonne foi énoncée à l'article 1104 du code civil (nouveau) qui s'applique à la négociation, la formation et l'exécution des contrats (y compris le contrat de société que constituent les statuts).

1) Il résulte de cette obligation un devoir général d'information du professionnel à l'égard de son contractant. Le nouvel article 1112-1 du code civil dispose : « *celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que légitimement cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant* ». L'information déterminante doit avoir un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties ; elle ne concerne pas la pertinence du prix (cf. G 121).

Le devoir d'information est précisé par les textes et la jurisprudence pour de nombreux contrats (vente (H 241) ; informatique (I 100) ; finance (J 950). Il est particulièrement précisé et développé au bénéfice des consommateurs dans le code de la consommation (L111-1 et suivants).

Dans les contrats d'adhésion (contrats dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties), toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite (article 1171 nouveau du code civil). Cette disposition,

similaire dans son principe à l'article L132-1 du code de la consommation, s'applique à tous les contrats, même si le cocontractant est un professionnel (cf. H 220).

H 132-2 Obligation spécifique de transparence

La transparence des relations interprofessionnelles est notamment assurée par l'obligation qui pèse sur tout producteur, prestataire de services de communiquer ses conditions générales de vente à tout acheteur de produit ou tout demandeur de prestations de services qui lui en fait la demande (art. L 441-6). Cette obligation ne concerne pas un concurrent non acheteur.

Les conditions générales « qui constituent le socle de la négociation commerciale » comprennent : les conditions de vente, le barème de prix unitaires, les réductions de prix, les conditions de règlement. Mais l'établissement de conditions générales de vente n'est pas requis dans les professions où la nature des prestations ne s'y prête pas (certaines opérations financières, assurances,…). Leur communication s'effectue par tout moyen conforme aux usages de la profession.

Le juge des référés peut ordonner à un fournisseur de communiquer ses conditions générales de vente et ses tarifs mais il ne peut présumer une non-communication future et fixer une astreinte pour assurer par anticipation cette communication.

H 133 Obligation de facturation (art. L 441-3)

Tout achat de produit ou toute prestation de service pour une activité professionnelle doit faire l'objet d'une facturation.

La facture doit être rédigée en double exemplaire (une pour chacune des parties) et mentionner notamment :

- la désignation des parties (voir art. R 123-237 et 123-238 du code de commerce pour des précisions), des produits ou services, des prix (hors taxes) et des réductions de prix ;
- la date du règlement et les conditions d'escompte en cas de paiement anticipé.
- le taux des pénalités de retard.

Elle peut également comporter diverses mentions dont la validité sera appréciée cas par cas : clauses attributives de compétence, clause de réserve de propriété, mode de paiement, etc.

Les factures doivent être conservées trois ans à partir de la date de la vente, tant par l'acheteur (original) que par le vendeur (copie).

La facture pro forma est un document établi avant la vente, et en tous cas avant la livraison, notamment afin de permettre à l'acheteur d'accomplir des formalités et obtenir les autorisations nécessaires à l'acquisition des produits.

La facture consulaire est une facture pro forma destinée à l'évaluation des droits de douane. Il existe des règles fiscales propres en matière de facturation.

H 134 Délais de paiement

Un acheteur a l'obligation de payer à l'échéance le prix du produit ou de la prestation fournie.

Les parties peuvent convenir d'un délai de règlement des sommes dues dans des conditions particulières.

A compter du 1er janvier 2009, le délai convenu entre les parties pour régler les sommes dues ne peut dépasser quarante-cinq jours fin de mois ou soixante jours à compter de la date d'émission de la facture. Des accords professionnels peuvent déroger à ces délais, dans des conditions toutefois limitées.

En l'absence de délai de règlement prévu dans les conditions de ventes ou convenues entre les parties, le délai de règlement des sommes dues est fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation (L 441-6-I).

Le fait de ne pas respecter les délais de paiement constitue un délit pénal puni par une amende.

Les sociétés dont les comptes annuels sont certifiés par un commissaire aux comptes publient des informations sur les délais de paiement de leurs fournisseurs (art L 441-6-1).

Le législateur a complété ce dispositif par l'interdiction faite aux acheteurs d'imposer aux vendeurs de certains produits alimentaires (produits périssables, boissons alcooliques, bétail, etc.) des délais de paiement excessifs.

H 135 Pénalités de retard

Les conditions de règlement doivent obligatoirement préciser les conditions d'application et le taux d'intérêt des pénalités de retard de paiement (art. L441-6).

La date d'échéance doit obligatoirement figurer sur la facture (L 441-3 al4).

Les parties peuvent *fixer contractuellement le taux des pénalités de retard* qui ne peut cependant être inférieur à trois fois le taux légal. Le juge qui considererait caractérisée la clause pénale pourrait réduire le montant des pénalités conventionnelles.

En l'absence de disposition contractuelle respectant le minimum de trois fois le taux légal, le taux des pénalités de retard (pour les contrats conclus à partir du 1° janvier 2009) est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque Centrale Européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de dix points[1] de pourcentage (L 441-6 al 12).

De plus, le professionnel en situation de retard de paiement est débiteur à l'égard de son créancier d'une indemnité forfaitaire fixée par décret (aujourd'hui 40 euro). (L 441-6). Cette indemnité s'applique à chaque facture non payée dans les délais.

Lorsque le débiteur ne respecte pas la date de règlement convenue par les parties, les pénalités de l'article L 441-6 sont exigibles à compter du jour suivant la date de règlement figurant sur la facture.

Ces dispositions de l'article L 441-6 sont des « dispositions légales supplétives répondant à des considérations d'ordre public particulièrement impérieuses » (Cass.Com. 2 novembre 2011 ; n°10-14677).

Les pénalités de retard dues par application de cet article (et notamment l'appplication du taux BCE+10) ne constituent pas une clause pénale ; elles ne peuvent être réduites en raison de leur caractère manifestement excessif (Cass.Com. 2 nov. 2011 ; n°10-14677).

Les pénalités de retard de l'article L 441-6 sont qualifiées *d'intérêts moratoires* (Cass. Com. 10 nov 2015 n°15-968). Les dispositions de l'article 1343-2 (art.1154 ancien) du code civil relatives à l'anatocisme leur sont donc applicables (« si le contrat l'a prévu ou si une décision de justice le précise ») et le créancier peut demander leur capitalisation de droit, à compter de sa demande.

Les pénalités pour non-paiement des factures prévues par l'article L 441-6 sont dues de plein droit, sans rappel et sans avoir à être indiquées dans les conditions générales de vente (Cass. Com. 3 mars 2009 ; n° 07-16527).

Ces pénalités sont « exigibles » mais le créancier n'a pas l'obligation de les réclamer : il en a simplement la possibilité (avis commission d'examen des pratiques commerciales 10-08 du 12 mai 2010). Bien qu'elles répondent à des « considérations d'ordre public impérieuses », si le créancier n'en demande pas le versement, le juge ne peut, d'office, condamner un débiteur à payer ces pénalités de retard de paiement.

Il n'en va pas de même *des intérêts moratoires dus en application de l'article 1153 – 1231-6 nouveau* - du code civil. La Cour de cassation considère que ces intérêts sont dus même si le créancier ne les a pas expressément réclamés dans la lettre de mise en demeure, dans son assignation ou par un chef spécial de ses conclusions (Cass. Com., 25 mai 1982, n° 80-10108 et Cass. Soc., 28 janvier 2004, n° 01-46447). Ils sont dus à compter de la mise en demeure (ou de l'assignation en l'absence de mise en demeure).

Si le créancier demande le bénéfice des dispositions del'article L 441-6 du code de commerce, le juge doit y faire droit compte tenu de la primauté de la loi spéciale. Mais, en l'absence de toute demande du créancier au titre des pénalités ou intérêts de retard de paiement, le juge doit donc lui allouer d'office les intérêts de l'article 1231-6 (ancien art.1153) du code civil, à compter de la mise en demeure ou, à défaut, de l'assignation.

A noter que les pénalités de l'article L 441-6 et les intérêts au taux légal ne se cumulent pas.

Les pénalités de retard s'appliquent jusqu'au paiement. Si celui-ci est intervenu avant le jugement, le montant des pénalités peut être déterminé par le juge et la condamnation du débiteur à payer ce montant peut, comme pour toute autre dette, être assortie des intérêts légaux.

Il est fréquent que, dans un litige, les demandes du créancier ne correspondent pas exactement à la formulation de l'article L 441-6. Le tableau ci-après explicite les différentes hypothèses suivant les dispositions contractuelles prévues et suivant les demandes du créancier.

[1] 7 points pour les contrats conclus avant le 1° janvier 2009

CONTENU DE LA DEMANDE		**Pénalités de retard prévues** dans le contrat (ou conditions de vente opposables)				**Pénalités de retard non prévues** dans le contrat
		Taux inférieur ou égal à 3 fois le taux légal	Taux compris entre 3 fois le taux légal et le taux BCE+10	Taux supérieur au taux BCE+10 jugé non excessif (1)	Taux supérieur à BCE+10 jugé excessif (1)	
Le créancier demande les pénalités de l'article L 441-6 (5)	accordé	oui	oui	oui	oui	oui
	taux	3 fois le taux légal (3)	Taux prévu au contrat	Taux prévu au contrat	BCE+10	BCE+10
	Point de départ	Echéance de la créance	Echéance de la créance	Echéance de la créance	Echéance de la créance	Echéance de la créance
Le créancier demande les pénalités prévues au contrat (« intérêts conventionnels ») mais ne demande pas les pénalités de l'article L 441-6	taux	3 fois le taux légal (3)	Taux prévu au contrat	Taux prévu au contrat	Taux BCE+10	
	Point de départ	Echéance de la créance	Echéance de la créance	Echéance de la créance	Echéance de la créance	
Le créancier demande « les intérêts de droit » (4)						
Le créancier ne demande pas d'intérêts ou demande les « intérêts au taux légal » article 1153 ancien (1231-6 nouveau)		Taux légal à compter de la mise en demeure ou, à défaut, de l'assignation (2)				

(1) en application de l'article 1152 (1231-5 nouveau)C. civ.
(2) les intérêts au taux légal à compter de la mise en demeure sont accordés au créancier, sur sa demande ou d'office
(3) le juge peut fixer les pénalités au minimum légal de 3 fois le taux légal (en soumettant à la contradiction)
(4) le juge doit ouvrir les débats en demandant au créancier de préciser sa demande
(5) Les dispositions de l'article L.441-6 du code de commerce relatives aux pénalités de retard de paiement s'appliquent :
-contractuellement si elles sont prévues dans les stipulations valablement convenues entre les parties,
-à titre supplétif, si elles n'y figurent pas.

H 136 Usage obligatoire de la langue française

La loi du 4 août 1994 (dite loi Toubon) rend obligatoire l'usage de la langue française dans plusieurs domaines, notamment offres, présentations, modes d'emploi, conditions de garantie, factures ou quittances, publicité, etc. Mais les contrats peuvent être rédigés dans une langue étrangère.

H 137 Usage de normes

L'article 1194 nouveau du code civil, issu de l'ordonnance du 16 février 2016, prévoit que le contrat oblige à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi commande. En matière commerciale, les usages sont souvent transcrits en codes professionnels ou en normes.

Une norme est un document accessible au public, fondé sur les résultats conjugués de la science, de la technologie et de l'expérience, visant à l'intérêt général et approuvé par un organisme qualifié sur le plan national, régional ou international.

Les normes ont pour objet de codifier les "usages loyaux et constants" ou les "règles de l'art" d'une profession. Elles peuvent être prises en considération même si elles ne sont pas expressément mentionnées dans le contrat.

H 140 Manifestations commerciales

Les expositions tendent soit à montrer les productions d'un pays, soit à faire connaître les richesses nationales ou régionales, soit à avoir un but éducatif, culturel ou scientifique, mais elles n'incluent aucune opération commerciale ; elles sont organisées par l'État ou sous son égide.

Un parc d'exposition est un ensemble immobilier clos indépendant, doté d'installations et d'équipements appropriés ayant un caractère permanent et non soumis à l'autorisation prévue à l'article L. 752-1, qui accueille, pendant tout ou partie de l'année, des manifestations commerciales ou autres, à caractère temporaire.

Les foires sont des manifestations commerciales où les exposants, généralement des revendeurs, montrent au grand public leurs produits en vue d'en provoquer l'acquisition.

Un salon professionnel est une manifestation commerciale consacrée à la promotion d'un ensemble d'activités professionnelles, réservée à des visiteurs justifiant d'un titre d'accès payant ou gratuit. Il ne propose à la vente sur place que des marchandises destinées à l'usage personnel de l'acquéreur, dont la valeur n'excède pas un plafond fixé par décret.

Les parcs d'exposition et les foires et salons sont soumis à un régime d'autorisation.

Les halles et marchés qui dépendent de l'autorité municipale, les quinzaines commerciales organisées par des unions de commerçants et les fêtes foraines ne sont ni des foires ni des salons professionnels.

L'essentiel de la règlementation sur les parcs d'exposition, les foires et les salons figure aux articles R762-1 à R762-14 du code de commerce.

CHAPITRE 2

H 200 REGLEMENTATION DE LA CONCURRENCE

Au nom du principe de liberté du commerce et de l'industrie, le droit de la concurrence vise à garantir une concurrence libre et saine, tant dans l'intérêt des marchés que des opérateurs économiques. Le dommage causé par une concurrence loyale est licite et n'ouvre pas droit à réparation. Ces textes sanctionnent donc les pratiques anti-concurrentielles qui lui sont contraires.

Cette libre concurrence peut être menacée par:

1-les atteintes au jeu de la concurrence que l'on distingue :

1.1-en pratiques anticoncurrentielles qui peuvent bouleverser le fonctionnement de marchés déterminés (H 210)

1.2-en pratiques restrictives de concurrence qui nuisent aux opérateurs (H220)

Ces agissements sont sanctionnés par le droit de la concurrence.

2-la concurrence déloyale par laquelle un opérateur économique vise à affaiblir ou désorganiser l'activité d'un concurrent ainsi que les agissements parasitaires qui ont pour but de détourner au profit d'un opérateur les investissements techniques ou commerciaux d'une entreprise concurrente.(H 230)

Ces agissements déloyaux sont sanctionnables dur le fondement de la responsabilité civile extracontractuelle (articles 1382 et 1383 anciens et 1240 et 1241 nouveaux du Code civil).

H 210 LES PRATIQUES ANTI-CONCURRENTIELLES

La règlementation de la concurrence interdit et sanctionne deux types de pratiques dites « anticoncurrentielles » :

-Les actions concertées, conventions, ententes par lesquelles certaines entreprises tentent d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché ;

-L'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché ou dans une partie substantielle de celui-ci.

H 211 Le droit applicable

La règlementation de la concurrence a une double origine :

-en France, la règlementation est définie par le livre IV – Titre II du code de commerce, notamment par ses articles L.420-1, L.420-2 et L.420-4.

-dans l'Union européenne, une règlementation similaire, adoptée en 1957 par le traité de Rome instituant la Communauté économique européenne (articles 81 et 82 TCE), a été remplacée en 2012 par les articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

Cette règlementation communautaire est applicable, y compris par les juridictions françaises, dès lors que les pratiques en cause sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres de l'Union. La législation communautaire étant d'application directe et immédiate, l'Autorité de la concurrence et les juridictions françaises doivent appliquer à la fois le droit communautaire et le droit interne.

H 212 Les ententes

H 212-1 L'interdiction des ententes

Le mot « entente » désigne indifféremment accords, pratiques concertées et décisions d'associations d'entreprises, ces dernières pouvant aussi être désignées par le mot « cartel ».

Les articles 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (T.F.U.E.) et L. 420-1 du code de commerce interdisent les accords susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur de l'Union Européenne, ce qui exclut notamment :

- la fixation de prix d'achat ou de prix de vente,
- la répartition des marchés à l'approvisionnement, la production ou la distribution,
- les conditions discriminatoires,
- la subordination de la signature de contrats à des conditions n'ayant pas de liens avec l'objet du contrat,
- la limitation ou le contrôle de la production, du développement technique ou des investissements.

Les ententes ainsi interdites sont nulles de plein droit, sans préjudice des autres sanctions que les entreprises encourent.

H 212-2 Identification de l'entente

.

C'est la jurisprudence, notamment européenne, qui joue ici un rôle normatif déterminant.

On distingue les ententes « horizontales » qui impliquent plusieurs entreprises concurrentes pour un même type de produit ou de service et les ententes « verticales », conclues entre des opérateurs situés à différents niveaux de la chaîne économique, comme par exemple entre fournisseurs et distributeurs.

En pratique, une entente se reconnaît à la *présence simultanée de trois éléments* :

a) L'implication d'au moins deux entreprises.

b) Un accord dont la forme est indifférente : « tous les engagements qui expriment la volonté d'une entreprise de se lier à une autre » : regroupement de personnes physiques ou morales, de sociétés ou

d'institutions propriétaires d'entreprises, diffusion par une organisation de tarifs conseillés, acceptation tacite d'un contrat de distribution, prix imposés, adhésion aux cartels…

« Pour qu'il y ait accord…, il suffit que les entreprises en cause aient exprimé leur volonté commune de se comporter d'une manière déterminée sur le marché » (CJCE, ACF/Chemiefarma, 15 juillet 1970, aff.41-69).

d) L'atteinte au marché : Cet accord doit avoir pour « objet » ou doit avoir pour « effet » (réalisé ou potentiel) de créer une restriction de concurrence. En l'absence d'une telle restriction, l'accord ne relève pas de la législation sur les ententes : « …l'accord allégué ne pouvait être qualifié d'action concertée ou d'entente… que s'il était établi que les parties y avaient librement consenti en vue de limiter l'accès au marché ou à la libre concurrence» (Cass. Com., 7 avril 1998, n°96-13735).

H 213 Les abus de position dominante

Les articles 102 du T.F.U.E. et L. 420-2 al.1, du code de commerce interdisent à une ou plusieurs entreprises d'exploiter abusivement une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci.

La position dominante n'est pas en elle-même illicite. C'est l'abus de cette position dominante qui est interdit, c'est-à-dire le fait d'utiliser cette position pour faire prévaloir son propre intérêt au détriment de ses concurrents.

H 213-1 La définition de la position dominante

La position dominante résulte d'une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause

Le marché en cause ou marché « pertinent » doit être préalablement défini. C'est le marché où s'échangent des produits ou services qui, pour la clientèle concernée, sont substituables entre eux car ils répondent à une même attente des consommateurs.

La position sur ce marché pertinent sera qualifiée de dominante selon la part de marché contrôlée, mais le simple constat d'une forte part de marché d'une entreprise ne permet pas de conclure à lui seul à l'existence d'une position dominante. D'autres critères plus qualitatifs seront également retenus, telles la supériorité dans l'innovation technique, la qualité des produits, la notoriété des marques détenues…

H 213-2 L'exploitation abusive d'une telle position dominante

Sont considérés comme abusifs tous les comportements excédant les limites d'une concurrence normale de la part d'une entreprise en position dominante et qui ne trouvent d'autre justification que l'élimination des concurrents effectifs ou potentiels ou l'obtention d'avantages injustifiés : pratiques d'éviction des concurrents, dispositions contractuelles imposées aux partenaires économiques qui renforcent le pouvoir de l'entreprise dominante sur le marché, toutes formes de pratiques commerciales à l'égard des clients ou concurrents de l'entreprise dominante visant à l'octroi ou au maintien d'avantages injustifiés, pratiques de prix prédateurs...

Il y a lieu de rechercher si le comportement abusif a un « objet » ou un « effet » restrictif de la concurrence. *Seule une atteinte sensible à la concurrence peut caractériser une pratique anticoncurrentielle*. En outre, l'infraction d'abus de position dominante ne peut être constituée que s'il y a un lien de causalité entre le pouvoir de domination de l'entreprise et l'abus qui lui est imputé.

Le droit communautaire s'applique quand une ou plusieurs entreprises exploitent de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.

H 214 Les exemptions

1) *L'Autorité de la concurrence* dispose du pouvoir de prononcer des exemptions (art. L.420-4) :

-si certaines pratiques résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire,

-si l'Autorité de la concurrence estime que les pratiques sont indispensables au progrès économique. Il est notamment admis que certains types d'accords verticaux peuvent améliorer l'efficience économique à l'intérieur d'une chaîne de production ou de distribution grâce à une meilleure coordination entre les entreprises participantes.

2) *La Commission européenne* est habilité à accorder des exceptions à certains accords si :

• ils contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte ;

• ils n'imposent pas aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs ;

• ils ne donnent pas la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.

Ces exemptions peuvent :

• soit avoir un caractère individuel : la Commission est habilitée par le règlement (CE) n°2821/71 à accorder des exemptions à titre individuel à certains accords horizontaux ou verticaux, décisions et pratiques concertées. Les autorités nationales n'ont pas ce pouvoir.

• soit avoir un caractère collectif (« exemptions par catégories »): un règlement n°330/2010, entré en vigueur le 1er juin 2010, dispose que l'interdiction de l'article 101, paragraphe 1 du traité, est « inapplicable aux accords verticaux ». Mais cette libéralité est soumise à de très nombreuses conditions, notamment :

-aucun des membres individuels de l'association concernée, conjointement avec ses entreprises liées, ne réalise un chiffre d'affaires annuel total qui dépasse 50 millions d'euros,

-la part de marché détenue par le fournisseur ne dépasse pas 30 % du marché en cause sur lequel il vend les biens ou services contractuels et la part de marché détenue par l'acheteur ne dépasse pas 30 % du marché en cause sur lequel il achète les biens ou services contractuels.

Il existe plusieurs règlements d'exemption par catégorie relatifs à des activités particulières : recherche-développement, transfert de technologie, assurances, transports aériens ou maritimes,…

H 215 Principales prérogatives des autorités et des juridictions

Nombreuses sont les autorités et juridictions, communautaires et nationales, qui contribuent à l'interdiction de ces pratiques anticoncurrentielles et, par conséquent, à l'application et à l'interprétation des dispositions qui les concernent.

H 215-1 La Commission Européenne

La Commission Européenne veille à la bonne application de la réglementation européenne en matière de concurrence.

Saisie par toute personne intéressée ou se saisissant elle-même, dans les cas de comportements anti-concurrentiels qui affectent le commerce entre Etats membres, la Commission Européenne enjoint aux entreprises de mettre fin aux pratiques interdites, prend acte de leurs engagements pour les corriger ou leur inflige des amendes, d'un montant de, au plus, 10 % de leur chiffre d'affaires.

Les décisions de la Commission peuvent être contestées devant la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE).

La Commission émet, sur la demande des juridictions nationales, des avis au sujet de questions relatives à l'application des règles européennes de concurrence ; elle est aussi en droit de leur soumettre d'office des observations à ce sujet.

Les juridictions nationales lui notifient leurs décisions de justice qui statuent sur des ententes et sur des abus de position dominante.

H 215-2 L'Autorité française de la concurrence

L'Autorité française de la concurrence est une autorité administrative indépendante de nature juridictionnelle, investie d'un rôle consultatif ainsi que du pouvoir d'instruire et de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles affectant le territoire métropolitain. C'est une des Autorités Nationales de Concurrence – ANC- qui constituent le réseau européen de concurrence –REC. Elle est compétente pour appliquer les législations nationale (livre IV du code de commerce) et communautaire (articles 101 et 102 du TFUE).

L'Autorité de la concurrence peut se saisir d'office ou être saisie par le ministre chargé de l'économie, une entreprise victime de l'entente, les collectivités territoriales, les organismes professionnels ou des associations de consommateurs.

Le Rapporteur général de l'Autorité peut aussi initier des investigations en amont de l'ouverture d'un dossier contentieux et sans nécessairement que ces investigations débouchent sur une saisine de l'Autorité.

La procédure est articulée autour des « griefs » énoncés par le « Rapporteur général » : ces griefs font d'abord l'objet d'une « communication » aux parties impliquées ; celles-ci formulent des « contestations des griefs », puis l'Autorité statue. Chaque partie a la possibilité de solliciter une transaction, que le rapporteur général accepte, ou non.

Afin de détecter efficacement les ententes, l'Autorité dispose depuis 2001 d'un instrument qui lui permet d'accorder un traitement favorable aux entreprises qui viennent dénoncer leur appartenance passée ou actuelle à une entente : *la clémence*. L'entreprise qui dénonce la première l'infraction et fournit les éléments de preuves nécessaires obtient une immunité d'amende. Les entreprises qui font des demandes dans un deuxième temps peuvent se voir appliquer une réduction en fonction de leur rang d'arrivée et de la valeur ajoutée des éléments apportés.

L'Autorité de la concurrence prend des mesures conservatoires, par exemple l'injonction de revenir à l'état antérieur et, à l'instar de la Commission Européenne, elle ordonne aux entreprises de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles, accepte leurs engagements pour les corriger ou leur inflige des amendes d'un montant égal au plus à 10 % de leur chiffre d'affaires.

Elle n'attribue pas de dommages et intérêts aux victimes de l'entente qui doivent s'adresser aux juridictions judiciaires. L'Autorité n'intervient que si le jeu du marché est faussé : elle ne connaît ni des actions en concurrence déloyale (H 230), ni des pratiques restrictives de concurrence (cf. H 220).

Les recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence en matière de sanctions sont portés devant la Cour d'appel de Paris dont les arrêts peuvent faire l'objet d'un pourvoi en cassation.

L'Autorité émet, sur la demande des juridictions nationales, des avis sur les pratiques anticoncurrentielles relevées dans les affaires dont elles sont saisies et produit devant elles, de sa propre initiative, des observations sur ces pratiques.

Les juridictions nationales lui notifient leurs décisions de justice qui statuent sur des ententes et sur des abus de position dominante.

H 215-3 Le Ministre français chargé de l'économie

Il appartient au ministre chargé de l'économie d'enjoindre aux entreprises dont le chiffre d'affaires ne dépasse pas cinquante millions d'euros de mettre un terme à leurs pratiques anticoncurrentielles lorsque celles-ci n'affectent qu'un marché de dimension locale. Il lui revient aussi de leur proposer de transiger ; en cas de refus, il saisit l'Autorité de la concurrence.

H 216 Les juridictions

H 216-1 La Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE)

La Cour de Justice de l'Union Européenne –c'est-à-dire la Cour elle-même, le Tribunal et les tribunaux spécialisés- assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités.

Elle examine les manquements des États membres auxquels la Commission ou d'autres États membres reprochent de méconnaître le droit de l'Union Européenne pour, s'il y a lieu, leur imposer de s'y conformer sous peine de sanctions pécuniaires.

La Cour stricto sensu statue, à titre préjudiciel, sur l'interprétation des traités et sur la validité des actes des institutions de l'Union, assurant ainsi une application uniforme du droit de l'Union Européenne.

H 216-2 Les juridictions françaises

Seules les juridictions administratives sont compétentes à l'égard des décisions par lesquelles les personnes publiques assurent la mission de service public qui leur incombe ou portent sur l'organisation même du service public : ces décisions et pratiques échappent à l'Autorité de la concurrence – comme, bien sûr, aux juridictions judiciaires.

Ces dernières sont fondées à vérifier directement, sans avoir à demander l'avis de la Commission européenne ou de l'Autorité de la concurrence, la régularité des pratiques prétendues anticoncurrentielles dont elles sont saisies :

-les juridictions pénales, d'abord par les poursuites fondées sur les dispositions qui répriment les pratiques anticoncurrentielles.

-les juridictions civiles et commerciales, principalement, par des actions en indemnisation ou en annulation fondées sur le droit de la concurrence.

H 217 La compétence des tribunaux de commerce

H 217-1 La spécialisation des Tribunaux de Commerce

La connaissance des litiges, pour lesquels les Tribunaux de commerce sont compétents, relatifs aux pratiques anticoncurrentielles (l'application des articles L.420-1 à L.420-5 du code de commerce et des articles 101 et 102 du TFUE) et ceux dans lesquels les dispositions qui les concernent sont invoquées, en demande ou en défense, y compris en référé, est réservée à huit tribunaux de commerce.

Il s'agit des Tribunaux de commerce de BORDEAUX, FORT-de-FRANCE, LILLE, LYON, MARSEILLE, NANCY, PARIS et RENNES, dont les ressorts sont fixés par décret.

La Cour d'appel de Paris est seule compétente pour connaître des recours formés à l'encontre des décisions rendues par ces juridictions.

Cette attribution est d'ordre public, son effectivité est assurée par une fin de non-recevoir que tout tribunal saisi à tort doit relever d'office, quelque soit l'état de la cause (cf. C 411-1 ; H 226)).

A noter :

-Le ministre de l'économie dispose de la faculté de déposer des conclusions devant les juridictions civiles ou pénales et de les développer oralement à l'audience.

-La Commission française d'examen des pratiques commerciales émet, sur la demande des juridictions nationales, des avis sur les pratiques anticoncurrentielles relevées dans les affaires dont elles sont saisies.

H 217-2 Les actions devant le tribunal de commerce

Les personnes qui s'estiment victimes de pratiques anticoncurrentielles dont l'auteur est un ou plusieurs commerçant(s) disposent d'actions en indemnisation, en annulation ou en cessation des pratiques devant les Tribunaux de commerce.

Ces actions sont dites autonomes -stand-alone- ou complémentaires -follow-on-, selon qu'elles sont exercées, les premières en l'absence de toute décision d'une autorité de concurrence et les secondes après une telle décision ou pendant la procédure.

L'action en indemnisation

Fondée sur les articles du code civil qui instituent la responsabilité civile de droit commun, cette action fait peser sur la victime la preuve du dommage qu'il a subi, la faute du ou des commerçant(s) et le lien de causalité qui les unit.

Le dommage (perte éprouvée, manque à gagner, perte de chance, etc.) de la victime a vocation à être intégralement réparé.

La faute réside dans la violation d'une des interdictions posées aux articles 101 ou 102 du T.F.U.E. ou L. 420-1 ou L. 420-2 du code de commerce mais, dans le cas d'une action complémentaire, la décision de l'autorité de concurrence n'en vaut pas nécessairement preuve.

Le lien de causalité doit, classiquement, être certain.

L'ordonnance 2017-303 du 9 mars 2017 (et le décret n°2017-305 du même jour), qui a transposé la directive européenne 2014/104/UE du 26 novembre 2014, vise à faciliter la preuve des pratiques anticoncurrentielles, à encourager l'initiative de l'action par la victime et à accroître l'efficacité de l'indemnisation : elle prévoit, en particulier, que la décision définitive par laquelle une autorité nationale de concurrence constate l'existence d'une infraction présume, de manière irréfragable, la faute du défendeur à l'action devant les juridictions du même Etat-membre (Livre IV-Titre VIII nouveau-art.L 483-1 à L 483-10).

L'action en annulation

Les engagements, clauses et conventions contractuelles se rapportant à une entente ou à un abus de position dominante, ayant pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence sur un marché donné, sont nuls.

Toute personne, contractante ou non, ayant un intérêt à faire cesser la pratique anticoncurrentielle est en droit de demander la nullité de la stipulation qui en est le support, en appelant tous les cocontractants dans la cause.

La nullité, si elle est prononcée, est absolue ; elle prive rétroactivement l'engagement, la convention ou la clause contractuelle, voire l'entier contrat, de tout effet.

Les actions en référé

Tout intéressé peut demander au président du tribunal de commerce (des tribunaux spécialisés) de prononcer en référé -voire sur requête- *les mesures d'instruction* mentionnées à l'article 145 du code de procédure civile pour conserver ou établir la preuve de l'existence de pratiques anticoncurrentielles.

Le Président du tribunal est susceptible de prescrire en référé *les mesures conservatoires* ou de remise en état qui s'imposent pour faire cesser une pratique anticoncurrentielle, celle-ci constituant un trouble manifestement illicite.

Accorder une provision à la victime d'une pratique anticoncurrentielle est envisageable mais l'existence de l'obligation risque, en pratique, de faire l'objet d'une contestation sérieuse..

H 220 AUTRES PRATIQUES PORTANT ATTEINTE A LA CONCURRENCE

Les activités commerciales sont soumises à de nombreuses règlementations visant à assurer la loyauté des opérations entre clients et fournisseurs et interdisant les pratiques qui portent atteinte au jeu normal de la concurrence. Certaines de ces pratiques sont constitutives de délits civils; leurs auteurs s'exposent à une condamnation à dommages et intérêts au profit de la victime et à des mesures d'interdiction sous astreinte, éventuellement prononcées en référé. D'autres pratiques sont constitutives d'infractions pénales. D'autres encore sont sanctionnées par la nullité de la clause.

Créée par la loi NRE du 15 mai 2001, la Commission d'Examen des Pratiques Commerciales (CEPC) émet un avis sur la légalité des pratiques dont elle est saisie ou des recommandations visant à instaurer de bonnes pratiques commerciales (art. L 440-1).

H 221 L'exploitation abusive d'un état de dépendance économique

H 221-1 Articulation des dispositions du code de commerce et du code civil

a) L'article L.420-2 al2 dispose : « *est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprise de l'état de dépendance dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur* ».

Cette infraction n'a pas d'équivalent dans le droit européen de la concurrence.

Tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à cette pratique est nul (art. L.420-3)

b) L'ordonnance du 10 février 2016 a introduit dans le code civil un article généralisant la notion d'abus de dépendance économique qui constitue une forme de violence, laquelle est une cause de nullité relative.

Art 1143 : il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans laquelle se trouve son co-contractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif »

Alors que l'article L.420-2 du Code de commerce ne s'applique qu'aux relations entre clients et fournisseurs professionnels (et ne concerne ni les non professionnels, ni les consommateurs), le nouvel article 1143 du Code civil s'applique à toutes les relations contractuelles.

Trois remarques sur l'application du nouvel article 1143**:**

1) la violence est une cause de nullité relative (art. 1142 C.civ.) : le juge ne peut soulever le moyen d'office ;

2) comme tous les vices du consentement, l'abus de l'état de dépendance se constate à la date de formation du contrat (et non à la date du jugement) ;

3) la preuve incombe à celui qui prétend que son consentement a été vicié

L'exploitation abusive d'un état de dépendance économique prévue par l'article L. 420-2 al 2 suppose la preuve de trois éléments :

- un état de dépendance économique
- l'exploitation abusive de cet état
- l'affectation du fonctionnement ou de la structure de la concurrence

En revanche, l'article 1143 nouveau du code civil ne requiert la preuve que des deux premiers éléments ; il n'est pas nécessaire de démontrer que la disposition critiquée est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence.

Pour les contrats antérieurs au 1er octobre 2016, seul l'article L.420-2 peut être invoqué ; pour les contrats postérieurs, la partie faible peut invoquer l'article 1143 nouveau.

H 221-2 L'état de dépendance

Déjà la violence résultant de l'abus de dépendance économique était retenue par la loi et la jurisprudence : « exploitation abusive d'une situation de dépendance économique faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne » (Cass. Civ 1° - 3 avril 2002 ;n°00-12932)

L'article L. 420-2 al.2 du code de commerce, dans la rédaction issue de la loi NRE du 16 mai 2001, ne fait plus état de la condition relative à l'absence de « *solution équivalente* ». Cependant, la jurisprudence définit cet état de dépendance comme « *l'impossibilité pour une entreprise de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'elle a nouées avec une autre entreprise* » (Cass.Com. 12 février 2013; n°12-13603).

Les critères considérés par la jurisprudence sont :

- la part de l'entreprise dans le chiffre d'affaires de son ou ses partenaires,
- la notoriété de la marque (ou de l'enseigne) et l'importance de la part de marché de ce ou ces partenaires,
- l'existence ou non de solutions alternatives,
- les facteurs ayant conduit à la situation de dépendance (choix stratégique ou contraint de la victime du comportement dénoncé). Le fait d'avoir choisi de rester dans une situation de dépendance est considéré comme fautif. En l'absence d'obstacle juridique ou factuel à la faculté de diversification, la société n'est pas en situation de dépendance (Cass.Com.12 février 2013, n°12-13.603)

Ces critères doivent être simultanément présents.

La dépendance peut être celle d'un fournisseur à l'égard de son client ou d'un client à l'égard de son fournisseur

H 221-3 L'exploitation abusive de l'état de dépendance

Un simple rapport de forces inégales ne constitue pas par lui-même une situation de violence. En matière commerciale, l'usage d'une position de force est légitime ; d'ailleurs dans les relations d'affaires, il est rare que les deux contractants soient de même force économique ! Seule l'exploitation abusive de cette dépendance est sanctionnée.

Il y a abus dès lors que le contractant « n'aurait pas souscrit son engagement s'il ne s'était pas trouvé dans une situation de dépendance » :

-le contractant a été privé de sa liberté de consentir ou de ne pas consentir

-le co-contractant a abusivement tiré profit de l'état de dépendance en obtenant un avantage excessif.

L'abus suppose en effet que le contractant a obtenu un avantage manifestement excessif par *la signature de clauses qui lui sont exceptionnellement favorables.* C'est alors *le caractère exorbitant des conditions du contrat* qui démontre l'abus et il appartiendra au juge de caractériser en quoi ces clauses peuvent être considérées comme exceptionnelles par rapport aux conditions de marché.

L'article L.442-6-I cite un certain nombre de clauses qui pourraient être considérées comme anormalement favorables au contractant :

* un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu (par exemple : financement d'une opération d'animation commerciale, participation à un investissement dans le cadre d'une rénovation commerciale……) (art L.442-6 I 1°)

*des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. (par exemple : exigence, imposée par un grand distributeur, d'acomptes pour prestations commerciales réglables dans un délai de 30 jours alors que les marchandises sont payables à 60 jours après réception ; contrats prévoyant l'obtention automatique par les sites de réservation d'hôtels des conditions les plus favorables consenties aux autres canaux de distribution ; asymétrie des conditions de résiliation d'un contrat ; possibilité pour un fournisseur d'invoquer la force majeure sans justification pour s'exonérer d'une inexécution partielle….). (art. L.442-6-I 2°)

* un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné (art. L.442-6-I 3°). La prime de référencement imposée par les centrales d'achat est admise à condition qu'elle soit accompagnée d'une contrepartie sous la forme d'engagement d'un volume d'achat ; une contrepartie représentée par une prestation de service n'est pas suffisante.

*sous la menace d'une rupture totale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement (art. L.442-6 I 4°)……

Tout engagement, convention, clause contractuelle se rapportant à une telle pratique, qui constitue un délit pénal, est nul (art.L 420-3). Il appartient à celui qui se prétend victime d'un abus de dépendance économique d'en apporter la preuve (Cass.Com. 12 janvier 1999 ; n°96-21644).

Cependant ne sont pas soumises à cette interdiction les pratiques qui résultent d'un texte législatif ou réglementaire (mais pas d'un usage professionnel) ou qui ont pour effet d'assurer un progrès économique (art L.420-4) mais, dans ce dernier cas, la charge de la preuve revient aux auteurs de ces pratiques.

H 221-4 Un effet sur le fonctionnement ou de la structure de la concurrence

L'exploitation abusive d'un état de dépendance économique prévu par l'article L.420-2 al2 requiert, pour entrainer condamnation, la preuve d'un effet sur le fonctionnement ou la structure de la concurrence.

Cet effet, réel ou potentiel, sur la concurrence doit être sensible, et non simplement marginal (Cass. Com. 15 juillet 1992, n°89-20.334). La preuve d'un effet sensible sur la concurrence étant difficile à apporter, l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique est rarement caractérisée (par exemple Cass. Com. 8 mars 2016, n°14-25.718)**.**

En revanche, l'abus de dépendance défini par l'article 1143 ne nécessite pas la démonstration d'une intention anti-concurrentielle (Cass.Com. 20 mai 2014 ; n° 12-26705 ;12-26970 ;12-29281) c'est-à-dire que la stratégie de son auteur n'a pas d'incidence sur l'analyse de l'effet de cet abus.

Pour les contrats postérieurs au 1er octobre 2016, la démonstration d'un impact sur la concurrence ne sera plus requise, dès lors que les parties placeront leur demande au visa de l'article 1143 nouveau du code civil.

H 221-5 Sanctions d'un abus de position dominante

L'illicéité d'une clause traduisant un abus de position dominante ne peut être sanctionnée que par sa nullité (laquelle peut entrainer des restitutions).

Les litiges invoquant l'article L.420-2 du code de commerce sont réservés à des juridictions spécialisées, en application de l'article L.420-7. En revanche, l'application de l'article 1143 du code civil n'est pas réservée aux juridictions spécialisées. Si une partie invoque à titre principal à la fois l'article 1143 du code civil et les articles L.420-2 ou L.442-6 du code de commerce, le tribunal non spécialisé devra se déclarer dépourvu de pouvoir juridctionnel : la spécialisation est en effet d'ordre public et doit être relevée d'office (Cass. Com. 20 octobre 2015 ;n°14-15851). Mais si les articles du code de commerce ne sont visés que subsidiairement, le juge non spécialisé pourra juger les demandes principales fondées sur le seul code civil et se dire dépourvu de pouvoir sur les demandes subsidiaires.

H 222 Pratiques discriminatoires

La notion de pratique discriminatoire interdite englobe le fait pour tout commerçant ou industriel de pratiquer à l'encontre d'un partenaire économique, ou d'obtenir de lui, des prix, des délais de paiement ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiées par des contreparties réelles, créant de ce fait un désavantage ou un avantage dans la concurrence.

La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 (art.93) a supprimé le délit civil de discrimination prévu par l'ancien article L.442-6 1° et mis un terme à l'obligation faite aux acteurs de justifier par des contreparties réelles les différenciations accordées ou obtenues. Le principe de libre négociabilité permet aux vendeurs de ne pas traiter leurs clients de manière égale. Mais la discrimination peut faire l'objet d'autres incriminations du droit économique.

Sont prohibées les discriminations :

- qui portent atteinte à la concurrence et qui constituent un abus de droit imputable au commerçant
-mises en œuvre dans le cadre d'une entente ou si elles constituent un abus de position dominante
-constitutives d'un acte de concurrence déloyale.

En matière de pratiques anticoncurrentielles, il faut qu'il existe une relation de concurrence entre la victime des pratiques discriminatoires et leur bénéficiaire (qui peut être l'auteur de la pratique), c'est-à-dire qu'ils doivent se trouver sur le même marché. En effet, pour être prohibée au titre des pratiques anticoncurrentielles, la différence de traitement doit avoir un effet réel ou potentiel sur le jeu de la concurrence, celui-ci résultant du désavantage subi par l'un des concurrents ou de l'avantage bénéficiant à d'autres (cf. H 210).

Certaines discriminations peuvent être justifiées. Il appartient à l'auteur de cette pratique d'en apporter la preuve. Parmi les facteurs susceptibles de justifier certaines différences de traitement, on rencontre fréquemment :

-la solvabilité du partenaire : le vendeur doit pouvoir imposer des délais de règlement plus brefs à un client en difficulté

-l'importance des quantités fournies

-les conditions particulières de la vente

Les pratiques discriminatoires peuvent être sanctionnées civilement ou pénalement. Elles peuvent donner lieu à une réparation en nature (cessation des pratiques) et/ou à l'octroi de dommages et intérêts.

Les principales pratiques discriminatoires sont :

- le fait de *consentir à un partenaire* économique des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou d'achat discriminatoires sans contrepartie réelle ou qui ne sont pas justifiées par des différences du prix de revient de la fourniture ou du service.

-*le refus de communication des conditions générales ou des barèmes de prix* à un acheteur pour une activité professionnelle laisse présumer une pratique discriminatoire. La sanction est civile (art. L.441-6-I et L.442-6 I 9) : le distributeur victime de la pratique peut saisir le juge des référés pour faire cesser la pratique. Le juge peut également enjoindre le fournisseur de produire les documents sous astreinte.

-*le refus de vente*. La loi du 1° juillet 1996 a abrogé le refus de vente entre professionnels en tant que faute civile (faute qui subsiste quand le refus est opposé à un consommateur : L 122-11 C.cons.): il appartient à celui qui se prétend victime d'un tel refus d'établir que celui-ci est fautif selon le droit commun de la responsabilité. La notion de refus de vente de produit ou de service est largement interprétée par la jurisprudence. C'est ainsi que, dans certains cas, peuvent être assimilés au refus de vente le refus d'entrer en négociations avec un client qui exprime sa volonté de se lier avec le fournisseur par un contrat de distribution, le refus de fournir à une personne les informations propres à lui permettre de passer la commande, le refus d'exécuter partiellement ou totalement des commandes faites de bonne foi (c'est-à-dire ni excessives, ni dérisoires), à condition qu'il s'agisse de commandes fermes.

Le refus de vente ne peut toutefois être sanctionné si la vente avait pour résultat prévisible de compromettre l'organisation de l'appareil productif du fournisseur ou le prestige de sa marque ou encore quand la demande du client est anormale (quantités trop faibles ou trop importantes ; solvabilité incertaine ; réputation douteuse,…)

Ne peut pas non plus être considéré comme une faute le refus de vente à une entreprise extérieure à un réseau de distribution sélective ou de concession exclusive lorsque le contrat justifiant ce refus est conforme à un texte législatif ou a fait l'objet d'une décision d'exemption (communautaire ou nationale), d'une décision d'exonération de l'Autorité de la concurrence, ou si le tribunal estime que, tout bien considéré, le contrat litigieux contribue au progrès économique tout en réservant au consommateur une part équitable des profits qui en résultent.

-*le refus d'agréer un revendeur* sans motif légitime

La charge de la preuve de pratiques discriminatoires incombe à celui qui s'en prétend victime. La Cour de cassation a jugé que, si la pratique discriminatoire est établie, il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence du lien de causalité pour établir le préjudice que ces pratiques illicites ont causé.

Les pratiques indiquées ci-dessus sont souvent invoquées devant les tribunaux de commerce pour établir la preuve de l'existence d'une faute dans les instances où la victime recherche, sur le fondement de l'article 1382 ancien-1240 nouveau du code civil, la réparation du préjudice qu'elle estime avoir subi.

L'action en justice introduite par la victime permet d'obtenir la cessation des pratiques illicites, l'annulation des contrats qui les stipulent et des dommages et intérêts.

L'action (au fond ou en référé) fondée sur l'article L.42-6 du code de commerce doit être portée devant les tribunaux de commerce spécialisés (art L.420-7) (cf. H 226- C 411-1)).

H 223 Pratiques portant atteinte à la concurrence

Les règles relatives aux pratiques restrictives de concurrence prévues aux articles L.442-1 et suivants du code de commerce ont été introduites en droit français pour protéger certaines entreprises en position de faiblesse (notamment les fournisseurs de la grande distribution). Elles sont disparates et foisonnantes car leur contenu a souvent évolué. A la différence des pratiques dites « anticoncurrentielles » (abus de position dominante, ententes et exploitation abusive d'un état de dépendance économique), la caractérisation des pratiques restrictives de concurrence ne suppose pas la preuve d'une atteinte à la concurrence sur le marché en cause.

Au sein des pratiques restrictives de concurrence, on distingue les comportements constitutifs d'une infraction pénale et ceux constitutifs d'une faute civile susceptible d'engager la responsabilité de leur auteur

H 223-1 Les pratiques constitutives d'une infraction pénale

Si la poursuite pénale de ces comportements relève de la compétence des juridictions de droit commun après enquête de la DGCCRF, les tribunaux de commerce peuvent être saisis au titre de la responsabilité civile de l'auteur de ces pratiques, sur le fondement de l'article 1382 ancien (ou 1240 nouveau) du code civil.

Entre professionnels, deux pratiques sont constitutives de délits pénaux :

-*Revente à perte* (art. L.442-2). Elle se définit comme le fait pour tout commerçant de revendre un produit (les services ne sont pas concernés) en dessous de son prix d'achat effectif (« prix unitaire net figurant sur la facture d'achat, minoré du montant de l'ensemble des autres avantages financiers consentis par le vendeur exprimé en pourcentage du prix unitaire net du produit et majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport »), mais la preuve, qui est à la charge du demandeur, est souvent difficile à apporter.

Pour apprécier l'existence d'un délit de revente à perte, il faut prendre en considération l'économie globale de l'opération de revente.

L'infraction ne s'applique qu'aux produits revendus en l'état et concerne donc essentiellement les activités de distribution. De nombreuses exceptions sont prévues (L.442-4) en considération de l'état du marché : denrées périssables, ventes pour cessation d'activité, ventes saisonnières, ventes de produits techniquement dépassés ou dont le réapprovisionnement pourrait s'opérer à la baisse, ventes dont le prix est aligné sur le prix légalement pratiqué par un autre commerçant dans la même zone d'activité, etc.

Cette infraction fait l'objet de sanctions pénales (amendes, affichage de la décision). La revente à perte engage la responsabilité civile du vendeur à l'égard de ses concurrents, indépendamment de toute mauvaise foi. Le juge des référés peut ordonner sous astreinte les mesures nécessaires pour faire cesser le trouble illicite résultant de cette pratique. L'action est ouverte aux concurrents mais un fournisseur peut demander en référé la cessation de la revente à perte pratiquée par un distributeur.

-*prix minimal imposé* (art. L.442-5). L'interdiction d'imposer un prix minimal est générale. En revanche, il est licite d'imposer à un partenaire économique une marge ou un prix maximal et de lui suggérer un prix dit "conseillé". Pour un prix dit « conseillé », il convient de vérifier que celui-ci ne constitue pas en fait un prix imposé, car dans ce cas le juge pourra user de son pouvoir de requalification. Par exemple, lorsque le respect du prix minimal conseillé est récompensé par des remises ou son non-respect sanctionné par des refus ou retards de livraison, la pratique doit être requalifiée en prix minimal imposé.

Cette pratique de prix imposé constitue une infraction pénale. Les contrats contenant cette obligation peuvent être annulés. L'infraction à cette réglementation constitue un trouble illicite que le juge des référés peut faire cesser.

En dépit du principe général de liberté des prix, la réglementation communautaire autorise exceptionnellement les Etats à fixer certains prix. Des lois spéciales incluent des dispositions restrictives de concurrence dans les secteurs du livre (loi du 10 août 1981), des transports (ordonnance du 1° décembre 1986), s produits agricoles, de l'énergie, des médicaments, etc. Le commerçant qui respecte ces règlementations ne peut être sanctionné.

H 223-2 Les pratiques restrictives entre partenaires commerciaux

L'article L.442-6 I énumère plusieurs comportements qui engagent la responsabilité de leur auteur :

-*avantage disproportionné au regard du service rendu* (L.442-6 I 1°) *:* cette disposition permet notamment de sanctionner les distributeurs qui facturent des services de coopération commerciale fictifs.

-*déséquilibre significatif* (L.442-6 I 2°) *:*cf. H 224

-*conditions manifestement abusives obtenues sous la menace d'une rupture brutale de relations commerciales* (L.442-6 I 4°)

-*rupture brutale de relation commerciale établie* (L.442-6 I 5°) *:* cf. H 225

-*violation de l'interdiction de revente hors réseau* faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive (article L.442-6 I 6°)

Les réseaux de distribution sélective sont licites et doivent donc être protégés s'ils présentent une étanchéité juridique effective lorsque les distributeurs s'interdisent de revendre à des revendeurs hors réseau. Ce texte consacre la jurisprudence antérieure qui se fondait sur la responsabilité extracontractuelle du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle.

Il convient de vérifier la licéité du réseau de distribution sélective au regard de la prohibition des ententes et notamment du règlement d'exemption par catégorie 330/2010.

L'article L.442-6 II liste en outre cinq types de clauses qui doivent être frappées de nullité dans les contrats de distribution.

C'est le cas notamment d'une clause par laquelle l'une des parties interdit à l'autre de céder à des tiers (par exemple une banque) des créances qu'elle détient sur lui, ou encore des clauses dites « anglaises » qui permettent à l'une des parties de bénéficier automatiquement des conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant.

Des tribunaux de commerce spécialisés ont une compétence spéciale et exclusive pour statuer sur les demandes fondées sur des dispositions de l'article L.442-6 (cf. H 226- C 411-1))

H 223-3 Les pratiques à l'égard des consommateurs portant atteinte à des concurrents

a) Pratiques d'appel : Le prix d'appel, qui consiste notamment en réductions importantes sur des produits de marque, n'est réprimé par aucun texte : le procédé en lui-même n'est pas répréhensible. C'est donc par application de règles spécifiques que le prix d'appel peut être sanctionné. Par exemple : « Une action de promotion par les prix sur un produit de marque, avec une marge très faible voire nulle, alors que le commerçant ne dispose que de quantités tellement insuffisantes que les avantages à en attendre ne peuvent être en rapport avec l'action de promotion engagée ».

La distribution sélective est particulièrement menacée par les pratiques d'appel. La revente à perte engage la responsabilité civile du vendeur à l'égard des propriétaires des marques, indépendamment de toute mauvaise foi (dommages et intérêts). Le juge des référés peut ordonner sous astreinte les mesures nécessaires pour faire cesser le trouble illicite résultant de cette pratique et interrompre la campagne publicitaire.

b) *Pratiques para commerciales*. Ces pratiques consistent à exercer des activités de négoce sans en supporter les charges correspondantes :

- exercice par des associations, coopératives d'entreprises ou administrations, d'une activité commerciale habituelle si cette activité n'est pas prévue aux statuts ;
- ventes de produits ou services en utilisant dans des conditions irrégulières le domaine privé de l'Etat, de collectivités territoriales ou d'établissements publics, (art L.442-8).

a) Offre de prix abusivement bas : L'article L.420-5 du code de commerce prohibe les prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport au prix de revient des produits lorsque l'objet ou l'effet de ces offres est d'éliminer une entreprise sur ce marché ou d'en empêcher l'entrée.

La notion de prix abusivement bas s'applique à un prix de vente et non un prix de revente en l'état, la revente à perte étant dans certains cas prohibée et constituant une infraction pénale (cf. H 223-1). Le prix abusivement bas n'est pas défini de manière plus précise, aussi convient-il d'avoir pour référence la notion des prix prédateurs, définie par l'Autorité de la concurrence, où le prix de vente est inférieur aux coûts variables.

La notion de prix abusivement bas s'applique donc à un prix de vente au consommateur (L. 420-5) et celle de revente à perte à un prix de revente en l'état (L.442-2).

H 224 Déséquilibre significatif

H 224-1 Articulation des différentes dispositions législatives.

Plusieurs dispositions légales sanctionnent un déséquilibre significatif de conditions contractuelles :

a) Code de la consommation art. L 212-1 : « sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer au détriment du **non professionnel ou du consommateur** un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ». Les clauses abusives sont réputées non écrites. L'appréciation du caractère abusif des clauses ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix.

b) Code de commerce : « engage la responsabilité de son auteur… :

-art L.442-6-I-2° : « …le fait de soumettre ou tenter de soumettre un **partenaire commercial** à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties »

c) L'ordonnance du 10 février 2016 a introduit une disposition nouvelle dans le code civil, l'article 1171 qui dispose : *« Dans les contrats d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.*

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. »

La notion de déséquilibre significatif est ainsi étendue à l'ensemble des co-contractants, dans le cas des contrats d'adhésion.

Cinq remarques sur ces articles :

1) L'article 1171 nouveau du code civil est applicable à tous les contrats d'adhésion, y compris à ceux qui sont conclus entre professionnels. Il est largement démarqué des articles L212-1 et L241-1 du code de la consommation. De fait, comme le rappelle le rapport au Président de la République de l'ordonnance du 10 février 2016, il étend aux professionnels les clauses abusives du code de la consommation.

2) Dans toutes ces dispositions (code de la consommation, code de commerce et code civil), le déséquilibre significatif est sanctionné sans qu'il soit nécessaire d'établir que le consentement de la victime a été vicié.

Le déséquilibre significatif n'exige pas la reconnaissance par le juge d'une situation de dépendance ou d'infériorité de la partie demanderesse.

3) L'article 1171 ne concerne que les contrats d'adhésion, c'est-à-dire *« les contrats dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties »* (art. 1110 nouveau C.civ.). Il s'agit notamment de tous les contrats dont une partie se contente d'accepter les conditions générales préétablies par l'autre partie. Ce type de contrat se rencontre fréquemment : contrat d'assurances, produits financiers, contrat de prêt…

4) L'article L.442-6 -I-2° du code de commerce porte sur « le fait de soumettre ou de tenter de soumettre » et sanctionne des comportements : le résultat effectif de la clause est indifférent. En revanche, l'article 1171 sanctionne une situation de fait : l'existence effective d'un déséquilibre significatif doit être démontrée et non pas simplement l'intention.

5) Enfin, l'application des dispositions de l'article L.442-6-I-2° suppose l'existence d'un « partenariat commercial ». Or la plupart des contrats d'adhésion ne sont pas passés entre partenaires commerciaux.

H 224-2 Le déséquilibre doit être significatif

a) Le **déséquilibre doit être significatif**. Un simple défaut d'équivalence des droits et obligations ne peut être condamné, d'autant plus que l'article 1168 nouveau du code civil indique : « dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des obligations n'est pas cause de nullité des contrats, à moins que la loi n'en dispose autrement ».

b) Le déséquilibre **porte sur les conditions juridiques** du contrat (des conditions de résiliation déséquilibrées, asymétrie des clauses exonératoires de responsabilité, des obligations injustifiées et non réciproques,….) et non sur les conditions économiques : l'article L.442-6 –I- 2° n'a pas pour objet de sanctionner la lésion. A noter que le nouvel article 1171 du code civil prévoit également, comme le code de la consommation, que le déséquilibre ne porte pas sur « l'adéquation du prix à la prestation ». Le prix est de la responsabilité des parties.

c) Dans le domaine des clauses abusives, l'article L212-1 du code de la consommation dispose que *« le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat ».* Une clause défavorable peut trouver sa justification dans une autre disposition plus favorable. La jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation relative à l'article L.442-6 I-2 considère également qu'il convient *« d'apprécier le contexte dans lequel le contrat est conclu et son économie »* ; elle invite à rechercher si d'autres clauses conduisent à un « rééquilibrage du contrat » (Cass. Com. 3 mars 2015, n°13-27.525 et 27 mai 2015, n°14-11.387). De même, la Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) invite le prestataire à démontrer un éventuel « rééquilibrage du contrat » (avis du 23 février 2015 n°15-1).

La jurisprudence relative à l'article 1171 nouveau du code civil n'est pas établie. On peut penser qu'elle s'inspirera des règles précédentes (« déséquilibre entre les droits et obligations des parties » donc une appréciation d'un équilibre global).

H 224-3 La sanction : la suppression de la clause ou l'allocation de dommages-intérêts

En application de l'article L.442-6 III, l'action peut être introduite par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le Ministre chargé de l'économie ou le président de l'Autorité de la concurrence.

Selon l'article 1171 du code civil, la clause qui créé un déséquilibre significatif est réputée non écrite à la différence de l'article L 442-6 du code de commerce qui vise expressément la réparation du préjudice subi et prévoit la possibilité de sanctionner l'infraction par des dommages et intérêts, la répétition de l'indu, une amende civile (allant jusqu'à deux millions d'euros), la publication de la sanction,…(seuls le ministère public ou le ministre de l'économie peuvent demander la nullité du contrat ou de la clause à l'origine de la pratique abusive).

Rien ne semble interdire à une partie de demander à la fois l'annulation de la clause sur la base du nouvel article 1171 du code civil et une réparation du préjudice déjà subi sur le fondement de l'article L.442-6.

Ces litiges, si l'article L.442-6 est visé, seront réservés aux juridictions spécialisées (cf. H 226). En revanche, si seule était demandée la nullité d'une clause sur le fondement de l'article 1171, la spécialisation ne trouverait pas à s'appliquer. Si l'article L442-6 du code de commerce n'est visé que subsidiairement, le juge non spécialisé pourra juger les demandes principales fondées sur le code civil et se dire dépourvu de pouvoir sur les demandes subsidiaires.

H 225 Rupture brutale d'une relation commerciale établie

La rupture brutale d'une relation commerciale établie est l'une des pratiques restrictives de la concurrence, sanctionnée par l'article L 442-6 I 5° du code de commerce,

« 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 : …de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels. Lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur. […] Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure ».

Ce texte est une exception au principe de la liberté du commerce : il ne remet pas en cause la liberté absolue de mettre fin tout moment à une relation ou à un contrat à durée indéterminée, sans avoir à en justifier le motif. Il sanctionne non pas la rupture, mais « la brutalité » de la rupture, c'est-à-dire la rupture sans préavis suffisant.

H 225-1 Le champ d'application

Son champ d'application est large et vise toute relation commerciale, qu'elle porte sur la fourniture d'un produit ou d'une prestation de service.

Ce qui exclut :

-les relations entre un professionnel et un consommateur ou un non-professionnel

-les relations entre un professionnel et les membres de diverses professions réglementées : avocats, experts, médecins, notaires, conseils en propriété industrielle, même si l'activité est exercée sous forme de société commerciale.

-les relations couvertes par des lois spéciales : agents commerciaux, (art. L.134-11), sous-traitants des opérateurs de transport (loi du 30 décembre 1982- décret 26/12/2003), concours bancaires y compris l'affacturage (art 313-12 CMF).

H 225-2 La relation commerciale établie

La relation commerciale doit être « établie ». Elle doit avoir une durée significative, peu important qu'aucun contrat n'ait été formalisé. Mais elle doit avoir eu un caractère suivi, stable et habituel, permettant à la partie victime de la rupture d'anticiper légitimement ou raisonnablement pour l'avenir une certaine continuité du flux d'affaires avec son partenaire commercial.

Tel est le cas en présence d'un flux régulier d'affaires ; mais tel n'est pas le cas si la poursuite de la relation commerciale est soumise à un aléa tel qu'il la place dans une perspective de précarité certaine et la prive de toute permanence prévisible, par exemple en cas d'appels d'offres réguliers, mais aussi si les circonstances connues de la victime la rendaient non pérenne.

Ces circonstances peuvent tenir :

-à la mise en concurrence du contrat rompu

-à la nature d'une relation aléatoire par nature telle qu'un ou même une succession de contrats d'édition, les offres spot ou d'intermédiation notamment pour déstockage

-aux conditions d'exécution de la relation telles qu'un désaccord entre les parties la fragilisant, difficultés économiques connues de l'auteur de la rupture…

H 225-3 La rupture de la relation commerciale

La rupture d'une relation commerciale établie réside dans la cessation unilatérale du courant d'affaires : la résiliation d'un contrat à durée déterminée ou indéterminée, la non-reconduction d'un contrat dont le caractère non-reconductible n'est pas exprès, la cessation de commandes,…

Elle est aussi susceptible de résulter de l'augmentation substantielle des tarifs confinant à leur bouleversement, la modification significative des conditions de règlement, l'obligation de se fournir auprès d'une société tierce qui ne consent pas les mêmes conditions tarifaires.

La rupture de la relation doit être imputable à l'auteur prétendu, ce qui exclut les ruptures justifiées par le comportement de la victime ou autre faits justificatifs dont la force majeure.

Ce peut être une rupture totale de la relation mais aussi une rupture partielle résultant d'une diminution du courant d'affaires qui doit alors être effective, (très) significative et délibérée, ce qui exclut les baisses de commandes qui sont la conséquence de la diminution de l'activité de l'auteur présumé et ne lui sont pas imputables.

L'auteur de la rupture (tous les professionnels exerçant une activité de production, de distribution ou de service) est susceptible d'être tant le client de la victime que son vendeur. Le statut juridique de la victime de la rupture est quant à lui indifférent.

La circonstance que la victime de la rupture n'est qu'indirecte ne fait pas obstacle à l'application de la disposition – ainsi d'un sous-traitant, victime de la rupture de la relation du donneur d'ordre et de l'entrepreneur principal, voire généralement d'un tiers.

H 225-4 La rupture brutale

La disposition sanctionne la rupture « brutale », c'est-à-dire imprévisible, soudaine et violente, celle à laquelle la victime ne pouvait s'attendre.

L'écrit requis par l'article L 442-6 I 5° peut ne pas être un courrier spécifique. Mais le seul caratère « prévisible » de la rupture ne suffit pas à écarter la nécessité d'un préavis. L'auteur de la rupture doit démontrer « un acte manifestant son intention de ne pas poursuivre la relation et faisant courrir le préavis » (Cass.Com.- 6 septembre 2016 ; n°14-25891)

La rupture est également brutale s'il n'a pas été accordé un préavis d'une « durée suffisante », durée à apprécier, selon le texte, « notamment en fonction de la durée » de la relation rompue. Elle l'est de fait également en fonction des « autres circonstances de l'espèce », dont les usages dans un secteur d'activité donné. Le juge peut retenir le comportement loyal ou non de l'auteur de la rupture ; mais il s'attache avant tout à estimer le temps nécessaire à la victime pour adapter ses capacités de production ou ses structures d'entreprise au volume d'activité qui sera le sien quand la décision de rupture sera effective.

Pourront notamment être pris en compte la spécificité de la relation ou du marché sur lequel l'activité s'exerce, l'existence d'une exclusivité, le degré de dépendance de la victime, le caractère substituable des affaires en cause, l'existence d'investissements dédiés…

La rupture n'est pas brutale si une solution de remplacement a été proposée pour la période de préavis ou lorsque la rupture trouve pleinement sa justification dans l'inexécution par la victime de la rupture, de ses obligations envers l'auteur de cette dernière ou résulte de la force majeure, strictement appréciée.

Le préavis doit tenir compte de la durée de la relation commerciale et des usages du secteur. La durée de préavis suffisante pour se réorganiser n'excède généralement pas 12 mois, et en tout cas, sauf circonstances très exceptionnelles, 18 à 24 mois.

H 225-5 Le préjudice indemnisable

C'est la brutalité de la rupture qui crée un préjudice indemnisable et non la rupture elle-même, ce qui exclut du droit à indemnisation certains préjudice souvent allégués (par exemple la diminution de valeur du fonds de commerce). La perte des investissements non amortis est aussi un préjudice lié à la rupture en principe non indemnisable (sauf circonstances très exceptionnelles d'investissements dédiés importants exigés). Il en est de même du coût des licenciements sauf s'il doit être considéré qu'un préavis raisonnable eût permis de les éviter.

Le préjudice indemnisable en cas de rupture brutale est la perte des gains manqués pendant la période durant laquelle le préavis n'a pas été exécuté ou a été partiellement exécuté (si diminution du chiffre d'affaire non justifiée). Il correspond, selon la Cour de cassation, à la « perte de marge commerciale brute » dont la victime de la rupture a été privée du fait de l'insuffisance du préavis, c'est-à-dire escomptée durant la période de cette insuffisance, la marge brute étant définie comme le chiffre d'affaires qui aurait été réalisé – souvent calculé à partir de la moyenne des trois derniers exercices ayant précédé la rupture - sous déduction des charges directement variables (achats dont commissions proportionnelles et consommables, diminution des stocks, les sous-traitances parfois très importantes et, le cas échéant, selon le secteur et la durée du préavis, tout ou partie des charges salariales.).

Mais cette notion est calculée différemment par les experts comptables et commissaires aux comptes qui délivrent des « attestations ». Le juge doit donc exiger le détail des calculs effectués à partir des chiffres peu contestables des liasses fiscales.

Les dommages et intérêts sont susceptibles de réparer aussi les investissements spécifiques inutilement consentis par la victime de la rupture, la désorganisation des approvisionnements et des rapports avec la clientèle ou celle de la force commerciale, voire le préjudice moral au titre du manque de loyauté et du comportement vexatoire de l'auteur de la rupture.

L'acceptation délibérée par la victime de la rupture, d'une situation de dépendance constitue une faute qui justifie de réduire le quantum de l'indemnité

H 226 Les juridictions compétentes

La responsabilité mise en cause en cas de pratiques restrictives de concurrence est, dans l'ordre interne, la responsabilité délictuelle de l'auteur (et non pas sa responsabilité contractuelle).

Comme pour les pratiques anti-concurrentielles (art L 420-7) les litiges relatifs à la dépendance économique ou aux pratiques restrictives de concurrence (art. L 442-6-III) sont attribués à huit tribunaux de commerce ou tribunaux mixes de commerce dits spécialisés (Marseille, Bordeaux, Lille-Métropole, Fort de France, Lyon, Nancy, Paris et Rennes, et, en appel, à la Cour d'appel de Paris (cf. H 210). Cette spécialisation s'impose également au juge des référés. Cette règle est sanctionnée par une fin de non recevoir d'ordre public.

Une clause attributive de compétence à un autre tribunal non spécialisé figurant au contrat est inapplicable mais une clause attributive de compétence à une juridiction étrangère ou une clause compromissoire visant tous les litiges est applicable

Aucune disposition spéciale ne vient limiter la compétence de tous les tribunaux de commerce concernant l'application des dispositions des nouveaux articles 1143 et 1171 du code civil. Il a été jugé cependant que, dès lors que l'application des articles L 420-1 ou L 442-6 était soulevée, la compétence des tribunaux spécialisés s'imposait.

Le juge des référés (d'un tribunal spécialisé) peut ordonner, au besoin sous astreinte, la cessation des pratiques abusives ou toute autre mesure provisoire. S'agissant d'une relation commerciale établie, il lui est ainsi permis de prescrire de la reprendre, de la poursuivre jusqu'à l'expiration de la durée de préavis raisonnable que, toutefois, il ne saurait fixer. Seul le juge des référés des tribunaux spécialisés est compétent.

Une clause d'un contrat ou d'une convention qui prévoit l'exécution d'une obligation prohibée par les dispositions de l'article L442-6 n'a pas de contenu licite et est atteinte de nullité relative (art. 1128 nouveau C.civ.). Le juge peut prononcer la nullité de cette clause lorsqu'elle est requise par la partie protégée ou tout intéressé. Le contrat lui-même peut être annulé si la clause a été déterminante de l'engagement des parties (art. 1184 nouveau C.civ.)

H 230 CONCURRENCE DELOYALE

Les pratiques de concurrence déloyale concernent les rapports entre deux ou plusieurs entreprises concurrentes et n'ont pas d'effet direct sur le marché. Elles ne relèvent pas du droit économique de la concurrence mais des dispositions des articles 1382 et suivants anciens (1240 et suivants nouveaux) du Code civil ainsi que de la jurisprudence élaborée à partir des règles de la responsabilité civile délictuelle.

La liberté du commerce et de l'industrie (composante de la liberté d'entreprendre, principe à valeur constitutionnelle) qui implique la liberté de concurrence reste le principe fondamental des rapports commerciaux : faire concurrence est licite et on ne peut à ce titre reprocher à une entreprise de démarcher et de capter la clientèle de ses concurrents, à condition que cette action ne s'accompagne d'aucun manquement aux usages loyaux du commerce.

L'action en concurrence déloyale a donc pour objet d'assurer la protection de celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif, en indemnisant un préjudice et en faisant respecter une déontologie protectrice du fonds de commerce contre des agissements répréhensibles : elle a ainsi à la fois une fonction indemnitaire et une fonction coercitive.

H 231 Les formes de concurrence déloyale

Sont notamment constitutifs de concurrence déloyale le dénigrement, la désorganisation l'imitation déloyale et le parasitisme.

Le dénigrement consiste à discréditer un concurrent en répandant à son propos des informations malveillantes portant sur la personne du concurrent (son incompétence, son honorabilité, ses difficultés financières,...) ou sur ses produits ou services (mauvaise qualité, usure précoce,…).

Pour ouvrir droit à réparation, il faut que le concurrent dénigré soit désigné, expressément ou implicitement, ou identifiable par sa clientèle. Le dénigrement sera constitué, même si l'auteur établit l'exactitude de ses informations.

La publicité comparative, pour être licite et ne pas être qualifiée de dénigrement, doit établir une comparaison objective se limitant à des caractéristiques (pouvant comprendre le prix de vente) essentielles, significatives, pertinentes et vérifiables (cf. H 463).

La désorganisation d'un concurrent peut résulter du débauchage de son personnel ou du détournement de sa clientèle, de l'utilisation frauduleuse de fichiers, de listes de clients, de documents confidentiels, de la captation de know-how, de la divulgation de secrets de fabrication,…

L'employeur qui embauche un ancien salarié d'un concurrent ne commet pas de faute, le principe de la liberté du travail ayant une valeur constitutionnelle (à condition que le salarié embauché ne soit pas lié à son ancien employeur par une clause de non concurrence lui interdisant d'exercer). Pour qu'il y ait un agissement déloyal, le débauchage doit s'accompagner d'irrégularités : par exemple, la violation de délais de préavis ou encore un débauchage massif susceptible d'entrainer une véritable désorganisation de la société qui le subit, et non une simple perturbation.

Si des actions déloyales ont été initiées lorsque le salarié était encore en poste chez son précédent employeur, le salarié et son nouvel employeur peuvent voir leur responsabilité recherchée respectivement devant le Conseil des Prud'hommes et le Tribunal de commerce.

Le démarchage de la clientèle d'un concurrent n'est pas un acte de concurrence déloyale sauf s'il est accompagné d'agissements déloyaux (proposition de prix anormalement bas, détournement de fichier clients...).

L'imitation déloyale ; qui provoque une confusion dans l'esprit du consommateur, par imitation soit de l'entreprise elle-même, soit de ses signes distinctifs, soit de ses produits ou services, est un acte de concurrence déloyale (sauf si des contraintes techniques imposent des similitudes).(cf. H 234)

Le risque de confusion, qui va au-delà d'une simple ressemblance, s'apprécie en fonction d'un public moyennement attentif et peut porter sur les identifiants de l'entreprise (nom commercial, dénomination sociale, enseigne, nom de domaine), sur une imitation des messages publicitaires du concurrent et de ses produits.

Dans les demandes présentées en raison d'une imitation de produits, la concurrence déloyale est souvent liée à la contrefaçon. Il s'agit cependant d'une demande tout à fait distincte, la contrefaçon sanctionnant une atteinte au droit de propriété, alors que la concurrence déloyale sanctionne un comportement. La Cour de cassation confirme que « les deux actions procèdent de causes différentes et ne tendent pas aux mêmes fins, et que la seconde n'est pas l'accessoire, la conséquence ou le complément de la première » (Cass. com.- 22 sept. 1983 – n°82-12120). Voir H 233-1 pour la combinaison de ces actions.

La revente hors réseau de distribution sélective ou exclusive constitue un acte de concurrence déloyale si elle s'accompagne d'une acquisition irrégulière de marchandises, auprès d'un distributeur agréé.

Les agissements parasitaires

Le parasitisme ne cherche pas nécessairement à créer une confusion avec une autre entreprise. Il a pour but de profiter indument de la notoriété d'autrui - qui n'est pas nécessairement un concurrent - et de vivre en parasite dans son sillage en utilisant les efforts accomplis et la valeur économique créée par la victime du parasitisme (utilisation du nom commercial ou de la marque d'autrui, même pour des produits totalement différents donc sans risque de confusion possible, reproduction de sites internet, de slogans publicitaires d'une entreprise qui entraine pour celle-ci une banalisation de son message).

L'agissement parasitaire est constitué lorsque « une personne, à titre lucratif et de façon injustifiée, s'inspire ou copie une valeur économique d'autrui, individualisée et procurant un avantage concurrentiel, fruit d'un savoir-faire, d'un travail intellectuel et d'investissements ».

Le parasitisme permet ainsi de protéger certains investissements, même en l'absence de droit de propriété intellectuelle. Il pourra s'agir notamment de l'imitation d'un site internet, d'un produit, d'un nom de domaine.

Le parasitisme résulte d'un ensemble d'éléments appréhendés dans leur globalité à partir d'un faisceau d'indices. « La concurrence déloyale ne peut être établie par un faisceau de présomptions : chacun des faits constitutifs doit être prouvé, à l'exception du parasitisme« qui résulte d'un ensemble d'éléments appréhendés dans leur globalité » (Cass. Com - 12 juin 2012 – n°11-19373).

H 232 L'action en concurrence déloyale

Aucun texte spécifique n'existant en la matière, les actions sont régies par les principes de la responsabilité civile extracontractuelle et sont exercées sur le fondement des articles 1382 et 1383 anciens ou 1240 et 1241 nouveaux du code civil. La conséquence en est que le demandeur doit prouver une faute, un dommage et un lien de causalité entre les deux.

La faute consiste dans l'exercice déloyal d'une activité commerciale. Elle n'a pas besoin d'avoir un caractère intentionnel. La bonne foi n'est pas exonératoire.

L'appréciation de ces critères fait toutefois apparaître une spécificité de l'action en concurrence déloyale : si la jurisprudence exige toujours l'existence d'une faute (caractérisée comme une faute morale et non comme un abus de droit), le préjudice se trouve présumé dans son principe à partir de la faute. Ce préjudice peut en effet consister en un simple trouble commercial, voire un simple dommage moral, type de préjudice qui se trouve quasi obligatoirement généré par un comportement déloyal. Ce point est essentiel en matière de pratiques parasitaires pour lesquelles un préjudice est souvent difficile à prouver.

L'existence d'une clientèle n'est pas une condition de l'action pour concurrence déloyale car celle-ci est ouverte aux organismes et aux syndicats professionnels.

La jurisprudence s'est assouplie dans l'exigence de cette condition : l'action pour concurrence déloyale est admise même s'il n'existe pas de relation concurrentielle entre l'auteur du comportement déloyal et la victime (litige entre le parfum « Champagne » et le vin de cette région. CA Paris 15 décembre 1993).

Le juge est souverain dans son appréciation du caractère déloyal des actes invoqués. A cet égard, il convient de souligner que les parties se méprennent souvent sur leurs droits en la matière. Le juge doit donc être vigilant pour déterminer si les faits qu'il constate constituent réellement des délits ou le simple exercice d'une concurrence sévère, laquelle implique, par définition, une certaine agressivité. En l'absence de textes et compte tenu de la multiplicité des situations invoquées, le juge ne peut que se référer à la jurisprudence, fort abondante en l'espèce (cf. H 254).

H 233 La procédure

H 233-1 La procédure au fond

Le tribunal de commerce est compétent pour traiter des litiges portant sur des faits de concurrence déloyale.

Cependant les tribunaux de Grande Instance ont une compétence exclusive d'attribution pour les litiges dans lesquels des droits de propriété intellectuelle (droit d'auteur, brevets, marques, dessins et modèles) sont impliqués. En conséquence, la Cour de cassation retient l'incompétence du tribunal de Commerce pour connaître des demandes en concurrence déloyale exclusivement fondées sur l'article 1382 ancien ou 1240 nouveau du code civil dès lors que les faits du litige impliquent l'examen de droits de propriété industrielle (Cass.Com. 20 février 2007 n° 04-20646). Ainsi la compétence du Tribunal de Grande Instance s'étend à toute instance qui met la juridiction saisie dans l'obligation d'apprécier une contrefaçon ou une imitation de marque.

La compétence du tribunal de Commerce demeure dès lors que l'action en concurrence déloyale a pour cause des éléments étrangers au droit des marques ou aux autres droits de propriété intellectuelle et n'implique pas l'examen de règle spécifique du droit des brevets (Cass.Com.16 février 2016 ; n° 14-24296).

.

Le tribunal de commerce est incompétent au profit du Conseil de prud'hommes lorsque l'action est engagée contre un salarié et si les faits allégués constituent une infraction aux obligations de son contrat de travail.

Le délai pour agir au fond est de cinq ans à compter de la manifestation du dommage conformément à l'article 2270-1 du code civil.

Si la concurrence déloyale est prouvée, le juge ordonne toute mesure propre à faire cesser ces agissements (éventuellement avec astreinte) et autorise, généralement, la publication de la décision aux frais du contrevenant (sans exécution provisoire pour les décisions rendues en premier ressort). Il accorde enfin des dommages intérêts dont la fixation peut nécessiter souvent l'avis d'un expert et dont le montant est fixé souverainement par le juge. Ils visent à réparer le préjudice subi (perte de marge brute) ; la jurisprudence admet également la prise en compte du préjudice moral, subi même par une personne morale (Cass.com. - 15 mai 2012– n°11-10278). On note une tendance récente à l'augmentation des dommages et intérêts alloués.

H 233-2 La procédure en référé

Le juge des référés est compétent en cas d'urgence et en l'absence de contestation sérieuse (art 872 Code de Procédure Civile). Même en présence de contestation sérieuse, le juge des référés a compétence pour faire cesser un trouble manifestement illicite ou prévenir un dommage imminent (art 873). Le juge peut ordonner des mesures d'instruction in futurum (cf. D 211-E 314) et/ou des mesures conservatoires (mesures d'interdiction, rappel de produits,…).

H 234 Quelques cas de concurrence déloyale

H 234-1 L'imitation de produits et de packaging

a) Imitation de produits :

*la copie servile ou quasi-servile de produits

-la reproduction servile d'un produit qui n'est pas protégé par un droit de propriété intellectuelle n'est pas en tant que telle constitutive d'un comportement déloyal (CA. Paris 29 janvier 2014)

-pour que la vente d'un produit identique constitue un acte de concurrence déloyale, il faut démontrer que cette reproduction est fautive (CA. Paris 9 mai 2014). Par exemple, démontrer que la copie servile a eu pour objet ou pour effet de créer un risque de confusion (impression d'ensemble identique) ; ou encore que cette reproduction constitue un acte de parasitisme compte tenu des investissements importants consentis sur le modèle copié.

*la reprise de caractéristiques de produits

-cette reprise est fautive si les caractéristiques reprises ou imitées présentent un caractère original, nouveau ou distinctif ;

-en revanche, la reprise n'est pas fautive si elle est dictée par des contraintes techniques ou règlementaires, ou si elle porte sur des caractéristiques banales/usuelles, ou purement informatives.

b) Imitation de packagings

Le packaging constituant un moyen de communication et de marketing très puissant, généralement non protégé par un droit de propriété industrielle, l'imitation constitue une forme de parasitisme.

L'agissement déloyal est caractérisé en cas de copie d'un emballage innovant et original, non dicté par des contraintes techniques ou règlementaires. En revanche, l'imitation ne constitue pas un agissement fautif si les éléments repris ne sont pas distinctifs, s'ils sont banals dans le domaine concerné,…

H 234-2 La recherche d'association avec les produits ou les évènements de tiers

a) La compatibilité de produits

La recherche de compatibilité entre les produits de deux sociétés ne constitue pas un acte de concurrence déloyale (Cass.Com. 29 mars 1994 n°92-12210) : par exemple, des pièces de rechange identiques. Mais l'utilisation abusive de l'argument de compatibilité ayant pour effet d'entrainer un risque de confusion est fautive.

b) Les tableaux de concordance

Ces tableaux présentent au consommateur des produits correspondant à des produits de marques prestigieuses : cette pratique est sanctionnée pour contrefaçon de marque.

c) « L'ambush marketing »

C'est le fait pour une entreprise de se rendre visible du public lors d'un évènement sportif ou culturel en évitant de rétribuer les organisateurs. Cette pratique est condamnée sur le fondement du parasitisme. Mais le simple fait de se rattacher à un évènement ne suffit pas.

H 234-3 L'imitation des éléments de communication d'une entreprise

L'imitation peut porter sur les signes distinctifs de l'entreprise (nom commercial, enseigne, nom de domaine,…), les slogans de vente, les supports publicitaires, les couleurs, le site internet, la présentation intérieure d'un magasin…

Ces imitations ne sont fautives que si elles tendent à créer un risque de confusion ou si elles sont constitutives d'agissement parasitaire.

CHAPITRE 3

H 300 CONTRAT DE VENTE

Le contrat de vente est une « convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose et l'autre à la payer » (art. 1582, al.1 C.civ.). La vente est régie, sauf clause contractuelle contraire, par les articles 1582 à 1701 du code civil ; certaines dispositions sont impératives et rappelées dans la suite de ce chapitre.

Le code civil distingue *la vente*, qui porte nécessairement sur « une chose » (meuble, immeuble, droit incorporel, etc.) du contrat d'entreprise par lequel « on charge quelqu'un de faire un ouvrage » (art 1787 et sq. C.civ.). Le langage courant qualifie souvent de « vente » des contrats de prestations de service qui ne relèvent pas du régime de la vente : organisation d'un voyage, installation d'un logiciel complexe, etc. Il y a *contrat d'entreprise* lorsqu'il y a exécution d'un travail spécifique, même s'il donne ensuite lieu à une production de série (sous-traitance automobile, qui bénéficie du régime protecteur de la sous-traitance applicable en matière de construction cf. I 540). La « *vente en l'état futur d'achèvement* » est un contrat spécial qui n'est ni une vente, ni un contrat d'entreprise, définie par l'article 1601-3 du code civil.

Le code de commerce traite de certaines ventes particulières (vente de fonds de commerce et certaines ventes réglementées (soldes, ventes au déballage, ventes sur liquidation, aux enchères publiques, etc.). Il réglemente certaines relations entre vendeurs et acheteurs (transparence, pratiques restrictives de concurrence, etc. ; vente à perte, vente avec prime, etc.). cf. H 100 et 200.

Le code de la consommation comporte de nombreuses dispositions réglementant les ventes, notamment la prohibition des pratiques commerciales déloyales. Cependant les commerçants ne bénéficient pas des dispositions protectrices de ce code pour l'achat de « biens ou de services qui ont un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par le cocontractant » (Cass.Civ. 1. 24 janvier 1995, n°92-18227). L'article liminaire du code de la consommation entré en vigueur le 1er juillet 2016 confirme l'acceptation faite par les tribunaux de cette jurisprudence :*« Est professionnel celui qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, etc. »*.

Certaines formes de « ventes » n'en sont en réalité pas ; par exemple les ventes aux enchères inversées, s'adressant au public via Internet et moyennant un droit pour enchérir, sont en réalité des jeux de hasard.

Le présent chapitre est essentiellement consacré aux dispositions du code civil, et en particulier à la formation du contrat de vente et aux obligations de l'acheteur et du vendeur (notamment les garanties).

H 310 CONDITIONS DE VALIDITÉ DU CONTRAT DE VENTE

Ce sont celles de tous les contrats (cf. G 100) : articles 1108 et sq. anciens – 1128 et sq. nouveaux- du code civil. Elles s'apprécient au moment de la formation du contrat et sont sanctionnées par sa nullité. En particulier :

-*Consentement* des parties, qui peut être vicié par la « violence économique » (Cass.Civ. 1 - 3 avril 2002 – n°00-12932), l'erreur ainsi que le dol ou les manœuvres dolosives (cf. G 122-1)..

Les ventes « à l'arraché » ou « ventes agressives » peuvent être annulées sur ce fondement. En cas de doute sur la loyauté du vendeur ou de son représentant, le juge peut ordonner la comparution personnelle des parties (art. 184 C.P.C. et suivants).

-*Capacité.* Il est admis que les mineurs fassent de modestes achats courants, par délégation apparente de leurs parents.

-*Objet vendu*. Il doit être dans le commerce : par exemple, un fichier informatique non déclaré à la CNIL alors qu'il aurait dû l'être ne peut être vendu. L'objet vendu doit être déterminé (corps certain), ou déterminable (chose de genre) ou avoir fait l'objet de spécifications telles qu'il puisse être fabriqué sans ambiguïté ; il doit au jour de la livraison être propriété du vendeur.

Le prix est un élément déterminant de la vente ; son absence, ou un prix manifestement dérisoire, est un motif de nullité. Cependant une vente à « un euro » est possible si l'acheteur reprend simultanément des obligations (société en difficulté par exemple). Le prix doit, dès l'origine, être déterminé ou déterminable par les autres éléments du contrat ; il ne peut dépendre de la seule volonté d'une des parties ; toutefois il peut être convenu que le prix sera fixé à dire d'expert ou par arbitrage d'un tiers ; le prix n'est pas forcément indiqué sur le bon de commande, mais doit alors figurer sur un tarif en vigueur au moment de la vente. Il peut, sous certaines conditions, être fixé sous réserve de révision.

H 320 ACTES ET CONVENTIONS PRÉALABLES A LA VENTE

H 321 Types de conventions

L'offre de vente va de la publicité au démarchage en passant par le catalogue papier ou informatique (pour ventes au magasin ou par correspondance). Si l'offre est complète (objet, qualité, prix, conditions), la simple acceptation par l'acheteur conclut le contrat ; sinon des pourparlers sont nécessaires ; il en est ainsi chaque fois que l'offre de vente est constituée par un devis.

L'offre d'achat, plus rare et plus spécialisée, prend souvent la forme d'un appel d'offres dont l'envoi ne saurait engager l'acheteur à conclure cet achat, même s'il reçoit une offre de vente concordante.

La promesse de vente unilatérale (option au profit de l'acheteur) peut fixer un délai à l'intérieur duquel l'acheteur a toute liberté pour faire connaître sa décision.

La promesse d'achat est plus rare. Elle est cependant fréquente lorsqu'un acheteur adresse un bon de commande complet à un fournisseur, ou accepte un bon de commande du fournisseur, et lorsque des clauses de préemption sont introduites dans des actes (par exemple, cession de droits sociaux).

La promesse de vente synallagmatique, énonçant la chose à vendre et le prix, est un véritable contrat de vente, même s'il y manque certaines modalités de délivrance ou de paiement. Elle peut cependant être assortie d'une condition suspensive, avec ou sans délai. La réitération par acte notarié, nécessaire uniquement pour des

raisons fiscales et de publicité, n'est, sauf stipulation contraire dans la promesse, qu'une modalité du transfert de propriété. La promesse de vente peut également être assortie d'une clause résolutoire, si tel évènement se produit ou ne se produit pas dans un délai prévu.

Condition suspensive ou résolutoire peuvent être assorties d'un dédit, somme que celui qui prend l'initiative de la non réalisation de la promesse devra verser à l'autre de façon forfaitaire si la condition suspensive est réalisée ou si la condition résolutoire ne l'est pas. Cette somme ne peut être modifiée par le juge car c'est une clause alternative et non pas une clause pénale (cf. G 151-1).

Le pacte de préférence est un acte par lequel le propriétaire d'une chose (généralement des parts sociales ou un bien immobilier) s'engage, pour le cas où il déciderait de la vendre, à l'offrir en priorité à une personne désignée ; ce n'est donc pas une promesse de vente (synallagmatique ou unilatérale).

H 322 Arrhes et acomptes

Arrhes

Les arrhes constituent une faculté de dédit au bénéfice des co-contractants, celui qui les a données en les perdant, celui qui les a reçues en restituant le double (art1590 c. civ.).Les contrats peuvent prévoir d'autres modalités de dédit, qui sont licites même si elles diffèrent de l'article 1590. Elles ne constituent pas des clauses pénales.

Acompte

C'est une avance faite par l'acheteur au vendeur sur le paiement après que la vente a été conclue.

Les juges sont souverains pour décider, en fonction de l'intention des parties, de la qualification à retenir (Cass.Civ1. 19 octobre 1999 – n°97-10556 ; 18 mars 1997 – n° 95-16135 ; Cass.Civ3. 15 décembre 1976, n°75-12.518)

Les sommes versées d'avance dans des contrats entre un professionnel et un consommateur sont toujours des arrhes (art L214-1 du code de la consommation).

H 323 Négociations précontractuelles

L'absence de bonne foi dans la négociation précontractuelle est sanctionnable sur le fondement de l'article 1382 ancien ou 1240 nouveau du code civil (faute constituée par l'absence de bonne foi, dommage, préjudice). Mais le dommage résultant de la violation de l'exigence de bonne foi - et par exemple de la rupture unilatérale de pourparlers – « ne comprend pas les gains que l'acquéreur pouvait, en cas de conclusion du contrat, espérer tirer de la vente ni même la perte d'une chance d'obtenir ces gains » (Cass.Com. 26 novembre 2003, n°00-10.243 et 00-10.949). « En l'absence d'accord ferme et définitif, le préjudice subi par le candidat acquéreur n'inclut que les frais occasionnés par la négociation et les études préalables auxquelles il a fait procéder » (même arrêt). (cf. G 121-1).

H 330 CONCLUSION DE LA VENTE

H 331 Conditions de forme

Entre commerçants, la preuve de l'accord pouvant se faire par tous moyens, aucun écrit n'est nécessaire. Bien des contrats de vente sont incomplets et cependant exécutés. Entre professionnels de la même profession, les usages, particuliers à cette profession ou généraux du commerce, sont souvent susceptibles de suppléer le silence des parties ou le défaut de formalisme des actes exigé par la jurisprudence et la doctrine dans les autres cas.cf. (G 500).

La date de conclusion de la vente est celle où l'acceptation de l'acheteur parvient au vendeur : l'article 1121 nouveau du code civil vient inverser la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation.

L'acceptation peut souvent être tacite. Elle se prouve par tout moyen, y compris par un commencement d'exécution. Cependant l'acceptation d'une promesse unilatérale de vente doit être portée à la connaissance du promettant (Cass.Civ. 2 -21 décembre 1970, n°69-13.031).

Le bon de commande n'est pas obligatoire, mais utile par les mentions qu'il comporte (détermination de l'objet et du prix, conditions de paiement, de livraison, etc.), les mentions marginales et les conditions générales de vente (ou d'achat) qui y figurent (souvent au verso) ou qui y sont jointes.

Les contrats de vente peuvent être conclus par des intermédiaires (mandataires, agents commerciaux, V.R.P., etc.) disposant d'un mandat. Ils peuvent aussi être conclus par des salariés ne disposant pas formellement d'un pouvoir. Sur le fondement de la théorie du mandat apparent (H814), ces intermédiaires engagent la personne au nom de laquelle les contrats de vente ont été signés à la condition que, « compte tenu des circonstances, la croyance à l'étendue des pouvoirs du représentant de l'autre partie était légitime » ; ainsi les

circonstances- tenant par exemple à la nature du contrat et au niveau hiérarchique du signataire -autorisent le tiers à ne pas vérifier les limites exactes du pouvoir (Cass.Civ. 1 ; 28 juin 2005, n°03-15.385).

H 332 Transfert du risque

Sauf convention contraire, le transfert des risques (perte de la chose, dommages causés à d'autres choses ou personnes) se fait à l'acheteur dès le transfert de propriété. La clause de livraison franco (de port et d'emballage) ne constitue pas une stipulation qui mettrait automatiquement les risques du transport à la charge du vendeur.

En cas de vente avec réserve de propriété, il est généralement stipulé que, malgré l'absence de transfert de propriété, l'acheteur supportera les risques de la chose.

H 333 Conditions générales de vente et d'achat

Selon l'article L 441-6 §I du code de commerce, tout producteur, prestataire de service, grossiste ou importateur, est tenu de communiquer à tout acheteur de produit ou demandeur de services qui en fait la demande pour son activité professionnelle, ses conditions générales de vente, celles-ci devant notamment comprendre les conditions de règlement. Ces conditions générales de vente constituent le « socle unique » de la négociation commerciale (même article). Cependant il peut y être dérogé.

Les conditions générales de vente inscrites au verso d'un bon de commande ne sont applicables au cocontractant que si la preuve est rapportée que celui-ci en a pris connaissance. Elles doivent donc être parfaitement lisibles et rédigées de façon claire et intelligible. La preuve de la connaissance peut être apportée par une mention au recto (Cass.Civ. 1 3 décembre 1991, n° 89-20.856) ou par l'existence d'un courant d'affaires, si les conditions générales de vente figurent au verso des factures (Cass.Civ. 1 ;9 janvier 1996,n° 93-16.484).

Certains acheteurs, notamment ceux de sociétés importantes, introduisent dans les contrats leurs propres conditions générales d'achat ; il peut alors exister un conflit entre celles-ci et les conditions de vente du contractant. Dans ce cas, elles se neutralisent (Cass. Com. 3 décembre 1996, n°94-21796) et le droit commun des contrats s'applique, par exemple pour ce qui concerne l'attribution de la compétence territoriale (Cass.Com. 20 novembre 1984, n°83-15.956) Dans les contrats internationaux, il est fréquemment fait référence aux Incoterms, «International Commercial Terms», traduits en français par «C.I.V.» ou «Conditions Internationales de Vente», et définis par la Chambre de Commerce Internationale (cf. I 323).

H 340 OBLIGATIONS DU VENDEUR

Le vendeur est tenu de délivrer la chose vendue (H 341) .

En outre, l'acquéreur bénéfice de deux garanties légales : une garantie de non-éviction et une garantie des défauts de la chose vendue (H 342).

Le vendeur a des obligations particulières concernant la sécurité de la chose vendue (H 343).

H 341 Délivrance de la chose – Conformité ; retards ; obligation de conseil

L'accord des parties sur la vente fait naître une obligation de délivrance (art. 1583 C. civ.: la vente est parfaite dès qu'il y a accord sur la chose et le prix). Cependant, les parties peuvent déroger à cette règle de transfert de propriété en convenant d'une clause de réserve de propriété (N 240).

Conformité

La non-conformité de la chose vendue est un manquement à l'obligation de délivrance (Cass.Com. 4 mai 1993, n°91-18670). Elle s'apprécie à la lumière du contrat mais également au regard de « l'usage auquel elle est destinée » (Cass.Com. 1 décembre 1992, n°91-10.275).

L'obligation de délivrance s'entend non seulement de la remise de la chose, mais des accessoires nécessaires à son utilisation (documentation, formation si elle est prévue au contrat, etc.). Elle s'apprécie à la date de la vente.

L'acceptation sans réserve de la marchandise vendue interdit à l'acheteur de se prévaloir des défauts apparents, mais est sans effet à l'égard de défauts non apparents (Cass.Com. 28 juin 2011, n°10-18.043). Des défauts non apparents ne sont pas nécessairement des vices cachés. Par exemple, un véhicule revendu avec une date de première mise en service ou un kilométrage erroné n'est pas affecté d'un vice caché, mais d'une non-conformité (voir H 243 pour la distinction entre vice caché et non conformité).

Cependant l'obligation de délivrance de machines complexes n'est pleinement exécutée qu'une fois réalisée la mise au point effective de la chose vendue, même si un procès-verbal de réception a été signé (Cass.Com. 10 février 2015 – n°13-24501).

Retard de livraison

Les conséquences d'un retard de livraison sont définies aux articles L138-1 et suivants du code de la consommation si l'acheteur est un consommateur.

Pour un acheteur professionnel, la délivrance tardive peut être une non conformité :

-Si la date de livraison est impérative, l'arrivée du terme vaut preuve de l'inexécution, sans qu'une mise en demeure du vendeur soit nécessaire. Le contrat peut avoir mentionné le caractère impératif ; cependant le juge peut également, au vu des particularités de la cause, considérer que la date de livraison était impérative ;

-Si la date de livraison est indicative ou absente, l'acheteur doit mettre en demeure son vendeur il appartiendra au juge d'apprécier si le retard était « raisonnable »

Obligations d'information et de conseil

L'obligation de délivrance, selon la jurisprudence, s'accompagne d'une obligation d'information et de conseil (cf. G 121-1). Son étendue est variable selon que le produit est plus ou moins dangereux, plus ou moins complexe, et selon que l'acheteur est un professionnel capable d'apprécier ce qu'il achète ou non.

Chaque cas d'espèce doit être apprécié au regard de la jurisprudence générale. Celle-ci a reconnu progressivement que l'obligation était réciproque : le vendeur doit informer l'acquéreur des performances de son produit ; l'acquéreur doit exprimer ses besoins. On se reportera à cet égard au chapitre consacré aux ventes de systèmes informatiques (I 130 et sq.).

H 342 Garanties

La loi a institué deux garanties : la garantie de non éviction et la garantie des vices cachés ; il pèse en outre sur le fabricant une obligation de sécurité. Des dérogations à ces régimes ne sont possibles que dans des cas limités. Ces garanties légales, définies par le code civil, sont généralement complétées par des garanties conventionnelles.

H 342-1 Garantie de non éviction, ou de paisible possession

Le vendeur doit à l'acheteur une garantie de paisible possession (art. 1626 et 1628 C. civ) ; elle peut être aménagée conventionnellement, mais il ne peut être disposé que le vendeur ne serait tenu à aucune garantie de son fait personnel :« celui qui vend ne peut évincer ».

La garantie du fait personnel (le vendeur qui viendrait entraver l'utilisation du bien vendu) est perpétuelle. Cependant, le vendeur a le droit d'exploiter des biens qu'il n'a pas vendus, ou de développer des activités qui pourraient affecter une activité vendue. Il y a confrontation de la garantie et des droits propres du vendeur. C'est pourquoi les cessions de fonds de commerce ou parts sociales sont généralement complétées par des clauses de non concurrence et de non réinstallation. En l'absence de clauses particulières, la seule limitation du vendeur s'agissant de son fait personnel est la bonne foi, ou l'abus de droit.

La garantie du fait des tiers vise les agissements de tiers fondés sur des droits antérieurs à la vente (servitudes non déclarées, etc.).

La sanction de la garantie de non éviction peut être la restitution du prix, l'obligation de faire cesser le trouble ou des dommages et intérêts.

H 342-2 Garantie des vices cachés.

Le vendeur doit cette garantie « à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage à laquelle on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus » (art. 1641 C.civ.).

La Cour de cassation dans son rapport annuel de 1994 a esquissé la frontière entre les notions de vice caché et de non conformité : « Le vice présente un aspect pathologique susceptible d'évolution alors que la non-conformité est statique et provient du fait patent que la chose n'est pas celle désirée. Le vice est, en outre, la plupart du temps accidentel, alors que la non-conformité existe dès l'origine de la chose. Enfin le vice est inhérent à la chose vendue tandis que la non-conformité exige d'être appréciée à la lumière du contrat ».

Il appartient au demandeur/acquéreur de préciser s'il intente une action sur le fondement du vice caché ou de la non-conformité, et le juge n'est pas tenu de substituer un moyen à l'autre (Cass.Ass. Plén. 21 décembre 2007 –n° 06-11343).

Le vice apparent au moment de la délivrance est réputé avoir été accepté par l'acheteur qui n'a pas refusé la délivrance (art. 1642 C. civ.).

Le vice est caché lorsque le défaut existait avant la délivrance, mais n'a pas été décelé à cette époque car non visible ou décelable avant un minimum de temps d'usage, la qualité de l'acquéreur étant prise en compte dans ce domaine.

Selon la jurisprudence française, le vendeur professionnel est tenu des vices cachés qu'il est censé connaître, même en l'absence de faute, par exemple quand le défaut n'était pas décelable avec les moyens techniques existant au moment de la fabrication.

Clauses limitatives de responsabilité

Les clauses limitatives de responsabilité ne sont admises qu'au bénéfice d'un vendeur qui ignorait le vice (article 1643 du code civil) ; tel n'est pas le cas, par principe, des vendeurs professionnels, qui ne peuvent donc en bénéficier même si l'acheteur est lui-même un professionnel à moins qu'il ne soit de la même spécialité (Cass. Com, 27 novembre 1991, n°89-19.546). Si acheteur et vendeur sont des professionnels de la même spécialité, encore faut-il que l'acheteur ait pu se rendre compte du vice (Cass. Com. 27 novembre 1991, n°89-19.546).

La réparation du vice caché

Dans une opération de construction : cf. I 534.

L'action en garantie des vices cachés doit être intentée dans les deux ans à compter de la découverte du vice (art. 1648 C. civ.).

L'article 1644 du code civil confère à l'acheteur le choix entre les actions rédhibitoires («rendre la chose et se faire restituer le prix») et estimatoires («garder la chose et de se faire rendre une partie du prix telle qu'elle sera arbitrée par experts»); son choix s'impose au juge, qui n'a pas à motiver sa décision sur ce point (Cass.Civ. 3 -20 octobre 2010, n°09-16788); cependant le juge peut refuser l'action rédhibitoire et octroyer des dommages et intérêts, s'ils ont fait l'objet d'une demande subsidiaire (Cass.Com., 6 mars 1990, n° 88-14.929 ;Cass Civ 3, 25 juin 2014, n°13-17254).

Si l'acheteur opte pour l'action estimatoire, seul un expert judiciaire peut procéder à l'estimation, comme l'indique l'article 1644 (Cass.Civ. 3, 10 novembre 1999 ;n°98-10.909 ; Civ. 1, 3 mai 2006, n°03-15.555). Mais cette intervention d'un expert n'est requise que pour estimer la réfaction du prix, mais pas les dommages et intérêts éventuellement consécutifs au vice caché. Le juge peut d'office faire procéder à l'expertise, ce qui implique que le demandeur accepte d'en avancer les frais. L'expert doit se prononcer explicitement sur la restitution, qui n'est pas nécessairement égale au montant des réparations (Cass.Civ. 3, 4 avril 2013, n°12-14.362 et 12-14.519). Cependant si la restitution n'est pas possible, seule l'action estimatoire est ouverte (Cass. Com. -6 juillet 1999, n°96-20.014).

Dans le cadre de l'action rédhibitoire, le vendeur n'est pas fondé à obtenir une indemnisation pour utilisation ou usure de la chose vendue (Cass.Civ. 1, 21 mars 2006, n°03-16.075 ; 21 mars 2006, n°03-16.307 ; Cass.Com, 22 mai 2012, n°11-13.086).

L'acheteur n'est pas tenu d'accepter l'offre de réparation faite par le vendeur, même si les travaux sont modiques (Cass.Civ. 1, 23 mai 1995, n°93-17367) ; en revanche si l'acheteur a accepté que des travaux de réparation soient effectués, qui ont fait disparaître le vice, il ne peut plus se prévaloir de vice caché (Cass. Com, 1 février 2011, n°10-11.269).

Dommages et intérêts

L'article 1645 du code civil dispose que « si le vendeur connaissait les vices de la chose, il est tenu, outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur ».

Le vendeur professionnel est réputé avoir connaissance des défauts de la chose vendue (Cass.Civ. 3, 22 janvier 1974 ;n°72-14.133). Cette présomption est irréfragable : même quand le vendeur professionnel démontre, avec l'appui de l'expert, qu'il ne pouvait pas avoir connaissance de ces défauts (Cass.Civ. 1 ; 21 novembre 1972, n°70-13.898) : la jurisprudence considère qu'il les a connus, ou aurait dû les connaître.

La seule portée de cette présomption est sa conséquence : le vendeur professionnel doit toujours indemniser l'acheteur du préjudice qu'il a subi. En revanche, cette présomption ne peut être invoquée pour prétendre à un dol : il faut montrer la connaissance effective et la volonté de tromper.

Les dommages et intérêts, à l'instar de ceux fondés sur l'article 1382 du code civil, doivent « intégralement réparer le dommage ». Cette réparation intégrale s'applique aux conséquences directes ; s'agissant d'une éventuelle perte d'exploitation, le juge doit apprécier une « perte de chance » (Cass.Civ. 3, 25 septembre 2012, n°11-21.496),

L'action en dommages et intérêts est autonome : elle est ouverte à l'acheteur, même s'il n'exerce pas l'action estimatoire ou rédhibitoire (Cass.Com. 19 juin 2012, n° 11-13176).

Ventes internationales

En matière de ventes internationales, il y a lieu de tenir compte de la convention de Vienne de 1980, entrée en vigueur au 1er janvier 1990 qui, s'appliquant aux contrats conclus après cette date, se substitue aux dispositions internes.

H 343 Responsabilité civile des fabricants

Les articles 1386-1 à 1386-18 du code civil, retiennent une conception large de la responsabilité du producteur (fabricant ou importateur dans l'Union européenne) dans un sens favorable aux victimes, incluant dans son champ d'application les produits naturels et l'électricité, excluant tout plafonnement des responsabilités et écartant la franchise prévue pour la réparation des dommages matériels.

Il s'agit d'une responsabilité spéciale qui s'ajoute à celle du droit commun de l'article 1382 ancien ou 1240 nouveau du code civil. Selon la loi, le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime. Sauf les cas particuliers prévus par l'article 1386-11 du code civil, le défaut du produit, s'il est à l'origine d'un dommage, suffit à engager la responsabilité du producteur sans qu'il soit nécessaire de prouver une faute de celui-ci.

La responsabilité du fabricant est engagée lorsque le produit n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement prétendre. Le défaut de sécurité est distinct du vice caché et du défaut de conformité ; il suffit d'établir le dommage, le défaut et le lien de causalité entre défaut et dommage, sans qu'il n'y ait nécessairement faute.

Est considéré comme produit tout bien meuble, même incorporé dans un immeuble, y compris les produits du sol, de l'élevage, de la chasse et de la pêche, ainsi que les éléments et produits du corps humain. Les immeubles sont exclus, car couverts par les articles 1792 à 1792-6 et 1646-1 du code civil.

La responsabilité du fabricant est éteinte dix ans après la mise en circulation du produit. L'action en réparation se prescrit dans un délai de trois ans à compter de la date à laquelle le demandeur a eu ou aurait dû avoir connaissance du dommage.

Enfin, les dispositions de ces articles sont d'ordre public, et il ne peut y être dérogé. Elles ne s'appliquent cependant qu'à la réparation des dommages à la personne, et des dommages aux biens d'un montant supérieur à 500 euros (non compris l'atteinte au produit défectueux lui-même).

H 350 OBLIGATIONS DE L'ACHETEUR - PAIEMENT DU PRIX

La principale obligation de l'acheteur est le paiement du prix qui doit s'effectuer au lieu de la délivrance (art. 1651 C.civ.), en principe au comptant sauf convention contraire.

En plus du prix, l'acquéreur peut être tenu de payer les frais de transport si la vente n'est pas conclue franco. En cas de retard de paiement, il est redevable d'intérêts de retard au taux prévu par le contrat ou les conditions générales de vente, qui ne peut cependant être inférieur à trois fois le taux d'intérêt légal (art. L441-6 C. commerce). Ces intérêts sont exigibles le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture sans qu'une mise en demeure ne soit nécessaire. (Cf. H 134-135).

Si le vendeur n'est pas payé, il dispose de plusieurs possibilités d'action :

• poursuite en paiement avec intérêts et éventuellement dommages-intérêts ;

• action en résolution aux torts et griefs de l'acheteur ;

• rétention de la chose si le paiement devait être fait au comptant ;

• action en revendication, dans le délai de huitaine à compter de la livraison (art. 2102 C.civ.) ; il n'est cependant pas nécessaire de respecter ce délai si le contrat contient, au profit du vendeur, une clause de réserve de propriété en vertu de laquelle, par dérogation à l'article 1583 du code civil, le transfert de propriété de la chose vendue ne s'effectue qu'après paiement du prix.

H 360 VENTES COMMERCIALES PARTICULIÈRES

H 361 Ventes interdites et réglementées

Certaines ventes sont interdites : colportage des valeurs mobilières, des produits pharmaceutiques, ventes à la chaîne dites « boules de neige », ventes forcées contre remboursement, certaines ventes dites« agressives », etc.

D'autres ventes sont réglementées. Celles mentionnées dans le code de commerce (art. L 310‑1 à L 322-16) sont les suivantes :

• les ventes qui sont annoncées comme tendant, par une réduction de prix, à l'écoulement accéléré de marchandises ; elles sont dites :

- soit liquidations, à la suite d'une cessation ou d'un changement d'activité (art. L 310‑1)

- soit soldes, si elles ont lieu pendant certaines périodes de l'année (art. L 310-3)

• les ventes au déballage effectuées dans des locaux non destinés à la vente ou dans des véhicules spécialement adaptés à cet effet (art. L 310-2)

• les ventes en magasin ou dépôt d'usine (art. L 310-4)

• les ventes aux enchères publiques (cf. H 264)

Des textes particuliers concernent également les ventes par correspondance, ambulantes, à domicile (notamment pour les livres, journaux et imprimés), en home party ainsi que les ventes de produits financiers, etc.

H 362 Modalités particulières à certains types de vente

Outre les ventes à crédit et les ventes publiques qui seront traitées ci-après, on peut citer :

• les ventes au cours, lorsque la livraison est échelonnée sur une longue période, à condition que la fixation du prix ne dépende aucunement des parties ;

• les ventes avec garantie de baisse, favorables à l'acquéreur ;

• les ventes à l'échelle ou formule, dans lesquelles le prix est fixé par référence à d'autres marchandises ou à des indices, à condition que ceux-ci soient admissibles ;

• les ventes à l'agréage, conclues sous réserve de l'agrément, explicite ou tacite, de l'acquéreur ; telles sont les ventes à la dégustation, à l'essai, sur disponible, à condition, sur références, que ce soit sur type, sur échantillon ou sur marque ;

• les ventes sur catalogue ;

• les ventes en bloc, par exemple tout le blé de tel hangar, ou tout le maïs encore sur pied de tel champ, la vente étant conclue avant tout mesurage (art. 1586 C. civ.) ;

• les ventes à la mesure, qui ne deviennent parfaites qu'après mesurage de la quantité (art. 1585 C. civ.) ;

• les ventes maritimes (cf. H 320) ;

• les ventes de choses futures, par exemple de poules pondeuses alors qu'il ne s'agit encore que de poulettes de huit jours ;

• les ventes avec exclusivité (cf. H 530) ;

• les ventes avec interdiction de revente ;

• les ventes en filières, fréquentes dans le négoce de denrées, ces denrées étant déterminées une fois pour toutes, éventuellement en bloc, la séquence des acheteurs successifs jusqu'à l'acheteur final permettant de calculer les différences et de ne livrer la marchandise qu'au consommateur final ;

• les ventes en consignation destinées notamment à faciliter l'assortiment des revendeurs: le fabricant (consignateur) dépose des marchandises chez l'acquéreur (consignataire)avec une facture pro forma et des instructions de tenue du stock, la facturation définitive s'effectuant, soit au fur et à mesure des ventes réelles, soit périodiquement ; le consignataire est seulement dépositaire des marchandises, dont la propriété reste acquise au consignateur jusqu'à leur vente, le contrat de consignation réglant le sort des risques. Elles sont fréquentes de la part des sous-traitants automobiles vers les usines d'assemblage, ou de la part de grossistes ou producteurs vers des distributeurs.

H 363 Ventes à crédit

La vente à crédit est une modalité de la vente dans laquelle l'acheteur bénéficie d'un délai pour payer le prix convenu de la chose livrée. Lorsque le prix est payé en plusieurs versements, en général égaux, la vente à crédit est qualifiée de vente à tempérament.

La vente à crédit de biens mobiliers est régie par le code de la consommation ; celle des biens immobiliers l'est par la loi du 13 juillet 1979 et le décret du 28 juin 1980. Ces textes visent essentiellement à la protection des consommateurs personnes physiques et ne sont pas applicables, sauf exceptions, aux commerçants.

H 364 Ventes publiques

Une vente publique est une vente faite aux enchères publiques dans des conditions règlementées et par une personne désignée par la loi ou nommée par le tribunal. La vente publique des immeubles à la barre du tribunal ou en chambre des notaires ne sera pas examinée ici, car elle n'est pas de la compétence du juge statuant en matière commerciale.

En ce qui concerne les meubles :

• elle est réalisée par des huissiers, des notaires, des commissaires-priseurs judiciaires, des courtiers en marchandises assermentés ou des sociétés commerciales régies par les articles L 321-1 à L 321-28 du code de commerce ;

• elle peut être, soit volontaire, soit forcée.

H 364-1 Ventes forcées

Font obligatoirement l'objet d'une vente forcée :

• les objets saisis (art. 52 de la loi du 9 juillet 1991), sauf si le débiteur a procédé lui-même à leur cession amiable dans le délai de 1 mois qui lui est concédé par l'article 107 du décret du 31 juillet 1992 (cf. E 540) ;

• les biens donnés en gage (art. 2078 C. civ. et L 521-3. – cf. N 220) ;

• les marchandises warrantées (art. L 522-31 – cf. N 225) ;

• les marchandises abandonnées ou saisies en douane (art. 186 et 389 code des douanes) ;

• les objets engagés abandonnés dans les caisses de crédit municipal ;

• les biens issus d'une procédure collective, sauf dans le cas où la loi prévoit une cession judiciaire ou une vente de gré à gré (cf. R 440).

H 364-2 Ventes volontaires

La mise volontaire aux enchères peut concerner des meubles neufs ou d'occasion. Elle est réglementée aux articles L321-1 et suivants du code de commerce ; mais elle fait souvent l'objet de règles spéciales notamment pour :

• les objets abandonnés (après un an, ou même six mois pour les véhicules dans les garages), les effets laissés dans les hôtels et les objets laissés chez les transporteurs ;

• les récoltes en cas de ventes volontaires ;

• les navires, bateaux de navigation intérieure et aéronefs ;

• les œuvres d'art et archives pour lesquelles la Réunion des musées nationaux dispose d'un droit de préemption (art. 37 de la loi du 31 décembre 1921) ;

• les matériels de guerre, armes et munitions ;

• les meubles appartenant à l'État (art. L 321-36) ; par dérogation, ils peuvent être vendus aux enchères publiques dans les conditions du code de commerce.

CHAPITRE 4

H 400 AUTRES CONTRATS

H 410 PRÊT DE CONSOMMATION ET PRÊT À USAGE (art.1874 à 1904 C. civ.)

Il existe deux sortes de prêts (art. 1874 C. civ.) : celui des choses dont on peut user sans les détruire (prêt à usage) et celui des choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait (prêt de consommation ou prêt). Si le prêt à usage est essentiellement gratuit (art. 1876 C. civ.), le prêt de consommation peut être stipulé avec ou sans intérêts.

Le *prêt à usage* (art. 1875 à 1891 C.civ.) est un contrat par lequel l'une des parties livre une chose (meuble ou immeuble, corporelle ou non) à l'autre pour s'en servir. Tout ce qui est dans le commerce et qui ne se consomme pas par l'usage peut faire l'objet de cette convention. La propriété de la chose n'est pas transférée dans le patrimoine de l'emprunteur qui doit en user en « personne raisonnable » et la rendre au prêteur au terme convenu.

Dans *le prêt de consommation* (art. 1892 à 1904 C.civ.), la propriété des choses prêtées est transférée à l'emprunteur, qui peut les aliéner ou les consommer et se libérer au terme par la fourniture de choses de même nature en qualité et quantité.

Les prêts d'argent (art. 1905 à 1914 C. civ.) sont étudiés dans un chapitre spécial (cf. J 200).

H 420 DÉPÔT (art.1915 à 1954 C.civ.)

H 421 Généralités

Le dépôt est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui à charge de la garder et de la restituer en nature (art. 1915 C. civ.). Il peut être volontaire (art. 1921 C. civ.) ou nécessaire (dépôt forcé par un accident : art. 1949 C. civ.).

Le dépôt est un acte essentiellement gratuit (art. 1917 C. civ.) mais il peut être à titre onéreux, ce qui est souvent le cas entre commerçants.

Le dépositaire n'a pas à user du dépôt, ni à en connaître le contenu si celui-ci est scellé ou en coffre-fort.

Le dépositaire a un droit de rétention sur la chose déposée jusqu'au paiement de ce qui lui est dû, y compris au titre des frais exposés pour la conservation du dépôt.

H 422 Dépôts particuliers

• Le contrat de dépôt-vente est un contrat complexe qui combine un contrat de dépôt et un mandat de vente.

• Le contrat de confié (usuel en bijouterie) n'a pas de définition précise : sa nature dépend de sa rédaction : dépôt, dépôt-vente ou dépôt avec option entre restitution et achat au terme du dépôt.

• La remise d'un véhicule à un garagiste pour réparations relève du contrat de louage d'ouvrage, mais la jurisprudence considère qu'il se forme aussi, à titre accessoire, un contrat de dépôt qui est présumé être à titre onéreux (Cass. Civ. 8 octobre 2009 ; n°08-20048).

• Le contrat de garde-meuble est un contrat de dépôt distinct des contrats de transport amont et aval.

• Le contrat de dépôt de fonds en banque donne lieu généralement à ouverture d'un compte au nom du déposant.

H 430 CONTRAT DE LOUAGE DES CHOSES (art. 1709 et 1713 à 1778 C.civ.)

H 431 Généralités

Le louage de choses est un contrat par lequel une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer (art. 1709 C. civ.).

Il concerne aussi bien les biens meubles que les immeubles.

En matière d'immeubles, l'acte de location s'appelle bail.

Les baux commerciaux bénéficient d'une législation particulière qui est étudiée par ailleurs (cf. M 100). Les baux de locaux d'habitation et de locaux à usage professionnel non commercial relèvent d'autres législations ; ils ne sont pas de la compétence des tribunaux de commerce.

Il ne sera donc traité dans cette section que de la location de meubles.

H 432 Formation du contrat

Le contrat peut être écrit ou verbal (art. 1714 C.civ.). Aucune forme particulière n'est exigée. Toutefois, un écrit est de pratique courante.

Toutes choses peuvent être louées, à condition qu'elles ne soient pas hors commerce ni consomptibles (c'est à dire dont la jouissance altère la substance).

La durée du contrat peut être déterminée ou indéterminée.

H 433 Exécution du contrat

a) Obligations du loueur

Le loueur (ou bailleur) doit (art 1719 C.civ) :

• livrer la chose telle qu'elle a été prévue au contrat, en respectant, le cas échéant, les marques, modèles, capacités, couleurs, etc., y figurant ;

• entretenir la chose pour que le preneur puisse en faire l'usage prévu pendant le temps prévu, sauf les menues réparations locatives laissées à la charge du preneur ;

• garantir la jouissance paisible de la chose ;

• garantir le preneur de tous les vices de la chose, même cachés.

b) Obligations du preneur

Le preneur (ou locataire) doit :

• user de la chose en personne raisonnable, conformément à l'usage prévu (art 1728 C. civ) ;

• payer le loyer convenu aux dates prévues (art 1728 C. civ) ;

• prendre à sa charge les menues réparations locatives ;

• restituer la chose à l'échéance, réparations locatives faites.

H 434 Fin du contrat

Le contrat prend fin par :

• l'arrivée du terme ;

• la volonté des parties si la durée du contrat est indéterminée ;

• la perte de la chose, sauf pour le preneur à indemniser le loueur : si la chose est détruite en partie par cas fortuit, le preneur peut demander, soit une diminution du loyer, soit la résiliation du contrat, mais aucune indemnité (art 1722 C. civ) ;

• l'inobservation des engagements, qui peut donner lieu à la résiliation du contrat (par exemple, si le preneur ne paye pas le loyer convenu) ou à sa résolution (par exemple, si le loueur ne livre pas la chose).

En revanche, ne mettent pas obligatoirement fin au contrat :

• le décès de l'une des parties, le contrat pouvant continuer avec les héritiers (art 1742 C. civ) ;

• l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du preneur, le contrat pouvant se poursuivre entre le repreneur et le loueur si l'exploitation n'est pas arrêtée.

H 435 Responsabilités

Les actions en responsabilité obéissent aux règles du droit commun. Faute de preuve contraire, le responsable est celui qui a la garde de la chose, en principe le locataire.

H 436 Contrats particuliers

Il existe un certain nombre de contrats particuliers :

• la location avec promesse de vente qui est étudiée par ailleurs (cf. J 813) ;

• la location d'installations téléphoniques donne lieu à un important contentieux parce qu'elle comprend en général une clause d'exclusivité d'entretien, de modification et d'adaptation, dont la durée ne peut excéder dix ans (art. L 330-1);

• la location financière (cf. J 880).

.

H 440 CONTRAT D'ENTREPRISE OU LOUAGE D'OUVRAGE (art.1710 et 1779 à 1799 C. civ.)

H 441 Définition

C'est un contrat par lequel une personne, l'entrepreneur, s'engage envers une autre, le maître de l'ouvrage ou client, à exécuter un travail donné (en toute indépendance et sans le représenter), contre un prix convenu entre elles.

Un tel contrat peut concerner des fabrications, des transformations ou des réparations, de même que des prestations matérielles (publicité, hôtellerie) ou intellectuelles (conseil, architecte, bureau d'études, etc.). Les contrats de construction appartiennent à cette catégorie.

Tous ces contrats peuvent donner lieu à des contrats de sous-traitance qui sont eux-mêmes des contrats d'entreprise (cf. H 450 pour la sous-traitance).

H 442 Nature du contrat d'entreprise

Il se distingue :

• du contrat de travail, l'entrepreneur étant juridiquement indépendant du maître de l'ouvrage pour l'exécution des travaux ; la qualification du contrat relève, au cas par cas, de l'analyse de plusieurs indices (statut personnel de l'entrepreneur, mode de rémunération, conditions d'exécution) ;

• du contrat de mandat, l'entrepreneur ne représentant pas le maître de l'ouvrage car agissant en son nom personnel ; toutefois le cumul du contrat d'entreprise et du mandat est possible (par exemple, architecte ou agent de voyage) ;

• du contrat de vente : dans le cas d'un objet à fabriquer, il s'agit d'un contrat d'entreprise si la matière est fournie par le maître de l'ouvrage; la qualification est plus délicate lorsque l'entrepreneur fournit la matière :

la tendance de la doctrine et de la jurisprudence est de considérer que c'est un contrat d'entreprise lorsque le produit est spécifiquement conçu pour répondre à des besoins particuliers exprimés par le client.

H 443 Formation du contrat

S'agissant d'un contrat consensuel, il n'est soumis à aucune forme particulière. Un accord préalable sur le montant exact de la rémunération n'est pas un élément essentiel du contrat : si le contrat ne précise pas le prix, le juge du fond a pouvoir souverain de le fixer (par référence aux usages professionnels ou par expertise).

L'établissement d'un devis estimatif n'est pas une condition de forme obligatoire. Toutefois, dans la pratique, le contrat est généralement formé par l'acceptation d'un devis ou la signature d'un marché assorti d'un cahier des charges.

H 444 Exécution du contrat

a) Obligations du maître de l'ouvrage

Le maître de l'ouvrage doit :

• faciliter l'exécution de l'ouvrage et ne pas gêner le travail de l'entrepreneur, ce qui impose notamment de ne pas apporter au projet des modifications inconsidérées ou de provoquer des arrêts de chantier ;

• effectuer la réception qui emporte l'exigibilité du prix ou de son solde, décharge de responsabilité des défauts apparents et transfert des risques de l'ouvrage au maître;

• prendre livraison, faute de quoi le façonnier dépositaire de la chose non retirée peut, dans un délai de 6 ou 12 mois, se faire autoriser par le tribunal d'instance à la vendre aux enchères et à se payer sur le prix (loi du 31 décembre 1968);

• payer les sommes convenues aux dates prévues, y compris, le cas échéant, les révisions et travaux complémentaires sauf s'il était convenu que le prix était forfaitaire.

b) Obligations de l'entrepreneur

L'entrepreneur doit :

• réaliser et livrer l'ouvrage terminé à la date convenue ou dans un délai raisonnable, sauf pénalités de retard ou clause pénale ; en cas de défaut d'exécution, le juge peut ordonner l'exécution sous astreinte ou autoriser le maître de l'ouvrage à faire exécuter par un autre ;

• le réaliser selon les règles de l'art (obligation de résultat);

• refuser de réaliser l'ouvrage s'il est mal conçu, ou au moins avertir le maître de l'ouvrage des lacunes ou défauts de son projet.

H 445 Fin du contrat

Le contrat est éteint par :

•la réalisation et la réception du travail, et le paiement du prix ;

•la résolution judiciaire pour inexécution (art. 1184 ancien ou 1227 nouveau C. civ.) ;

• la résiliation d'un marché à forfait par le maître de l'ouvrage (art. 1794 C. civ.);

• le décès de l'entrepreneur ou la liquidation de l'entreprise;

• la disparition de l'objet du contrat.

Le redressement judiciaire ouvert à l'encontre du maître de l'ouvrage ou de l'entrepreneur ne met pas obligatoirement fin au contrat puisque l'administrateur judiciaire a la possibilité d'en poursuivre l'exécution.

H 446 Responsabilités de l'entrepreneur

Si le contrat porte sur une chose, l'entrepreneur a une obligation de résultat. S'il porte sur un service, il n'a, en général, qu'une obligation de moyens assortie d'une obligation de conseil et de sécurité.

En ce qui concerne les ouvrages de construction, tout constructeur est responsable de plein droit envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage (art. 1792 C. civ.) cf. I 530:

• l'article 1792-1 du code civil énumère les professionnels ayant la qualité de constructeur ;

• le point de départ de leurs responsabilités est le jour de la réception (unique) de l'ouvrage par le maître de l'ouvrage prononcée contradictoirement, avec ou sans réserves (acte qui transfère au maître de l'ouvrage la garde de cet ouvrage et les risques correspondants) ;

• ces garanties et responsabilités comprennent (cf. I 530) :

- la garantie de parfait achèvement d'un an, pour réparation par l'entrepreneur des réserves figurant sur le procès-verbal de réception ou de celles apparues ensuite et notifiées à l'entrepreneur concerné;

- la garantie de deux ans pour les éléments d'équipement du bâtiment dissociables du gros œuvre ;

- la responsabilité décennale (la loi dispose que c'est une présomption de responsabilité) s'il y a :

· atteinte à la solidité de l'ouvrage,

· atteinte à la solidité d'un élément d'équipement du bâtiment indissociable du gros œuvre,

· impropriété à la destination de l'ouvrage qu'il s'agisse des éléments constitutifs ou d'éléments d'équipement indissociables ou non ;

• le mot «ouvrage» (qui n'est pas défini par la loi) englobe les travaux de génie civil et ceux de bâtiment (bureaux, habitation, entrepôts, etc.) ;

• la plupart des articles du code civil relatifs à ce domaine sont d'ordre public.

H 450 SOUS-TRAITANCE

H 451 Définitions

Cf. I 540 : spécificités de la sous-traitance de construction

H 451-1 Généralités

La sous-traitance, régie par la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975, est l'opération par laquelle un entrepreneur confie, par un sous-traité et sous sa responsabilité, à une autre personne, appelée sous-traitant, l'exécution de tout ou partie du contrat d'entreprise ou d'une partie du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage (art. 1 de la loi).

Il s'agit d'une opération juridique triangulaire où doivent s'équilibrer les droits respectifs d'au moins trois partenaires :

• le maître de l'ouvrage, qui est le propriétaire du bien objet des travaux ou l'acheteur du produit à fabriquer ;

• l'entrepreneur principal qui passe avec le maître de l'ouvrage un marché global pour des travaux ou la fabrication d'un produit ;

• le sous-traitant, qui est chargé par l'entrepreneur principal de l'exécution d'une partie du marché ; il peut exister des sous-traitants de deuxième ou troisième rang et, dans ce cas, celui qui fait appel à eux est considéré comme entrepreneur principal à leur égard (art. 2 de la loi).

H 451-2 Agrément

Aux termes de cette loi, l'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à la sous-traitance doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et faire agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage sous peine de ne pouvoir invoquer le contrat de sous-traitance à l'encontre du sous-traitant, tout en restant tenu vis-à-vis de celui-ci.

L'entrepreneur principal est tenu de communiquer le ou les contrats de sous-traitance au maître de l'ouvrage lorsque celui-ci en fait la demande.

H 452 Responsabilité du sous-traitant

H 452-1 Dans l'industrie (fabrication d'un produit)

Le contrat de sous-traitance se distingue du contrat de fourniture (qui est un contrat de vente) car le sous-traitant :

• n'a pas d'autre débouché que son donneur d'ordre pour le produit fabriqué ;

•reçoit de son donneur d'ordre les instructions relatives aux caractéristiques du produit et à sa fabrication.

Le sous-traitant est responsable, sauf stipulation contraire, de la non-exécution ou de la mauvaise exécution du sous-traité sans qu'il y ait à démontrer une faute de sa part, car il est tenu à une obligation de résultat :

• vis-à-vis de son donneur d'ordre ;

• vis-à-vis du maître de l'ouvrage, sur la base des défauts de conformité ou des vices cachés, par application de la théorie jurisprudentielle de la transmission de l'action contre le fabricant ou le vendeur intermédiaire qui confère au maître de l'ouvrage une action directe contre ceux-ci.

H 452-2 Dans les prestations de service (par exemple bâtiment ou travaux publics) (cf. I 540)

Le sous-traitant n'est contractuellement responsable dans les conditions ci-dessus (obligation de résultat) que vis-à-vis de son donneur d'ordre et non vis-à-vis du maître de l'ouvrage.

Ce dernier peut toutefois l'actionner sur le fondement de la responsabilité délictuelle (art. 1382 ancien ou 1240 nouveau C. civ.), mais il devra alors démontrer qu'il y a eu faute du sous-traitant (par exemple, non-respect des règles de l'art ou manquement à une obligation de renseignement) ; dans ce cas, le sous-traitant ne pourra pas se prévaloir des clauses exonératoires de responsabilité figurant au sous-traité.

H 453 Paiement du sous-traitant

Le sous-traitant est normalement payé par son donneur d'ordre, c'est-à-dire l'entrepreneur principal ou le sous-traitant de rang supérieur au sien s'il y a sous-traitance « en chaîne » mais, afin qu'il ne soit pas victime de la défaillance de celui-ci, la loi lui confère, s'il a été agréé, le droit d'être payé directement par le maître de l'ouvrage. Toute renonciation à ce droit est réputée non écrite.

L'exercice de ce droit revêt des formes différentes selon la qualité du maître de l'ouvrage et le montant du marché, mais certaines dispositions bénéficient à tous les sous-traitants.

H 453-1 Paiement direct (maître d'ouvrage public et marché supérieur à 600 €)

Régi par le Titre II de la loi du 31 décembre 1975, il s'applique aux marchés d'un montant supérieur à 600 € passés par l'État, une collectivité locale, un établissement ou une entreprise publique, c'est-à-dire contrôlée par l'État ou dont le capital est détenu à plus de 50 % par l'État.

Les tribunaux de commerce ne connaissent que très rarement de litiges mettant en cause cette procédure car elle est normalement engagée par le sous-traitant qui doit alors saisir le tribunal administratif. Il peut arriver toutefois qu'à l'occasion d'une action engagée par le maître de l'ouvrage contre le sous-traitant devant un tribunal de commerce, il doive être statué sur des problèmes de paiement direct.

Dans cette procédure, après agrément du sous-traitant, ses factures lui seront payées directement par le maître de l'ouvrage.

S'il n'y a pas eu agrément et que le maître de l'ouvrage n'a pas mis en demeure son cocontractant de désigner son ou ses sous-traitants, ou s'il n'a pas fait mettre en place une procédure de paiement direct alors qu'il connaissait l'intervention du sous-traitant, il peut être condamné à indemniser en tout ou partie ce dernier de la perte éprouvée en cas de non-paiement de ses prestations par un entrepreneur principal devenu insolvable.

H 453-2 Action directe (marchés non soumis au Titre II)

Le Titre III de la loi du 31 décembre 1975 confère au sous-traitant contre un maître de l'ouvrage non visé au titre II (cf. I 542) une action directe contre celui-ci. Dans ce cas :

• l'agrément peut être tacite s'il est prouvé que le maître de l'ouvrage a accompli des actes positifs manifestant sans équivoque cet agrément ;

• l'action directe peut être exercée à tout moment, même après que le donneur d'ordre a fait l'objet d'une procédure collective.

Pour la mettre en œuvre, le sous-traitant non payé doit impérativement :

• adresser à son donneur d'ordre une mise en demeure de payer avec copie au maître de l'ouvrage (une déclaration de créance en tient lieu) ;

• un mois après, s'il n'a pas été payé, réclamer son paiement au maître de l'ouvrage, mais son droit à paiement est limité à ce que ce dernier reste devoir sur la totalité du marché.

H 453-3 Dispositions communes aux deux procédures

Afin d'assurer au sous-traitant, en tout état de cause, le bénéfice des garanties ci-dessus, la loi dispose que :

• le donneur d'ordre doit fournir, au sous-traitant qui ne bénéficie pas d'un paiement direct du Titre II, la caution solidaire d'un établissement qualifié ou une délégation de paiement de son propre donneur d'ordre (maître de l'ouvrage pour le Titre III et sous-traitant de premier rang pour le Titre II).

• le donneur d'ordre ne peut céder ou nantir la créance dont il est titulaire sur le maître de l'ouvrage qu'à concurrence des travaux qu'il a effectués personnellement mais, pour les marchés du Titre III, il peut le faire s'il fournit à son sous-traitant la caution solidaire ou la délégation de paiement ci-dessus mentionnées.

• dans le domaine du bâtiment et des travaux publics, le maître de l'ouvrage, s'il a connaissance de la présence sur le chantier d'un sous-traitant irrégulier, doit mettre l'entreprise principale ou le sous-traitant en demeure de régulariser la situation. Le non-respect de cette obligation par le maître de l'ouvrage permet au sous-traitant d'agir contre lui sur le fondement de la responsabilité délictuelle et d'obtenir ainsi, sans avoir été agréé, le paiement de dommages-intérêts en compensation du préjudice qui lui est causé par le non-paiement des travaux exécutés.

Est irrégulière une sous-traitance qui est :

• pour le Titre II, sans paiement direct pour le sous-traitant de premier rang et sans caution ou délégation pour celui de deuxième rang ;

• pour le Titre III, sans délégation ou caution par l'entreprise principale.

H 453-4 Concours entre le sous-traitant et d'autres ayants droit

Lorsque le droit d'un créancier en concours avec le sous-traitant sur les fonds constituant l'assiette de l'action directe a pour source le rapport fondamental entre maître de l'ouvrage et entrepreneur principal, les droits de ce créancier sont inopposables au sous-traitant. Il en est ainsi du cessionnaire de la créance sur le maître de l'ouvrage et du payeur (affactureur ou autre) subrogé dans le droit de créance de l'entrepreneur principal sur le maître de l'ouvrage : ceci même si la subrogation ou le contrat de sous-traitance a été conclu après la cession.

En revanche, comme la création d'un effet de commerce (lettre de change ou billet à ordre) crée, entre le maître de l'ouvrage (tiré ou souscripteur) et le bénéficiaire, un rapport nouveau se substituant au rapport fondamental, le sous-traitant n'est préféré au bénéficiaire que si l'action directe a été exercée par l'envoi au maître de l'ouvrage de la copie de la mise en demeure adressée à l'entrepreneur :

• en cas de traite non acceptée : avant l'échéance de celle-ci, la provision n'étant acquise au bénéficiaire qu'à cette date ;

• en cas de traite acceptée ou de billet à ordre : avant la date de mise en circulation de l'effet (par escompte ou remise à l'encaissement), la provision étant acquise au porteur dès l'acceptation ou la souscription.

H 460 PUBLICITÉ COMMERCIALE

H 461 Définition

La publicité commerciale doit être distinguée des publicités judiciaires règlementées par des textes spécifiques à certains actes (registre du commerce et des sociétés, vente et nantissement de fonds de commerce, etc.)

Il n'existe aucune définition de la publicité dans la législation française. Selon la Cour de cassation (Cass. Crim. 12 novembre 1986 ; n°85-95538), la publicité consiste dans « *tout moyen d'information destiné à permettre à un client potentiel de se faire une opinion sur les résultats qui peuvent être attendus du bien ou du service qui lui est proposé.* ».

Au niveau européen, la directive 84/450/CEE du 10 septembre 1984 définit la publicité comme : « *toute forme de communication faite dans le cadre d'une activité commerciale industrielle, artisanale ou libérale dans le but de promouvoir la fourniture de biens ou services, (…)* ».

H 462 Acteurs de l'action publicitaire

La publicité commerciale met en jeu un annonceur, qui est le maître de l'ouvrage de l'action publicitaire, et un support (presse écrite, télévision, cinéma, affiches et panneaux, etc.) agissant en qualité de vendeur d'espace.

L'annonceur contracte avec le support, directement ou par l'entremise d'un intermédiaire en achat d'espace qui achète au support les espaces publicitaires :

• soit en qualité de mandataire de l'annonceur,

• soit en vertu d'un contrat d'entreprise avec l'annonceur s'il agit comme conseil en plan média.

Le support peut sous-traiter la vente de tout ou partie de ses espaces à une régie publicitaire.

H 463 Règlementation de la publicité

La publicité est libre, mais sujette à des interdictions, obligations ou restrictions qui concernent par exemple: les produits pharmaceutiques, les boissons alcoolisées, le tabac, les armes à feu, …

Les articles L121-1 à L121-7 du code de commerce définissent le délit de pratique commerciale trompeuse. La publicité trompeuse est une des formes de ce délit. Pour obtenir réparation de son préjudice, la partie lésée peut préférer intenter une action civile devant le tribunal de commerce plutôt que d'engager une action au pénal.

La publicité peut aussi être sanctionnée civilement, au titre de la concurrence déloyale, lorsqu'il y a dénigrement, risque de confusion ou parasitisme (cf. H 233).

La publicité comparative est licite (art. L121-8 et suivants C. cons.) si:

• elle n'est pas trompeuse ou de nature à induire en erreur ;

• elle porte sur des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif ;

• elle compare objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles ou représentatives de ces biens ou services, dont le prix peut faire partie, sans qu'il y ait dénigrement, risque de confusion ou parasitisme.

L'affichage publicitaire doit obéir à un certain nombre de règles destinées à protéger le cadre de vie (emplacement, site, dimensions, contenu, etc.) dont l'essentiel est regroupé dans la loi du 29 décembre 1979, ses décrets d'application et, localement, dans des arrêtés du maire de chaque commune.

H 464 Règlementation des contrats de publicité

Dans le domaine des contrats régissant les rapports entre les différents acteurs, il est dérogé au principe de la liberté contractuelle par la loi du 29 janvier 1993 (dite loi Sapin) dont les articles 20 à 29 contiennent les dispositions suivantes :

a) Achat d'espace réalisé par un intermédiaire :

• l'intermédiaire en achat d'espace agit obligatoirement en qualité de mandataire de l'annonceur ;

• le contrat, obligatoirement écrit, doit fixer les conditions de la rémunération du mandataire pour l'achat d'espace et mentionner les autres prestations rendues par l'intermédiaire et le montant de leur rémunération ;

• il est interdit à l'intermédiaire de percevoir d'autres rémunérations que celles versées par son mandant sauf stipulation expresse du contrat de mandat ;

• le vendeur d'espace doit communiquer directement sa facture à l'annonceur.

b)Achat d'espace dans le cadre d'une prestation de service de conseil en plan média : le prestataire ne peut recevoir aucune rémunération du vendeur d'espace et le contrat doit indiquer les liens financiers que le prestataire aurait avec des supports.

c) Dans tous les cas : le vendeur d'espace doit rendre compte du déroulement de la campagne directement à l'annonceur.

CHAPITRE 5

H 500 INTERMÉDIAIRES DU COMMERCE ET PROFESSIONS RÉGLEMENTÉES

H 510 MANDATAIRES COMMERCIAUX

H 511 Généralités sur le contrat de mandat

Le mandat, ou procuration, est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir d'agir en son nom. Le contrat de mandat n'est soumis à aucune condition de fond (sauf règles générales des contrats) ni de forme. La preuve en est rapportée par tous moyens : écrits formels, à défaut commencement de preuve par écrit, témoins ou présomptions.

Sauf dispositions contraires fréquentes en droit des affaires (voir développements ci-après), le mandat commercial est régi par les articles 1984 à 2010 du code civil. Sur un plan général, il se distingue du mandat civil en ce qu'il est rarement gratuit, qu'il a pour objet de porter plutôt sur un courant d'affaires établi dans la durée que sur un acte isolé, et enfin qu'il laisse plus de liberté d'action au mandataire. A l'opposé du salarié, le mandataire commercial n'est pas lié au mandant par un lien de subordination.

Le mandataire agit au nom du mandant. Le mandat est essentiellement représentatif, mais peut aussi se traduire en une convention de prête-nom, convention dissimulée qui se forme par l'usage d'une contre-lettre (article 1321 du Code civil). La convention de prête-nom est en principe licite ; cependant, comme tout procédé

juridique, elle peut être détournée de sa finalité initiale pour devenir un instrument servant à éluder l'application des règles de droit (fraude à la loi). Elle est réputée comporter un double effet, le premier opérant dans le patrimoine du prête-nom, le second dans celui de la partie représentée.

H 512 Obligations des parties au contrat

Le mandant doit, une fois le mandat consenti et si aucune faute n'est relevée contre le mandataire, payer la rémunération prévue, même si l'affaire n'a pas réussi. Le mandant doit aussi supporter les frais exposés par le mandataire et les pertes qu'il a subies.

Contrairement au commissionnaire, le mandataire n'a pas de privilège, mais la jurisprudence estime qu'il peut exercer un droit de rétention (cf. N230) sur les objets confiés par le mandant.

Le mandant est tenu à l'égard des tiers des engagements pris en son nom par le mandataire :

- sauf excès de pouvoir non ratifié par le mandant (le mandant n'est en principe pas tenu des actes qui ne rentrent pas dans la mission qu'il a confiée : les litiges soumis au juge relèvent souvent de cette problématique - et de la théorie contraire du « mandat apparent » (cf. H 514).

-sauf collusion frauduleuse entre mandataire et tiers contractant.

Le mandataire doit exécuter le mandat, soi par lui-même, soit par un tiers substitué si cela ne lui est pas interdit par le mandat. Il doit rendre compte de la mission confiée, assumer la responsabilité de son dol, de ses imprudences et négligences, et remettre au mandant les sommes reçues au titre du mandat, sans les compenser avec sa rémunération.

En cas de pluralité de parties :
s'il y a plusieurs mandants, la solidarité entre eux est présumée vis-a-vis du mandataire
s'il y a plusieurs mandataires pour un même acte, la solidarité entre eux ne se présume pas.

H 513 Extinction du mandat

Le contrat de mandat expire lorsque :

a) l'objet fixé est atteint;

b) la durée prévue arrive à son terme;

c) le mandant révoque le mandataire, ce qui n'est possible que si la durée du mandat est indéterminée et à condition de respecter un préavis ; la révocabilité *ad nutum* peut toutefois être exclue par une clause expresse d'irrévocabilité;

d) un jugement prononce la révocation du mandataire;

e) le contrat est résilié.

Si le mandataire résilie le mandat, en notifiant cette résiliation au mandant, il doit indemniser le mandant, sauf impossibilité pour lui de continuer le mandat sans en éprouver lui-même un préjudice considérable. En revanche, le mandataire désigné en justice ne peut mettre fin à son mandat qu'après y avoir été autorisé par une décision de l'autorité judiciaire qui l'a désigné.

En cas de rupture justifiée, c'est-à-dire lorsqu'il y a faute de l'autre partie ou que des événements extérieurs le justifient, la rupture notifiée à temps ne donne pas lieu à dommages intérêts. En revanche, la rupture abusive donne lieu à allocation de dommages intérêts. Il en est ainsi, par exemple :

- lorsqu'elle constitue une manœuvre pour s'approprier la clientèle ;
- lorsque l'arrêt des fabrications invoqué ne constitue qu'un prétexte ;
- lorsque le mandant en a averti tardivement le mandataire ;
- lorsqu'elle est provoquée par le désir de nuire ou le caprice du mandant.

H 514 Mandats particuliers

Le mandat apparent, dont peut se prévaloir un tiers non informé, est une création jurisprudentielle (aujourd'hui précisée par le nouvel article 1156 du code civil de 2016) essentielle pour régler les litiges nés de l'apparence d'un mandat (conjoint non commerçant agissant pour le compte du commerçant, ordre d'achat signé par un caissier comptable d'une maison avec apposition du cachet de la maison, toute transaction commerciale passée par un employé ou un dirigeant d'une société, même non formellement habilité à le faire, etc.). Celui qui a laissé créer à l'égard des tiers une apparence de mandat est donc tenu, comme le véritable mandant, d'exécuter les engagements contractés par le mandataire apparent – pour autant, selon la jurisprudence, que les tiers avec qui le dirigeant ou salarié non habilité a traité ont légitimement cru que celui-ci disposait des pouvoirs nécessaires. La

légitimité de cette croyance est contrôlée par le juge, qui apprécie si les circonstances autorisent les tiers à ne pas vérifier les limites exactes des pouvoirs de leurs interlocuteurs, ces circonstances pouvant notamment résulter des usages commerciaux, des documents présentés, des relations d'affaires entre les parties, des possibilités de contrôle, du rang des intéressés dans l'entreprise. Naturellement, le mandat apparent ne peut être invoqué lorsqu'il y a tentative de fraude par le tiers. (cf. G 122-2)

Le mandat exclusif est une création de la pratique des affaires en faveur des mandataires en vue de les protéger d'une concurrence portant sur les mêmes produits et services sur le même territoire. Il doit être limité dans le temps. Il permet en particulier dans le contexte immobilier de garantir le paiement des commissions du mandataire en cas de vente directe du bien par le propriétaire.

Un mandat peut être stipulé d'intérêt commun lorsque le mandant comme le mandataire ont un intérêt personnel à voir mener à bonne fin la mission confiée au mandataire. Cette situation se présente notamment lorsque le mandat porte sur l'administration d'un bien sur lequel le mandataire et le mandant ont l'un et l'autre des droits directs, ou sur la création et le développement d'une clientèle commune. Ce mandat ne peut être révoqué que d'un commun accord et/ou en justice pour une cause reconnue légitime, cette protection jurisprudentielle faisant obstacle à la révocation *ad nutum* de droit commun (article 2004 du Code civil). Des dommages intérêts sont dus en faveur de la partie lésée, même s'il n'y a pas eu intention malicieuse.

H 520 AGENTS COMMERCIAUX

Le statut des agents commerciaux est régi par les articles L134-1 à L134-17 du code de commerce.

H 521 Définition de l'agent commercial

L'agent commercial est à la fois :

- un mandataire qui traite dans le domaine commercial (négocie et éventuellement conclut des contrats de vente, achat, location ou prestations de services) ;
- un professionnel exerçant ses activités de façon permanente en faveur d'un mandant, ce qui le distingue des professionnels opérant ponctuellement (courtiers, commissionnaires) ;
- un professionnel indépendant, puisqu'il exerce sa profession sans être lié par un contrat de louage de services.

Sont exclus du champ d'application de la loi les agents dont la mission de représentation s'exerce dans le cadre d'activités économiques faisant l'objet, en ce qui concerne cette mission, de dispositions législatives particulières.

N'est donc pas agent commercial :

• le V.R.P., qui est un salarié (même par fiction légale) et qui est uni à son employeur par un lien de subordination ;

• l'agent d'assurance, l'agent de voyage et l'agent immobilier, qui ont des statuts particuliers ;

• le commissionnaire, puisqu'il fait des opérations commerciales en son nom propre pour le compte de mandants qu'il ne fait pas connaître ;

• le concessionnaire, qui achète à des fournisseurs exclusifs des produits pour les revendre à l'intérieur d'un territoire où il a l'exclusivité de vente de ces produits ;

• le courtier, commerçant, n'apparaissant pas dans le contrat entre le demandeur et 1'offreur.

Lorsqu'il y a entre les parties un contrat écrit ayant un autre objet que le contrat d'agent commercial, lequel se trouve dès lors accessoire, les parties peuvent convenir que les dispositions de la loi sur l'agent commercial ne s'appliquent pas. Cependant, cette clause est nulle si l'exécution du contrat fait apparaître que l'activité d'agent commercial est en réalité exercée à titre principal ou déterminante.

Selon la jurisprudence, le mandat d'agent commercial est *un contrat de nature civile* ce qui entraîne certaines conséquences quant à la compétence et aux règles de preuve concernant les litiges qu'il suscite. En particulier, cette nature civile réduit à néant les clauses attributives de compétence pouvant figurer dans le contrat d'agence commerciale - au moins pour ce qui concerne les demandes relatives à l'exécution du contrat. L'agent commercial, pour ces litiges, a le choix d'assigner au Tribunal de Grande Instance ou au Tribunal de Commerce. L'agent commercial personne physique doit être assigné devant le Tribunal de Grande Instance. Pour la même raison, la preuve contre l'agent n'est pas libre, mais peut nécessiter un écrit (acceptation des modifications contractuelles, par exemple).

H 522 Formalisme à observer

Sous le contrôle du juge, le statut est avant tout question de faits.

Un contrat écrit n'est pas nécessaire, mais chaque partie a le droit d'obtenir de l'autre un écrit signé mentionnant le contenu du contrat et de ses avenants.

L'agent commercial doit par ailleurs s'inscrire sur un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce, mais le non-respect de cette obligation, s'il est sanctionné pénalement, ne comporte pas de sanction civile : on ne peut donc opposer à un agent commercial son défaut d'immatriculation pour lui refuser le bénéfice de la loi.

H 523 Caractéristiques du contrat

Les contrats intervenus entre les agents commerciaux et leurs mandants sont conclus dans l'intérêt commun des parties. Toute clause contraire est réputée non écrite.

La loi précise que l'agent peut accepter librement de nouveaux mandats, l'autorisation du mandant étant toutefois requise pour la représentation d'un concurrent de celui-ci. La loi précise également que les rapports entre l'agent commercial et les mandants sont régis par une obligation de loyauté et un devoir réciproque d'information.

En conséquence :

• l'agent commercial doit exécuter son mandat en bon professionnel ;

• le mandant doit mettre l'agent commercial en mesure de pouvoir exécuter son mandat.

H 524 Rémunération

Dans le silence du contrat, l'agent commercial aura droit à une rémunération conforme aux usages dans le secteur d'activité couvert par son mandat. En l'absence d'usages, il aura droit à une rémunération "raisonnable" tenant compte de tous les éléments ayant trait à l'opération.

Plus habituellement, l'agent sera rémunéré par une commission. Doit être considérée comme une commission, au sens de la loi, tout élément de la rémunération de l'agent commercial variant avec le nombre ou la valeur des affaires.

L'agent commercial a droit à une commission pour toute opération conclue sur son intervention, ou lorsque cette opération a été conclue avec un tiers dont il a antérieurement obtenu la clientèle pour des opérations du même genre. Lorsqu'il est chargé d'un secteur géographique ou d'un groupe de clients, l'agent commercial a également droit à la commission pour toute opération conclue pendant la durée du contrat avec une personne appartenant à ce secteur ou à ce groupe. La commission est acquise dès que le mandant a exécuté l'opération, ou devrait l'avoir exécutée, en vertu de l'accord conclu avec le tiers ou dès que le tiers a exécuté l'opération.

Le droit à commission est maintenu :

• dans le cas où l'opération, conclue dans un délai raisonnable après la fin du contrat, est due essentiellement à l'activité antérieure de l'agent ;

• dans le cas où l'ordre du tiers, exécuté après la fin du contrat, avait été reçu par le mandant ou par l'agent commercial avant la cessation du contrat d'agence.

On ne peut déroger au détriment de l'agent :

• à l'acquisition du droit à commission, au plus tard au moment où le tiers a exécuté l'opération, ou aurait dû l'exécuter, si le mandant a fourni sa propre prestation ;

• à l'absence d'extinction du droit à commission, sauf s'il est établi que le contrat entre le tiers et le mandant ne sera pas exécuté et si l'inexécution n'est pas due à des circonstances imputables au mandant, par exemple, non-paiement par le client : dans cette hypothèse, l'agent doit rembourser la commission qu'il aurait déjà perçue ;

• au paiement de la commission au plus tard le dernier jour du mois qui suit le trimestre au cours duquel s'est produit le fait générateur.

H 525 Extinction du contrat

H 525-1 Durée du préavis

Pour les contrats à durée indéterminée, la loi fixe la durée du préavis à un mois pour la première année du contrat, deux mois pour la deuxième année, trois mois pour les années suivantes. Ces délais sont d'ordre public ; les parties ne peuvent donc convenir de délais de préavis plus courts, mais peuvent en prévoir de plus longs.

Les dispositions en matière de préavis ne s'appliquent pas lorsque le contrat prend fin en raison d'une faute grave de l'une des parties ou d'un cas de force majeure.

Un contrat à durée déterminée continuant à être exécuté entre les parties après son terme est réputé transformé en contrat à durée indéterminée.

H 525-2 Indemnité de rupture

L'agent commercial a droit à une indemnité de rupture en cas de cessation de ses relations avec le mandant.

La demande de réparation doit être adressée dans un délai d'un an au plus tard à compter de la cessation du contrat, faute de quoi l'agent commercial perd son droit à réparation.

La réparation est due pour toutes les causes de cessation, y compris le décès de l'agent commercial. Elle n'est toutefois pas due :

• si la cessation du contrat a été provoquée par une faute grave de l'agent commercial ;

• si la cessation du contrat résulte de l'initiative de l'agent, à moins que la cessation soit justifiée par des circonstances imputables au mandant ou dues à l'âge, l'infirmité ou la maladie de l'agent, par suite desquelles la poursuite de son activité ne peut plus être raisonnablement exigée ;

• si, en application d'un accord avec le mandant, l'agent commercial a cédé à un tiers les droits et obligations qu'il détient en vertu du contrat d'agence.

La jurisprudence est très restrictive sur la notion de faute grave justifiant l'absence d'indemnisation : une telle faute doit rendre impossible la poursuite du contrat, un manque d'efficacité commerciale ou un manque de rigueur administrative, prétextes habituels, n'y suffisant pas. La jurisprudence, de très longue date et de manière très ferme, retient une indemnisation calculée sur la base de deux années de commissions, y compris pour les relations plus courtes et/ou peu satisfaisantes, le préjudice correspondant selon la jurisprudence à la perte pour l'agent de rémunérations futures assurées. Il reste possible pour le juge de retenir une autre évaluation, inférieure ou supérieure aux deux années : étant donné la prégnance extrême de la jurisprudence évoquée, cette évaluation devra donner lieu à motivation particulièrement pertinente.

H 525-3 Clause de non-concurrence

Le contrat d'agent commercial peut contenir une clause de non concurrence après la cessation du contrat; elle ne concerne que le secteur géographique et, le cas échéant, le groupe de personnes confiées à l'agent, ainsi que le type de biens ou services pour lesquels, aux termes du contrat, il exerce la représentation.

La validité de la clause est limitée à une durée maximale de deux ans.

H 525-4 Cession du contrat

Dans le silence des textes, et sauf stipulation contractuelle contraire, l'usage est que le contrat d'agent commercial, appelé aussi "carte", est considéré comme ayant une valeur patrimoniale transmissible.

H 530 AUTRES AGENTS

H 531 Agents d'affaires

Les agents d'affaires sont des commerçants dont la profession habituelle est de servir d'intermédiaire entre un demandeur et un offreur de marchandises ou de services, moyennant rémunération, lorsque leur activité n'est pas régie par un statut particulier.

Ainsi ne sont pas des agents d'affaires les agents commerciaux, les agents d'assurance (qui sont mandataires de la compagnie), les courtiers en marchandises et les agents immobiliers. En revanche, le courtier d'assurance, mandataire de l'assuré, est un agent d'affaires.

L'agent d'affaires ne peut être en même temps avocat (ni son conjoint), commissaire priseur, huissier, notaire, administrateur judiciaire ou mandataire liquidateur. Le contrat qui le lie au demandeur et/ou à l'offreur n'est soumis à aucune condition de forme mais, de même que pour tous les contrats commerciaux, si l'on doit s'en prévaloir en justice, il faut être capable de rapporter la preuve de toutes ses stipulations utiles.

H 532 Agents immobiliers

Les agents immobiliers sont des agents d'affaires exerçant leur activité en vue de l'achat, la vente, la location, la gestion de biens immobiliers ou de parts (ou actions) de sociétés immobilières donnant vocation à l'attribution de locaux en jouissance ou en propriété.

Personnes physiques ou morales, ils sont soumis à la loi du 2 janvier 1970 (dite loi Hoguet) ainsi qu'à ses décrets et arrêtés d'application qui concernent aussi bien les opérations sur immeubles que celles relatives aux fonds de commerce.

Pour être autorisés à exercer leur activité, les agents immobiliers doivent répondre à certaines conditions (aptitudes, garanties financières, assurances, moralité). Ils doivent être titulaires d'une carte professionnelle délivrée par le préfet du département (à Paris, le Préfet de Police) avec mention de la nature des opérations autorisées, faire une déclaration préalable d'activité à la même préfecture, et sont astreints à la tenue rigoureuse d'un registre des mandats donnés par leurs clients.

Les commissions des agents immobiliers sont librement fixées.

Un mandat écrit est nécessaire pour la validité de l'intervention d'un agent immobilier dans une transaction, faute de quoi il ne peut exiger une quelconque rémunération (cependant cette obligation ne vise que les opérations conclues entre professionnels de l'immobilier).

Le paiement de la rémunération prévue suppose aux termes de la Loi Hoguet la conclusion effective de l'opération immobilière : la jurisprudence (Cass.Civ.3. ;9 octobre 2014, n° 13-19061) rappelle qu'on ne peut déroger, y compris par le biais d'une clause pénale, à ces dispositions d'ordre public, quand bien même l'opération ne serait pas conclue du seul fait du mandant. En cas de mandat non-exclusif, enfin, le problème se pose souvent du droit de l'agent à commission : la jurisprudence (Cass.Civ. 1, 25 novembre 2010, n° 08-12432) précise que la présentation du bien acheté n'emporte pas droit à commission pour le mandataire : la commission n'est effectivement due qu'à l'agence qui a finalisé l'opération, sauf à prouver une faute du mandant privant abusivement le ou les autre(s) mandataire(s) de la réalisation de l'opération.

L'agent immobilier a vis-à-vis de son mandant des obligations de conseil, de renseignement, de loyauté et de diligence. Un mandataire chargé de vendre un bien ne peut, à peine de nullité, s'en porter acquéreur ni par lui-même, ni par personne interposée (art. 1596 C. civ.).

L'agent immobilier ne peut conserver de fonds appartenant à ses clients que dans les limites et conditions fixées par la loi et par son mandat.

H 533 Agents de voyages ou de séjours

Sont agents de voyage les personnes physiques ou morales qui se consacrent exclusivement à l'organisation de voyages ou de séjours, avec ou sans fourniture de titres de transport, et/ou fourniture de l'accueil sur place.

Ils sont soumis à la loi du 13 juillet 1992 qui réglemente les conditions des voyages et des séjours organisés, à l'exception de la délivrance des titres de transport qui ne peuvent qu'en être l'accessoire. La loi fixe une règle fondamentale selon laquelle l'agent est responsable de plein droit à l'égard de l'acheteur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat, sauf en ce qui concerne la revente « sèche » de titres de transport sur lignes régulières, que ce contrat ait été conclu à distance ou non, et que ces obligations soient à exécuter par elle-même ou par d'autres prestataires de services, sauf « preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable soit à l'acheteur, soit au fait, imprévisible et insurmontable, d'un tiers étranger à la fourniture des prestations prévues au contrat, soit à un cas de force majeure ».

Pour exercer leur activité, ils doivent répondre à certaines exigences (garanties financières et de moralité, aptitude professionnelle, assurance responsabilité) et disposer de locaux adéquats. S'ils ne sont pas français, les agents de voyage doivent remplir les conditions de compétence et de garantie requises dans leur État d'origine.

Ils doivent également être titulaires d'une licence qui est accordée, suspendue ou retirée par le préfet de région. Lorsqu'une agence de voyages a plusieurs succursales ou points de vente, chacun de ces établissements doit remplir toutes les conditions indiquées ci-dessus et employer une personne ayant les qualifications correspondantes.

Les associations peuvent se livrer aux activités d'agent de voyages, à condition d'avoir obtenu un agrément et d'agir uniquement en faveur de leurs membres.

Les syndicats d'initiative et offices de tourisme locaux peuvent, moyennant autorisation, fournir une partie des services rendus par les agents de voyages.

H 540 COMMISSIONNAIRES

Le statut des commissionnaires est régi par les articles L 132-1 à L 132-9 du code de commerce.

Le commissionnaire est "celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant" (art. L 132-1). Il agit en qualité d'intermédiaire, libre du choix des voies et moyens des opérations dans lesquelles il intervient. Agissant en son nom propre, sans avoir à faire connaître son commettant, il se trouve personnellement et seul engagé à l'égard des tiers avec lesquels il traite.

Certains commissionnaires spécialisés sont dotés de statuts particuliers :

• commissionnaires en valeurs mobilières ;

• commissionnaires sur le marché à terme de marchandises et d'instruments financiers (loi du 28 mars 1885 modifiée le 31 décembre 1987) ;

• commissionnaires en transports (cf. I 311).

-commissionnaires en douanes cf. I 360

Le contrat de commission n'est soumis à aucune condition de fond ni de forme.

Le commissionnaire doit :

• réaliser l'opération dont il est chargé, mais peut se substituer un tiers (ce qui est la pratique courante en transport, le commissionnaire coordonnant le plus souvent des transporteurs sous-traitants) ; dans ce cas, il reste responsable du choix du substitué, ainsi que de la transmission des instructions du commettant, que l'usage sépare en "impératives" et "indicatives" ;

• rendre compte au commettant.

Sauf accord du commettant, il ne doit pas se porter "contrepartie", c'est-à-dire acheter ou vendre les marchandises et/ou services objet du contrat (art. 1596 C. civ.).

Il peut se porter ducroire, c'est-à-dire se porter garant de la complète exécution du contrat. La preuve d'une commission de ducroire peut être apportée par tous moyens.

En ce qui concerne la responsabilité du commissionnaire envers le commettant, il convient d'appliquer les règles du mandat.

H 550 COURTIERS

Le statut des courtiers est régi par les articles L 131-1 à L 131-11 du code de commerce.

Le courtier est une personne, physique ou morale, dont l'activité consiste à mettre en rapport deux ou plusieurs personnes dans le but de faciliter ou de faire aboutir la signature entre elles de conventions ou de transactions.

Le courtier :

• est commerçant, s'il exerce cette activité de façon habituelle ;

• ne participe pas, en règle générale, à la signature du contrat, sauf s'il a reçu un mandat spécial de son cocontractant à cet effet ;

• doit renseigner préalablement les parties sur leurs obligations dans la convention envisagée ;

• est garant de l'existence des parties.

Le contrat de courtage est libre dans son fond comme dans sa forme. Le juge du fond est donc souverain dans son appréciation de l'intention des parties.

Certains courtiers sont assermentés (magasins généraux, transports maritimes, ventes publiques) ; les autres sont libres.

H 560 GÉRANTS DE FONDS DE COMMERCE

Les principaux types de gérance sont :

. la gérance libre, qui suppose la location d'un fonds de commerce et l'exploitation aux risques et périls du gérant ;

. la gérance non salariée, lorsque le propriétaire d'un fonds de commerce fait appel aux services d'un gérant mandataire, sorte de fondé de pouvoir ;

. la gérance de succursales.

H 561 Gérance libre

La gérance libre correspond à la mise en location d'un fonds de commerce. Idéalement, le locataire-gérant assume, pour son compte et à ses risques et périls, l'exploitation du fonds moyennant une redevance. Il n'y a donc pas de lien de subordination entre le gérant, véritable commerçant soumis à la législation commerciale, et le propriétaire qui n'a pas qualité pour intervenir dans l'exploitation que le gérant mène à sa guise, sous la seule condition de respecter les clauses de son contrat. Il exerce le commerce sous son propre nom, engage sa responsabilité personnelle vis-à-vis des tiers et conserve les produits du fonds. Le propriétaire ne perçoit qu'une redevance qui peut être fixe ou correspondre à une fraction des bénéfices.

Si la convention liant les parties en dispose autrement, et selon que le gérant restera libre ou non de diriger le fonds en étant soumis ou non aux directives précises du propriétaire, la notion de gérance libre sera remise en cause et le gérant sera considéré, selon les cas, comme un mandataire (compétence commerciale) ou comme un salarié (compétence prud'homale).

H 562 Gérance mandataire

Le gérant mandataire relève également de la législation commerciale. Les règles du mandat lui sont applicables, les contestations relatives à ce mandat relevant de la compétence des Tribunaux de Commerce. Toutefois, on ne saurait écarter une action en requalification du contrat en une relation de travail si la preuve d'un lien de subordination est apportée.

H 563 Gérance de succursales

Il existe enfin dans le Code du travail une «*catégorie particulière de travailleurs*» désignés comme «*gérants de succursales*» à qui il est reconnu le bénéfice de certaines dispositions de ce Code, sans que soit mise en question la qualification juridique de leur contrat. Ils sont définis à l'article L7321-2 qui envisage, outre la situation de la personne chargée par le chef d'entreprise de se mettre à la disposition des clients pour recevoir d'eux des dépôts divers, celle dont la profession est notamment de «*vendre des marchandises de toute nature qui leur sont fournies exclusivement ou presque exclusivement par une seule entreprise, lorsque ces personnes exercent leur profession dans un local fourni ou agréé par cette entreprise et aux conditions et prix imposés par cette entreprise*».

Le gérant de succursales ainsi défini n'est donc pas un salarié mais un commerçant indépendant, sans lien de subordination juridique, qui bénéficie, du fait d'un état de dépendance économique, de certaines dispositions applicables aux salariés.

Pour l'essentiel, les gérants de succursales, s'ils sont reconnus comme tels (compétence du Conseil des Prud'hommes), bénéficient des dispositions du Code du Travail (SMIC, application de la Convention Collective de branche du fournisseur, règle relatives à la rupture de la relation de travail), la jurisprudence faisant une application nuancée de ces dispositions en l'absence de lien de subordination. Les litiges ressortent donc de la compétence du Conseil des prud'hommes, sauf démonstration du caractère accessoire des revenus de la gérance litigieuse dans ceux du commerçant concerné (exemple des stations-service distribuant de l'essence et assurant des prestations d'entretien/réparation).

H 564 Autres gérances

D'autres types de gérance, impliquant purement et simplement des contrats de travail salarié, existent par ailleurs et relèvent de la compétence prud'homale.

H 570 ADMINISTRATEURS PROVISOIRES

L'administrateur provisoire est un mandataire de justice chargé par l'autorité judiciaire, pour une durée limitée et/ou des objets précis ou généraux, de gérer tout ou partie du patrimoine d'une personne qui se trouve momentanément dans l'impossibilité de le faire, avec les mêmes droits et devoirs que la personne qu'il représente. Par exemple :

- commerçant présumé ou déclaré "absent", majeur incapable ou décédé in bonis, dont la succession est vacante ;
- commerçant dont la vente du fonds est requise par les créanciers ;
- commerçant en redressement ou liquidation judiciaire ;
- tous autres cas d'empêchement (éloignement, maladie, accident, etc.) ;
- situation conflictuelle à l'intérieur d'une succession (à la demande d'un héritier indivisaire) ou d'une société (à la demande d'un associé non dirigeant).

Dans la plupart de ces cas, la désignation d'un administrateur provisoire relève des pouvoirs généraux du président du tribunal statuant sur requête ou en référé. L'administrateur provisoire doit, sauf cas exceptionnels, être choisi sur une liste nationale instituée par l'article L811-2 du code de commerce.

Dans le cours normal des affaires, la nomination d'un administrateur provisoire nécessite, de jurisprudence constante, la réunion de deux conditions cumulatives : l'atteinte au fonctionnement normal de la société et l'existence d'un péril imminent, conditions dont le ou les demandeurs ont la charge de la preuve. (Cf. K 708).

Titre I

REGLEMENTATIONS SECTORIELLES

CHAPITRE 1

I 100 CONTRATS INFORMATIQUES

Les contrats informatiques (développement ou vente de systèmes informatique, infogérance, maintenance etc.) donnent lieu à litige en raison de l'évolution rapide des technologies, du caractère profane du client et de l'imprécision des clauses.

De façon générale, les vendeurs de systèmes et les prestataires de services informatiques sont tenus à une obligation d'information, de conseil et de mise en garde lorsque leurs clients -même professionnels- sont profanes, c'est à dire non avertis, dans le domaine de l'informatique.

I 110 QUALIFICATION DU CONTRAT

La première tâche du juge saisi d'un litige contractuel est de qualifier le contrat : il n'est en effet pas tenu par la qualification donnée par les parties à leur relation commerciale. A titre d'exemple, la solution du litige peut être différente selon qu'un contrat informatique est qualifié de "vente" ou de "contrat d'entreprise" (ou louage d'ouvrage). Le droit de la vente s'applique lorsque l'objet du contrat porte principalement sur la remise de la propriété d'objet mobiliers matériels (équipements informatiques) ou immatériels (logiciels) et que les prestations de services rendues en sont seulement l'accessoire (par exemple, les prestations d'installation). Pour déterminer s'il s'agit d'un accessoire, le juge doit procéder, en se référant à la répartition du prix dans le contrat, à une évaluation de l'importance respective de la part du travail par rapport à celle des biens vendus. Les règles du contrat d'entreprise s'appliquent lorsque l'objet principal est l'exécution d'une prestation de service qui peut être la conception d'un système (contrat de développement), sa migration, son externalisation (infogérance), sa maintenance, etc.

I 120 CONTRAT DE VENTE DE SYSTEME INFORMATIQUE

Le vendeur doit livrer dans les délais convenus un système conforme aux attentes du client et en état de fonctionnement. Pour la Cour de cassation, « l'obligation de délivrance n'est pleinement exécutée qu'une fois réalisée la mise au point effective de la chose vendue » (Cass.Com. 10 février 2015 – n°13-24501). La signature du procès-verbal de réception ne vaut pas reconnaissance de la délivrance.

L'obligation de délivrance conforme dans les délais contractuels est une obligation essentielle du vendeur et la Cour écarte une clause limitative de responsabilité dès lors que celle-ci remet en cause une obligation essentielle du débiteur de l'obligation.

I 130 CONTRAT DE SERVICE INFORMATIQUE (DEVELOPPEMENT/INFOGERANCE/MAINTENANCE)

Il appartient au juge de déterminer si le prestataire s'est engagé à obtenir un résultat ou simplement à mettre en œuvre les moyens nécessaires à l'exécution de sa prestation. En l'absence de stipulations indiquant clairement l'existence d'une garantie de résultat, le juge retiendra généralement une simple obligation de moyens. Il appartient au client de démontrer que le prestataire n'a pas respecté cette obligation, preuve nécessitant souvent l'intervention d'experts.

Le principe de liberté contractuelle permet de mettre à la charge de l'une ou l'autre des parties diverses obligations. Toutefois, deux types d'obligations revêtent une importance particulière dans les contrats de service informatique, même si elles ne sont pas stipulées.

I 131 Obligation du prestataire

Obligation d'information et de conseil. La jurisprudence a tiré du devoir général de loyauté contractuelle (articles 1134 et 1135 du code civil) une triple obligation d'information, de mise en garde et de conseil. Le prestataire informatique doit identifier les besoins du client et le renseigner objectivement sur les prestations

nécessaires (cf. G 121-1). L'obligation de conseil lui impose d'orienter les choix du client, de lui indiquer les meilleures solutions adaptées à ses besoins spécifiques. L'obligation de mise en garde lui impose de prévenir le client de tout risque, contrainte ou aspect négatif découlant de ses décisions passées ou présentes quant à son parc informatique.

Cette obligation est renforcée par l'article nouveau 1112-1 du code civil qui dispose que celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminannte pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à so cocontractant.

La contrepartie de cette obligation lourde, sanctionnée par la mise en jeu de la responsabilité contractuelle du prestataire, réside dans l'obligation de collaboration pesant sur le client (cf.I 132).

Obligation de confidentialité. Le prestataire est tenu à une obligation de confidentialité, tout particulièrement lorsqu'il intervient sur site, dans des services où le système informatique traite des données confidentielles et sensibles de l'entreprise cliente.

I 132 Obligations du client.

Obligation de collaboration. Cette obligation est le corollaire de l'obligation d'information pesant sur le prestataire. La balance entre ces deux obligations permet au juge de procéder à une répartition de la responsabilité entre les parties. Le client doit préciser ses besoins et ses attentes, le plus souvent au sein d'un cahier des charges qui servira de support au prestataire dans l'exécution de sa prestation et la mise en œuvre de son obligation d'information. En outre, le client doit fournir au prestataire tout document utile à l'exécution de sa prestation et lui permettre d'accéder librement aux équipements. La faute du client diminuera d'autant la responsabilité du prestataire.

Obligation de réception. Comme en matière de vente, le client doit accuser réception de la prestation de service. Il reçoit la prestation, émet des réserves ou la refuse.

I 140 CONTRAT D'HEBERGEMENT

I 141 Généralités.

Dans le cadre d'un contrat d'hébergement, le prestataire met à la disposition du client un espace de stockage de données, permettant par exemple d'accueillir un site internet ou de stocker des données du client.

L'hébergeur fournit généralement des prestations de service complémentaires, telle que (i) des prestations annexes de maintenance, d'assistance, de raccordement au réseau, (ii) la tenue de statistiques (nombre de visiteurs, etc.), (iii) des mécanismes de redirections (à partir d'un ou plusieurs noms de domaines), (iv) la fourniture de logiciels intégrés et d'interface de gestion de contenus permettant à l'utilisateur de gérer de manière autonome ses contenus, etc.

Dans le cadre d'un contrat de gré à gré, les parties définissent librement les obligations pesant sur l'hébergeur (volume de données hébergées, niveaux de service, maintenance, conditions de réversibilité, restitution des données, engagement de sécurité, etc.).

Dans le cadre d'un contrat d'adhésion, l'hébergeur définit les conditions d'utilisation de son service, le client n'ayant généralement pas la possibilité de les négocier mais il doit toutefois respecter certaines dispositions notamment celles du code de la consommation si son service s'adresse aux non professionnels (infra I 232).

Lorsque le prestataire héberge des données à caractère personnel, il agit en qualité de sous-traitant au sens de la loi du 6 janvier 1978 dite "Informatique et libertés" et, à ce titre, est soumis à une obligation particulière de sécurité afin de préserver la confidentialité et l'intégrité des données, en particulier en cas de transfert hors de l'Union Européenne.

I 142 Cas particulier du "cloud-computing"(informatique dans les nuages).

Le contrat d'hébergement en cloud-computing se caractérise par le recours à des techniques de "virtualisation" des équipements afin de proposer aux clients des services d'hébergement à distance et "à la demande". Ces services soulèvent des problématiques spécifiques :

Localisation des données. Les infrastructures techniques sont parfois localisées dans une multitude de pays différents, pour des raisons de sécurité, de sauvegarde et de rapidité d'accès aux données selon l'emplacement du client et des utilisateurs.

Fixation du prix. La facturation est souvent effectuée au prorata de la consommation du service par le client ; les modalités de calcul du prix doivent être définies de manière précise et loyale.

Accès par les autorités. Le contrat doit normalement encadrer la gestion des demandes d'accès aux données par les autorités administratives ou judiciaires compétentes notamment sur le territoire où les données sont hébergées (procédure de notification préalable, etc.).

CHAPITRE 2

I 200 INTERNET ET COMMERCE ELECTRONIQUE

« Le commerce électronique est l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services. Entrent également dans le champ du commerce électronique les services de fourniture d'informations en ligne, de communications commerciales et d'outils de recherche, d'accès et de récupération de données, d'accès à un réseau de communication, d'hébergement, y compris lorsqu'ils ne sont pas rémunérés par ceux qui les reçoivent » (article 14 de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN)) .

I 210 COMPETENCE

I 211 Compétence en matière délictuelle

Le tribunal du ressort du domicile (ou du siège) du défendeur est toujours compétent. Aux termes de l'article 46 du CPC, est également compétente la juridiction française du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi. Dans le cas d'Internet, le dommage est réputé être matérialisé en tous lieux où le site concerné est accessible et notamment là où l'accessibilité est constatée (la juridiction du lieu où est réalisé un procès-verbal de constat étant donc nécessairement compétente).

Avant de déterminer au plan interne la juridiction française qui est compétente, il est parfois nécessaire de vérifier au préalable si, au niveau international, les tribunaux français peuvent connaître du litige. De façon générale, lorsque le litige porte sur un contenu diffusé sur Internet, la juridiction française est compétente si l'événement causal du délit est situé en France, cet événement causal étant confondu avec *le lieu de l'établissement où le défendeur a pris la décision de mettre en ligne les contenus*. Dans ce cas, la juridiction peut en principe réparer l'entier dommage (y compris la partie du préjudice subie à l'étranger). Toutefois, si la demande est exclusivement fondée sur le droit français, il conviendra alors de vérifier si le champ d'application territorial des dispositions invoquées n'est pas limité à la France, et si la réparation du dommage subi hors de France ne doit pas être soumise à une ou plusieurs lois étrangères désignées selon la règle de conflit de lois pertinente.

Les tribunaux de France sont également compétents lorsque le dommage s'est matérialisé ou risque de se matérialiser sur le territoire national. *La simple accessibilité du site depuis la France* suffit généralement à caractériser cette matérialisation. En revanche, l'accessibilité du site n'est pas toujours suffisante à elle seule pour établir une violation de la loi française (certaines dispositions nécessitant, pour s'appliquer, des critères de rattachement supplémentaires, tels que le ciblage du public français). Par ailleurs, lorsque la compétence est uniquement justifiée par l'accessibilité du site en France, la juridiction ne peut réparer que le dommage effectivement subi en France, lequel peut être négligeable, voire inexistant si le site n'est pas destiné au public français. Dans ce cas, la juridiction française n'a, de fait, pas le pouvoir d'ordonner réparation du préjudice.

I 212 Compétence en matière contractuelle

Outre celle du domicile du défendeur, un contractant peut saisir la juridiction du lieu de livraison effective de la chose ou de l'exécution de la prestation de service (article 46 du CPC). En cas de vente conclue par Internet, il s'agit du lieu où les marchandises ont été ou auraient dû être livrées. Pour la fourniture de service via Internet, il s'agit en principe du lieu où les prestations ont été ou auraient dû être fournies, c'est-à-dire l'endroit où l'internaute se connecte pour en bénéficier ou recevoir les données convenues.

Les consommateurs français peuvent également assigner devant la juridiction de leur domicile les commerçants étrangers auprès desquels ils ont acheté en ligne un bien ou un service, lorsque l'activité du commerçant à travers son site est dirigée, de façon substantielle, vers la France (article 16 du règlement UE du 22 décembre 2000 sur la compétence).

Dérogations. Les clauses dérogatoires d'attribution de compétence (ou clauses de prorogation de compétence) obéissent aux principes suivants. :

Dans les contrats en ligne entre commerçants, les clauses de compétence dérogatoires sont admises à condition qu'elles soient écrites et apparentes (article 48 du code de procédure civile). Une clause conclue sous forme électronique ne pourra être considérée comme répondant à la forme écrite que si le contrat a pu être transmis et conservé durablement dans des conditions de nature à en garantir l'intégrité (article 1316-1 ancien 1366 nouveau du code civil).

Dans les contrats entre un commerçant français et un non-commerçant français, il est interdit de déroger aux règles de compétence internes. Cette interdiction ne joue pas, en principe, dans les contrats internationaux conclus entre une partie française et une partie étrangère. Toutefois, les possibilités de dérogations à l'égard des consommateurs restent limitées (article 17 du règlement susvisé du 22 décembre 2000).

I 220 LA RESPONSABILITE DES ACTEURS DE L'INTERNET

En matière d'information diffusée sur Internet, les rôles sont répartis entre ceux qui éditent l'information, ceux qui l'hébergent, ceux qui la transportent, et ceux qui permettent de la rechercher (les moteurs de recherche). Ces différentes opérations obéissent à des régimes de responsabilité distincts. Ces régimes ne s'appliquent pas de façon cloisonnée à des catégories étanches de professionnels. Leur application dépend plutôt de la nature de l'intervention réalisée sur chaque information. Ainsi, un même professionnel peut parfaitement être l'éditeur d'une information sur son site, tandis que, vis-à-vis d'une autre information publiée sur le même site, il n'assumera qu'un rôle d'hébergeur.

I 221 Les éditeurs d'informations

L'éditeur est celui qui exerce un contrôle effectif, de nature intellectuelle, sur l'élaboration ou la sélection d'un contenu ou d'un service en vue de sa mise à disposition sur un site Internet. Pour les sites offrant à titre professionnel des services de commerce électronique (ventes et fourniture de service en ligne), le professionnel responsable est en principe tenu de s'identifier (articles 6-I-3° et 19 de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique). Lorsqu'un particulier ou un professionnel publie un contenu sur le site d'un tiers (sur un blog, un média social, un forum, etc.), il assume également le rôle d'éditeur vis-à-vis de ce contenu. Certaines données susceptibles de permettre l'identification des personnes ayant contribué à la création d'un contenu doivent être conservées par l'hébergeur (article 1er du décret du 25 février 2011 relatif à la conservation et à la communication des données permettant d'identifier les contributeurs de contenus en ligne). En droit de la presse, les personnes responsables de l'édition des propos litigieux sont déterminées par l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle (au premier rang desquelles figure le directeur de publication du site).

La personne qui édite une information assume la responsabilité qui en découle selon les dispositions légales applicables à l'information en cause.

I 222 Les hébergeurs d'informations.

I 222-1 Définition

L'hébergeur est celui qui assure le stockage, en vue d'une mise à disposition du public sur internet, de contenus fournis par les utilisateurs de son service (article 6-I-2 de la LCEN). Cette définition n'est pas réservée aux prestations de stockage de sites web entiers. La qualité d'hébergeur peut également être reconnue à l'égard d'informations destinées à être diffusées sur le propre site du prestataire, en particulier sur un site collaboratif où la partie dynamique du contenu provient des internautes. Tel peut être le cas des exploitants de plates-formes de commerce en ligne (eBay, LeBonCoin) vis-à-vis des offres de vente de leurs utilisateurs; des services de partage de vidéos (Dailymotion, YouTube) vis-à-vis des vidéos postées par les internautes; de certains organisateurs de forums de discussion non-modérés vis-à-vis des messages postés par les différents contributeurs etc. Le critère de qualification déterminant est l'absence de tout "rôle actif" joué par le prestataire au cours de la phase d'élaboration ou de sélection des contenus et qui serait de nature à lui en conférer la connaissance et le contrôle (on parle ici bien entendu d'un contrôle "intellectuel" et non "technique"). La Cour de justice de l'Union Européenne considère que l'exploitant d'une plate-forme de commerce en ligne pourrait ne pas être qualifié d'hébergeur à l'égard du contenu des offres de vente de ses utilisateurs lorsqu'il intervient activement sur celles-ci afin d'optimiser leur présentation (en l'occurrence, eBay offrait à certains commerçants utilisant sa plateforme une "aide détaillée" pour optimiser de façon spécifique le contenu de leurs offres) ou de les promouvoir lui-

même au travers de sites tiers (par exemple, eBay a pu un temps promouvoir elle-même les annonces spécifiques de certains commerçants utilisant sa plateforme au travers des services de référencement payant).

I 222-2 Régime.

Comme le prévoit l'article 6-I-2 de la LCEN, l'hébergeur ne peut pas voir sa responsabilité engagée du fait des informations stockées s'il n'a pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou si, dès le moment où il en a connaissance, il agit promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible. L'hébergeur n'étant pas de tenu de contrôler ou de rechercher activement l'information éventuellement illégale (article 6-I-7 de la LCEN), la connaissance effective du caractère illicite résulte le plus souvent d'une notification que lui adresse le plaignant. Cette notification n'est présumée suffisante que si elle respecte certaines exigences (article 6-I-5 de la LCEN). Elle doit en particulier être motivée et permettre de localiser l'information (essentiellement à l'aide de son adresse URL).

Le plaignant doit ensuite démontrer, pour engager la responsabilité de l'hébergeur, que celui-ci n'a pas réagi promptement ; le juge apprécie cette promptitude au cas par cas. Le Conseil constitutionnel a toutefois estimé que l'hébergeur n'est pas tenu de retirer les informations qui lui sont signalées lorsque leur caractère illicite n'est pas manifeste (décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004).

Le juge saisi au fond ou en référé (voire sur requête lorsque l'absence de contradiction est nécessaire) peut ordonner à l'hébergeur des mesures de nature à prévenir ou faire cesser un dommage occasionné par le contenu hébergé (article 6-I-8 de la LCEN). De manière générale, conformément au principe de proportionnalité, les mesures prononcées doivent être "ciblées et temporaires". Cela signifie que l'hébergeur ne peut être astreint sur décision judiciaire de surveiller l'ensemble du corpus de données qu'il stocke afin d'identifier une typologie d'infractions futures (ex: les infractions futures à une même œuvre ou une même marque).

Les hébergeurs français sont également tenus de conserver et de communiquer sur réquisition judiciaire les données susceptibles de permettre l'identification de leurs utilisateurs, en particulier les adresses IP utilisées, ainsi que les coordonnées éventuellement renseignées par ces derniers (cf. décret du 25 février 2011 susvisé).

I 223 Les fournisseurs d'accès et autres transporteurs d'informations

En raison de leur rôle purement passif et technique de simples "transporteurs" de l'information, les fournisseurs d'accès à Internet (FAI) ainsi que les opérateurs des infrastructures dédiées à la transmission des contenus ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée à raison des contenus mis en ligne par leurs abonnés ou par les tiers (article L32-3-3 du code des postes et communications électroniques).

Comme les hébergeurs (voir supra I 222), le juge peut néanmoins ordonner aux FAI de prendre des mesures ciblées et temporaires de nature à faire cesser ou prévenir un dommage illicite. En l'état de la technique, les FAI semblent ne pas être facilement en mesure de bloquer des informations précises sur une page Web identifiée (blocage par URL). Les blocages ordonnés visent en général l'accès à des sites entiers (blocage dit "DNS"), ce qui suppose une vigilance accrue du juge afin de vérifier la proportionnalité d'une telle mesure.

Les FAI peuvent également se voir ordonner, en référé ou sur requête, de fournir les données susceptibles d'identifier leurs abonnés (décret du 25 février 2011 susvisé, articles R10-13 et 14 du code des postes et communication électroniques). En pratique, c'est l'adresse IP utilisée par l'internaute à l'origine du contenu qui permettra de déterminer son FAI, lequel peut alors être enjoint de transmettre les données de l'utilisateur associé à cette adresse IP.

I 224 Les moteurs de recherche

Les moteurs de recherche indexent, de façon automatique (à l'aide de robots), des ressources disponibles sur Internet, qui peuvent ensuite être recherchées par les internautes (le plus souvent à l'aide de mots-clés) et listées dans des pages de résultats, chaque résultat permettant de localiser l'information et d'y accéder au moyen d'un lien hypertexte. Pour cette activité de référencement dit "naturel", la jurisprudence actuelle oscille entre l'application du régime des hébergeurs (cf. I 222) et l'application d'un régime inspiré de celui-ci, dans le cadre d'une interprétation raisonnable du droit commun de la responsabilité civile. Compte tenu du caractère automatisé de cette activité et de sa contribution essentielle pour la liberté d'accès à l'information, il est généralement reconnu que la faute pouvant être retenue à l'égard de l'exploitant du moteur de recherche est

seulement de ne pas procéder au déréférencement des contenus précis qui lui sont signalés, lorsque leur illicéité est manifeste.

Le référencement "naturel" se distingue des prestations de référencement dit "payant" (affichage d'annonces publicitaires ou "liens commerciaux" dans les résultats de recherche). A la suite d'une décision de la Cour de justice de l'Union Européenne (arrêt Google du 23 mars 2010), la jurisprudence tend désormais à reconnaître que la responsabilité du moteur de recherche à l'égard du contenu des annonces relève du régime des hébergeurs.

I 230 REGIME DES CONTRATS ET DE LA VENTE EN LIGNE

Le régime des «contrats sous forme électronique» est fixé par les articles 1369-1 à 1369-9 (1125 à 1127-6 nouveaux) du code civil qui sont la transposition de la Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000.

I 231 Informations précontractuelles.

Affichage des conditions générales. Tout professionnel offrant des produits et services en ligne est tenu d'afficher les conditions de son offre contractuelle, d'une manière en permettant la conservation et la reproduction (possibilité de téléchargement et d'impression). Il est engagé par ces conditions tant qu'elles sont affichées. La loi impose que ces conditions contiennent des informations sur les étapes à suivre pour conclure le contrat en ligne, les modalités de correction des erreurs de saisie de la commande, les règles professionnelles applicables le cas échéant (article 1369-4 ancien ; 1127-1 nouveau du code civil).

Information renforcée des consommateurs. Si l'offre est destinée aux consommateurs, elle doit en outre impérativement inclure des informations précises dont la liste est établie par la loi (article L121-1-II, L121-17, L121-19 et L121-19-1 du code de la consommation).

I 232 Passation du contrat

Double clic. Pour être valablement conclu, le destinataire de l'offre de produit ou service en ligne doit avoir la possibilité de valider une première fois sa commande (premier clic), puis de la confirmer (second clic) après avoir été mis en position de la vérifier et de la corriger le cas échéant (article 1369-5 ancien ; 1127-2 nouveau du code civil). L'auteur de l'offre doit alors en accuser réception sans retard. La règle du double clic peut être exclue entre professionnels par une clause expresse.

Protection renforcée des consommateurs. En cas de vente aux consommateurs, la règle du double clic est strictement impérative et renforcée par des obligations d'informations complémentaires destinées à s'assurer que le consommateur comprend la portée de son engagement (article L121-19-4 du code de la consommation). Le professionnel doit en outre adresser au consommateur un récapitulatif de la commande avec les conditions contractuelles applicables sur un support durable (généralement par courriel) et l'informer à nouveau de l'existence et des modalités de son éventuel droit de rétractation.

Droit de rétractation. Depuis la loi "Hamon" du 17 mars 2014, le droit de rétractation du consommateur peut désormais être exercé dans un délai de 14 jours. Ce délai est prorogé de 12 mois si les informations légales relatives aux modalités d'exercice de ce droit ne n'ont pas été dûment adressées au consommateur sur support durable (article L.121-21 et L121-21-1 du Code de la consommation).

I 233 Responsabilité du vendeur en ligne

Même lorsque le cybercommerçant fait appel à des sous-traitants, la loi rappelle que le vendeur en ligne est responsable de plein droit à l'égard de l'acheteur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat (article 15 de la LCEN et L.121-19-4 du code de la consommation).

I 240 RESPECT DES DONNEES PERSONNELLES

I 241 Principes généraux.

Une donnée à caractère personnel est une information objective (susceptible d'une vérification de son exactitude) qui renseigne sur une personne physique identifiée ou identifiable (ex: son adresse, son numéro de téléphone, ses préférences de compte, son adresse e-mail...etc). Les exploitants de site de e-commerce qui recueillent et traitent des données à caractère personnel sur leurs utilisateurs doivent respecter les dispositions de la loi Informatique et Libertés impliquant notamment les obligations suivantes:

Information des personnes. Le responsable de traitement doit informer les personnes concernées de la finalité du traitement, du type de données collectées, des modalités d'exercice de leur droit d'accès, de rectification et d'opposition (par exemple, par le biais d'une Politique de Vie privée disponible sur le site).

Qualité des données. Le responsable doit également respecter les principes de qualité des données de l'article 6 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Cela implique notamment de limiter le traitement aux données qui sont nécessaires et proportionnées par rapport à la finalité du traitement. La collecte et le traitement de certaines données sensibles (origine raciale ou ethnique, opinion politique, philosophique ou religieuse, appartenance syndicale, santé, vie sexuelle) sont strictement encadrés (article 8).

Légitimation du traitement. Le traitement doit également répondre à l'un des cas de légitimation des traitements de données énumérés à l'article 7 de la loi de 1978. Cela implique notamment d'obtenir le consentement exprès des personnes pour tous les traitements qui ne sont pas (i) imposés par la loi (comme la conservation de certaines données par les hébergeurs) (ii) ou nécessaires à l'exécution de la prestation en ligne (iii) ou qui ne poursuivent pas un but légitime prépondérant par rapport au droit des personnes au respect de la vie privée à l'égard des traitements de données.

La loi Informatique et Libertés est un texte complexe, dont certains critères sont relativement vagues et comportent de nombreuses exceptions. C'est pourquoi elle doit être mise en œuvre en gardant à l'esprit sa finalité (respect de la vie privée à l'égard des traitements de données) et en recherchant un équilibre avec les autres droits fondamentaux possiblement concernés (liberté d'entreprendre, libertés d'expression et d'accès à l'information, etc.). Les recommandations et la pratique décisionnelle de la CNIL peuvent éventuellement servir à éclairer le sens d'une règle, bien que l'interprétation de la CNIL ne lie pas les juridictions.

I 242 Droit au déréférencement par les moteurs de recherche.

Depuis un arrêt Costeja Gonzales du 13 mai 2014, la Cour de justice de l'Union Européenne admet que les personnes physiques puissent invoquer la loi Informatique et Libertés afin que certaines pages web référencées par les moteurs de recherche et comportant des données à caractère personnel les concernant, ne soient plus listées dans les résultats lors d'une recherche sur leur nom. Cette action n'est pas ouverte aux personnes morales.

Identification des faits. Le juge saisi d'une telle demande doit d'abord vérifier que la page Web en cause est bien déterminée (par une adresse URL), et identifier sur cette page quelles sont les données à caractère personnel concernées.

Identification du fondement. Il devra ensuite déterminer, parmi les dispositions de la loi Informatique et libertés, celle qui est invoquée par le demandeur. Il s'agit généralement de l'article 38 (droit d'opposition pour "motifs légitimes" tenant à la situation particulière de la personne). Le demandeur peut également invoquer l'article 40 (droit au retrait en raison de l'inexactitude ou de l'absence de mise à jour d'une information) ou encore, invoquer un manquement aux principes tenant à la qualité des données ou à la légitimation des traitements (articles 6 et 7 de la loi). La charge de la preuve pèse sur le demandeur (notamment lorsqu'il invoque l'inexactitude des données).

Balance des intérêts. Dans tous les cas, le juge devra rechercher un juste équilibre entre l'intérêt du public à recevoir l'information (ainsi que l'intérêt de l'éditeur à la communiquer) et la protection de la vie privée de la personne. Cette analyse doit le conduire à examiner de multiples critères tels que la notoriété et le rôle de la personne dans la vie publique, le degré de sensibilité de l'information par rapport à sa vie privée (les données purement professionnelles n'étant a priori pas sensibles), l'ancienneté des faits, la publicité données à l'information par la personne elle-même, l'absence de mise à jour des informations sur la page en cause, etc.

I 250 "L'E-REPUTATION"

La réputation des entreprises sur Internet est devenue un enjeu important, source d'un contentieux de plus en plus nourri.

Le juge devra d'abord qualifier la demande, étant rappelé qu'il n'est pas tenu par le fondement donné par le demandeur à son action.

Si les propos litigieux mettent directement en cause une personne physique ou morale en l'injuriant ou en lui prêtant des propos ou des faits précis portant atteinte à son honneur ou à sa réputation, tels que des faits constitutifs d'une infraction pénale, ils ne peuvent être en principe réprimés que sur le fondement de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse (action en diffamation ou injure publique). L'action relève de la

compétence exclusive du TGI et doit obéir à des conditions de formes impératives prévues par l'article 53 de la loi de 1881 (notamment la notification préalable du Ministère public), ainsi qu'à une courte prescription de trois mois.

Si les propos visent plutôt un produit ou un service, la responsabilité de l'éditeur pourra être mise en cause sur le fondement du dénigrement (article 1382ancien 1240 nouveau du Code civil) ou de la publicité comparative illicite (article L121-8 du Code de la consommation).

I 260 L'ADMINISTRATION DE LA PREUVE

Les constats réalisés sur Internet doivent respecter des règles précises afin que leur force probante ne puisse pas être contestée. Il s'agit notamment de la mention d'avoir vidé les caches, de s'être assuré que l'ordinateur utilisé n'était pas connecté à un serveur proxy et de l'indication de l'adresse IP de l'ordinateur utilisé. Il en va de même pour les constats effectués par des agents assermentés de l'Agence pour la Protection des Programmes. Les constats ne respectant pas ces exigences ne peuvent constituer une preuve à eux seuls.

Toutefois, la preuve étant libre en matière commerciale, des éléments de preuve en soi insuffisants - tels de simples captures ou impressions d'écrans - peuvent valoir à titre de simples renseignements et être recoupés avec d'autres éléments. Le juge ne pourra alors en tirer une éventuelle présomption que si ces éléments sont "graves, précis et concordants" (article 1353 ancien 1382 nouveau du code civil), c'est-à-dire établissent un faisceau d'indices cohérent ne laissant place à aucun doute raisonnable.

CHAPITRE 3

I 300 CONTRAT DE TRANSPORT

I 310 GÉNÉRALITÉS

I 311 Principaux acteurs des contrats de transport

Outre l'expéditeur et le destinataire, les opérations de transport font intervenir d'autres acteurs.

a) Transporteur

Appelé voiturier dans les transports terrestres, c'est une entreprise dont l'activité habituelle consiste, moyennant une rémunération, à déplacer des marchandises ou des passagers pour le compte d'autrui.

Ce transporteur a, sur la valeur des marchandises faisant l'objet de son obligation, un privilège pour le paiement des sommes qui lui sont dues au titre des frais relatifs à ces marchandises, mais aussi, parfois à des opérations antérieures (cf. I 327, I 336, I 346 et I 356) ; il peut les retenir jusqu'à paiement de ses créances (cf. N 230).

b) Commissionnaire de transport

Professionnel, immatriculé au registre du commerce et des sociétés, qui contracte vis-à-vis de l'expéditeur l'obligation d'acheminer et livrer la marchandise à destination (de bout en bout), par les voies et moyens dont il conserve le choix. Il traite avec les transporteurs sous son nom et sous sa responsabilité. Il a une obligation de prendre les mesures juridiques utiles à l'expéditeur (cf. H 540).

Selon la définition qu'en donne la Cour de cassation : « *La commission de transport, convention par laquelle le commissionnaire s'engage envers le commettant à accomplir pour le compte de celui-ci les actes juridiques nécessaires au déplacement de la marchandise d'un lieu à un autre, se caractérise par la latitude laissée au commissionnaire d'organiser librement le transport par les voies et moyens de son choix, sous son nom et sous sa responsabilité, ainsi que par le fait que cette convention porte sur le transport de bout en bout.* »

Il peut exécuter lui-même une partie du transport. La qualification de commissionnaire est essentiellement déterminée par la liberté de **choix des moyens de transport** ; elle a aussi pour critère le **caractère forfaitaire de sa rémunération**.

Il dispose pour le paiement de ses créances de commissionnaire (même nées à l'occasion d'opérations antérieures) d'un privilège assorti d'un droit de rétention sur les marchandises qui lui sont confiées (art. L 132-2) même si elles n'appartiennent pas à l'expéditeur (par exemple, en cas de réserve de propriété dont il n'est pas établi qu'il a eu connaissance).

Le commissionnaire de transport bénéficie en outre:

• du droit de revendication qu'il peut exercer sur les marchandises en cas de procédure collective du commettant ;

• de la solidarité des commettants s'ils sont plusieurs.

c) T ransitaire

Mandataire qui réceptionne les marchandises, les entrepose et les réexpédie conformément aux instructions de son mandant (expéditeur ou commissionnaire).

Il ne peut exercer, le cas échéant, que le privilège général de l'article 2102-3° du code civil concernant les frais exposés pour la conservation de la marchandise, et un droit de rétention sur les marchandises qu'il détient, mais uniquement pour les créances afférentes à ces marchandises elles-mêmes. Lorsqu'il a payé les droits dus au titre des marchandises, il est subrogé dans les privilèges fiscaux (douanes, T.V.A., etc.).

d) Manutentionnaire

Dans les transports maritimes, le manutentionnaire (appelé "acconier" ou "**stevedore**") est en charge des opérations de chargement et de déchargement dans les ports, agissant tantôt pour le compte du navire, tantôt pour le compte de l'expéditeur ou du destinataire en fonction des règlements et usages de chaque port.

e) Fréteur et affréteur

Dans les transports maritimes, le fréteur (le plus souvent l'**armateur**) s'engage, moyennant rémunération, à mettre un navire à la disposition d'un affréteur, soit pour un voyage et dans ce cas il en conserve la gestion commerciale, soit pour un temps déterminé et dans ce cas la gestion commerciale du navire est transférée à l'affréteur. Ils concluent entre eux un contrat appelé **charte-partie**.

f) Assureur

Il Intervient souvent dans les litiges liés aux contrats de transport. Deux catégories d'assurances sont concernées :

•assurance des marchandises souscrite soit par l'expéditeur, soit par le destinataire pour être indemnisé de la valeur des marchandises perdues ou avariées ;

•assurance de la responsabilité civile des intervenants.

I 312 Principe de responsabilité

a) Transporteur

Il est garant des avaries ou pertes de marchandises qui lui sont confiées et répond des fautes de ses substitués, sauf à démontrer la faute d'un autre intervenant ou l'existence d'un cas d'exonération.

Il peut être responsable de retard à la livraison.

b) Commissionnaire de transport

Responsable de ses fautes et de celles de ses substitués (commissionnaire intermédiaire, transporteur ou transitaire), il a une possibilité d'exonération ou de limitation de sa responsabilité (art. L 132-5) à condition que la clause soit claire, précise et acceptée par le commettant.

c) Transitaire et manutentionnaire

Uniquement responsables de leurs propres fautes, ils ne sont pas présumés responsables des

avaries ou manquants.

I 313 Droit d'action

L'action est normalement exercée par celui qui a subi le préjudice, c'est-à-dire celui aux risques et périls duquel voyageait la marchandise, qui est le plus souvent l'expéditeur ou le destinataire. Il y a toutefois possibilité de **cession de droits** ou de **subrogation**.

a) Expéditeur

Il dispose :

- d'un droit d'action contre le commissionnaire de transport (rapport contractuel) ;
- d'un droit **d'action directe** contre le transporteur que s'est substitué le commissionnaire (art. L 132-8).

b) Destinataire

Il a un droit d'action contre tous les intervenants s'il est l'ayant droit de la marchandise. Il a la possibilité de refuser la marchandise en cas de mauvaise exécution du transport, en sollicitant éventuellement une expertise (art. L 133-4).

c) Commissionnaire

l a un droit d'action contre le transporteur, soit après avoir indemnisé son client, soit par appel en garantie (action récursoire).

d) Assureur

L'assureur de la marchandise, subrogé dans les droits de celui qu'il a indemnisé, a un droit d'action contre le commissionnaire de transport et/ou le transporteur et/ou le transitaire.

I 314 Prescription de l'action

La prescription applicable aux actions concernant des litiges de transports est une prescription abrégée fixée ainsi qu'il suit pour les différents modes de transport :

a) Transports en France (art. L 133-6)

- action principale : 1 an à compter, en cas de perte, du jour où la marchandise aurait dû être remise, et, en cas d'avarie, du jour de la remise de la marchandise.
- action récursoire : 1 mois à compter du jour de l'exercice de l'action principale.

Pour le contrat de déménagement, la prescription abrégée n'est applicable qu'aux opérations de transport proprement dites, les opérations de manutention constituant un louage d'ouvrage (avec prescription décennale).

b) Transports internationaux

Mer	action principale :	1 an (2 ans en cas de dol)
	action récursoire :	3 mois après l'action principale
Route	toutes actions :	1 an (3 ans en cas de dol)
Rail	toutes actions :	1 an (2 ans en cas de dol)
Air	toutes actions :	2 ans

A noter que la prescription pour les actions à l'encontre du transitaire est de 10 ans.

Pour les transports internationaux par route et par rail, une réclamation suspend la prescription jusqu'à son rejet et la **restitution des pièces** jointes à la réclamation.

La prescription peut être suspendue conventionnellement. Elle est interrompue par une

assignation en référé, une assignation au fond (même devant un tribunal incompétent) ou la reconnaissance du droit du réclamant.

I 320 TRANSPORTS MARITIMES

I 321 Législation applicable

a) Législation maritime française

La loi du 18 juin 1966 sur "les contrats d'affrètement et de transport maritimes" et ses décrets d'application sont applicables aux transports internes, c'est-à-dire entre deux ports français, ainsi qu'aux transports internationaux exclus de l'application des conventions internationales indiquées ci-après.

b) Législation internationale

• **Convention de Bruxelles du 25 août 1924** applicable si :
- transport international,
- connaissement émis dans un des Etats contractants (cf. I 322 et art. 10).

Certains transports internationaux échappent toutefois à cette convention (art. 1), notamment le transport des animaux vivants et le transport en pontée.

• **Convention de Bruxelles amendée par le protocole du 23 février 1968 (accords de La Haye-Wisby)** applicable si :
- transport international,
- soit connaissement émis dans un des Etats contractants, soit transport au départ d'un port d'un Etat contractant,
- ou bien connaissement comprenant une "**clause Paramount**" par laquelle les parties ont entendu soumettre leur contrat à la convention.

• **Convention de Hambourg entrée en vigueur en 1992** mais non ratifiée par la France ; applicable cependant à un transport entre un port français et le port d'un pays ayant ratifié la convention si le litige est porté devant un tribunal du pays ayant ratifié. Assez voisine de la convention de Bruxelles, mais :
- application aux transports en pontée et au transport d'animaux vivants ;
- application depuis la prise en charge jusqu'à la remise au destinataire, c'est-à-dire à la phase maritime et aux phases non maritimes préalables à l'embarquement et postérieures au débarquement.

Remarque :
Les tribunaux français ont à appliquer la convention de Hambourg **uniquement** en présence d'une clause Paramount par laquelle les parties ont entendu soumettre leur contrat à cette convention.

I 322 Connaissement

a) Nature

Le connaissement (*bill of lading* ou "B/L") est l'instrument du contrat de transport. C'est un titre de propriété :
• faisant preuve du contrat de transport maritime qui constate la réception des marchandises, d'abord par le transporteur, puis par le destinataire à qui il permet de prendre livraison ;
• représentatif de la marchandise ;
• constituant l'élément de base du crédit documentaire en cas de transport maritime.

b) Forme

A la réception de la marchandise, et sur demande du chargeur, le connaissement est obligatoirement délivré par le transporteur :
• soit à personne dénommée (cessible en France uniquement dans les formes de l'article 1690 C. civ.),

- soit à ordre (du chargeur ou du destinataire) transmissible par simple endossement,
- soit au porteur, transmissible par simple remise (tradition).

Le connaissement :

- est daté et signé par le transporteur (ou son agent) ;
- indique le nom du chargeur (parfois remplacé par celui de son transitaire) ;
- indique le nom du navire, la date de chargement, le port d'embarquement, le port de débarquement ;
- porte les mentions identifiant les marchandises (nature, quantité, poids, conditionnement apparent), le tout sur déclaration du chargeur ;
- porte les éventuelles réserves du transporteur, soit quant à l'état des marchandises, soit quant à leur identification, notamment en cas d'emballage (par exemple, conteneur) ne permettant pas de vérifier la quantité ou la nature (mention *"said to contain"*) ;
- porte la mention "*clean on board"* si le transporteur ne fait aucune réserve.

Remarque : Les clauses dérogatoires de compétence du connaissement sont inopposables au chargeur et au destinataire si le connaissement n'est pas signé par le chargeur.

I 323 Différents types de ventes maritimes

Les obligations des cocontractants, donc leurs responsabilités, diffèrent suivant les modes de vente maritime choisis, dont les plus courants, codifiés par la Chambre de commerce internationale sous le nom d'**Incoterms** (International Commercial Terms ou CIV : conditions internationales de vente**),** sont les suivants :

a) Vente FOB (free on board)

Le vendeur s'engage à livrer au départ du transport maritime. L'acheteur fait son affaire de ce transport et de l'assurance de la marchandise.

La livraison a lieu à bord du navire désigné par l'acheteur, et les frais et risques du vendeur prennent fin au passage du bastingage. Pour l'essentiel, et sauf protestation dans les plus brefs délais, c'est à ce moment-là que l'acheteur est censé avoir agréé la marchandise, sauf cas de vice caché ou d'impossibilité de constatation contradictoire (la protestation est alors reportée à l'arrivée).

Remarque :
Les USA ont une autre notion du FOB, et parlent couramment de "*FOB truck*", c'est-à-dire marchandise chargée à bord d'un camion au départ de l'usine.

b) Vente FAS (free alongside ship ou franco long du bord)

C'est une variante de la vente FOB. Le vendeur livre la marchandise à l'emplacement de chargement désigné par l'acheteur ("à quai", ou "sous palan" du navire). Les règles de la vente FOB s'appliquent.

c) Vente CIF ou CAF (cost insurance freight ou coût assurance fret)

Dans ce système, le plus fréquent à l'époque actuelle, il y a toujours vente de la marchandise à l'embarquement et transfert à l'acheteur de la propriété et des risques au moment de la mise à bord. Mais le vendeur doit conclure un contrat de transport maritime et contracter l'assurance correspondante au bénéfice de l'acheteur. Il paie le fret et la prime d'assurance et adresse un connaissement net ("clean") à l'acheteur.

d) Vente C & F (cost and freight ou coût et fret)

C'est une variante du système précédent, dans laquelle le vendeur n'a pas à "soigner" (prendre soin de) l'assurance de la marchandise.

I 324 Responsabilité du transporteur

Le principe général est la responsabilité du transporteur pendant toute la période contractuelle, ce qui n'empêche pas le transporteur d'agir à son tour contre celui qu'il estime être le véritable responsable.

La période contractuelle commence plus tôt et se termine plus tard dans le système de la loi française que dans celui de la convention de Bruxelles :

• la loi française encadre la phase maritime de deux phases terrestres : inaugurée avec la prise en charge par le transporteur ou par le manutentionnaire (acconier) agissant pour son compte, donc à terre, elle ne prend fin qu'à la livraison au réceptionnaire ou à son représentant, donc à terre ;

• la convention de Bruxelles exclut les phases terrestres, la période contractuelle ne s'écoulant que du chargement "sous palan" au déchargement "sous palan".

Le transporteur peut faire tomber la présomption de responsabilité qui pèse sur lui en cas de pertes ou d'avaries survenues pendant le transport, à condition de rapporter une double preuve :

• il doit établir l'existence d'une des causes d'exonération admises par la loi ou la convention ;

• il doit démontrer un lien de causalité entre la cause d'exonération et le dommage.

Outre les fautes du chargeur (vice propre de la marchandise, emballage, etc.), les textes énumèrent des "cas exceptés", notamment :

• incendie,
• fortune de mer,
• sauvetage,
• faute nautique du capitaine,
• innavigabilité du navire (à condition de démontrer la "due diligence").

Le transporteur bénéficie d'une **présomption de livraison conforme** si des réserves ne sont pas faites par le destinataire ou un ayant droit dans les formes et délais fixés par la loi ou les conventions.

Retard à la livraison :

La convention de Bruxelles ainsi que la loi française ne prévoyant pas de délai d'acheminement, la responsabilité du transporteur n'est engagée que si un délai figure dans le connaissement, ce qui est exceptionnel. Cependant, les tribunaux sanctionnent les délais anormalement longs comme constituant une faute du transporteur donnant droit à réparation.

Les règles de Hambourg introduisent une responsabilité pour retard si la marchandise n'est pas livrée soit dans le délai convenu soit dans un délai raisonnablement exigé d'un transporteur diligent. En cas de retard, si l'ayant droit prouve qu'un préjudice en est résulté, le transporteur est tenu de payer une indemnité qui ne peut dépasser le rix du transport.

I 325 Réserves

La formulation de réserves par celui qui reçoit vise à l'exonérer de la responsabilité en la laissant à la charge de celui qui remet.

• **Au chargement, le transporteur** qui reçoit la marchandise peut adopter plusieurs attitudes :

- ou bien il ne porte **aucune réserve au connaissement** et il y a présomption simple (permettant la preuve contraire à la charge du transporteur) que celui-ci a reçu la marchandise conforme ; mais entre lui et un tiers porteur de bonne foi du connaissement, aucune preuve contraire n'est admise ;

- ou bien **il refuse l'inscription au connaissement** des déclarations du chargeur s'il en suspecte l'exactitude ou s'il ne peut contrôler ;

- ou bien **il porte des réserves spécifiques** au connaissement, et c'est au juge d'apprécier la valeur des réserves portées ;

- ou bien il reçoit du chargeur, qui a besoin (par exemple pour un crédit documentaire) d'un connaissement net, une **lettre de garantie** en vertu de laquelle le chargeur accepte les réserves que mentionnerait le transporteur

• **Au déchargement, le réceptionnaire** (destinataire ou son représentant) a les possibilités suivantes :

- en cas de **pertes partielles** ou d'**avaries**, il doit adresser au transporteur des réserves écrites, précises, motivées, non conditionnelles, faute de quoi il est **présumé** (sauf preuve contraire à sa charge) avoir reçu du transporteur une livraison conforme ;
- en cas de **dommages apparents**, il doit faire des réserves au plus tard au moment de la livraison ;
- en cas de **dommages non apparents**, les réserves doivent être exprimées par écrit (de préférence par lettre recommandée avec avis de réception) dans les **trois jours** de la livraison (jours fériés compris pour la convention de Bruxelles, non compris pour la loi française).

Celui qui y a intérêt peut demander une expertise contradictoire à la livraison.

I 326 Limitations légales de la responsabilité du transporteur

Les limitations légales des indemnités à la charge du transporteur responsable sont fixées par les textes en "droits de tirage spéciaux" (DTS), monnaie fictive du Fonds monétaire international, constituée à partir d'un panier de monnaies internationales, comme suit :

- Loi française : 666,67 DTS par colis ou 2 DTS par kg
- Convention de Bruxelles : 666,67 DTS par colis ou 2 DTS par kg
- Règles de Hambourg : 835 DTS par colis ou 2,5 DTS par kg

En juillet 2016, la valeur du DTS était d'environ 1,263 €.

Les conteneurs sont souvent considérés comme des colis uniques, mais si le connaissement mentionne la présence de plusieurs colis distincts dans le conteneur, la limitation de responsabilité s'applique à chacun d'eux.

Les limitations de responsabilité ne sont pas applicables en cas de faute lourde.

Le commissionnaire de transport peut se prévaloir des limitations de responsabilité applicables au transporteur, sauf faute lourde de sa part.

I 327 Paiement du transporteur

Le transporteur maritime bénéficie d'un privilège (assorti d'un droit de rétention) sur les marchandises transportées quel qu'en soit le propriétaire, mais uniquement pour obtenir le paiement de créances afférentes à ces marchandises (loi 66-420 du 18 juin 1966 art. 1 et 2).

I 330 TRANSPORTS ROUTIERS

I 331 Législation applicable

a) Transports intérieurs

La loi d'orientation des transports intérieurs (LOTI) du 30 décembre 1982 dispose, qu'à défaut de convention écrite entre les parties, le transport se trouve automatiquement régi par un **contrat type** institué par décret et **applicable de plein droit**. Il existe sept **contrats types spécifiques** (transport en citerne, locations de véhicules avec conducteur, transports de marchandises périssables, d'animaux vivants, de voitures, de fonds, transports exceptionnels d'objets indivisibles) et un **contrat type général** qui s'applique dans tous les autres cas.

Il n'existe pas de contrat type déménagement, les conditions générales de la chambre syndicale jouant de façon quasi systématique le rôle de convention écrite selon la LOTI, mais seules les opérations de transport proprement dit peuvent être considérées comme un transport de marchandises (loi du 12/06/03 renforçant la lute contre délinquance routière), la manutention constituant un louage d'ouvrage.

b) Transports internationaux

La convention de Genève du 19 mai 1956 (CMR) relative au contrat de transport international de marchandises par route s'applique à ces transports internationaux de marchandises ; le droit français s'applique à titre supplétif pour les points non réglés par la convention.

La CMR est applicable lorsque le lieu de prise en charge et le lieu de destination sont situés dans deux pays différents dont l'un au moins adhère à la convention, même si une partie du parcours n'est pas terrestre mais sans qu'il y ait rupture de charge.

La CMR ne s'applique pas dans les rapports du commissionnaire et de son client. Elle les régit néanmoins indirectement lorsque le commissionnaire est recherché en tant que garant.

I 332 Contrat de transport

Le transporteur, ou voiturier (art. L 133-1 à L 133-6), est un commerçant, tenu de s'immatriculer au registre du commerce et des sociétés, ainsi qu'au **registre des transporteurs** tenu par le préfet de la région où il a son siège.

Le contrat de transport est matérialisé par la **lettre de voiture** signée par l'expéditeur et le voiturier, et éventuellement le commissionnaire de transport. Ses caractéristiques sont définies à l'article L 132-9 du code de commerce. Le "récépissé timbré" ou la "feuille de route" peut tenir lieu de lettre de voiture.

A l'inverse du connaissement (transport maritime), la lettre de voiture n'est pas un titre représentatif de la marchandise et ne peut pas être endossée.

En matière de transport international, il existe une "**lettre de voiture CMR**", qui est le plus souvent utilisée, sans être cependant obligatoire.

Le voiturier traite parfois avec un **loueur de véhicules**, en cas de supplément de fret ou de manière habituelle, pour ne pas supporter la charge financière d'une trop grande quantité de véhicules. Que le véhicule soit loué avec ou sans conducteur, le locataire garde la maîtrise totale du transport des marchandises et a la disposition exclusive du véhicule pendant la durée de la location. En cas de location avec conducteur, et en l'absence de contrat précis, c'est au loueur de prouver qu'il n'a pas agi comme transporteur.

I 333 Responsabilité du transporteur

La responsabilité du transporteur ou voiturier est définie à l'article L 133-1 du code de commerce. Sauf cas de force majeure, il est garant :

- de la perte des objets à transporter ;
- des avaries autres que celles qui proviennent du vice propre de la chose ;
- de l'arrivée des marchandises dans le délai convenu.

La responsabilité du voiturier couvre **l'arrimage** pour les envois de moins de trois tonnes, tandis que cette opération est de la responsabilité du chargeur pour les envois de plus de trois tonnes.

Le voiturier est responsable du non paiement des marchandises par le destinataire lorsque l'expédition est faite contre remboursement.

Retard à la livraison :
Les contrats type français et la CMR prévoient qu'en cas de retard à la livraison, si l'ayant-droit prouve qu'un préjudice en est résulté, le transporteur est tenu de payer pour ce préjudice une indemnité qui ne peut être supérieure au prix du transport.

Toute clause exonérant le voiturier de sa présomption de responsabilité est nulle de plein droit (sauf éventuellement responsabilité pour retard). Cependant les clauses limitatives de responsabilité sont valables si elles sont lisibles et connues de l'expéditeur, "rachetables" par celui-ci (c'est-à-dire

pouvant faire l'objet d'une assurance complémentaire) et non dérisoires.

I 334 Réserves

Les **avaries** en cours de transport ou lors de la livraison et les **manquants** doivent faire l'objet de réserves motivées sur la lettre de voiture, confirmées au transporteur dans les 3 jours ouvrables suivant la livraison, non compris les jours fériés, par lettre recommandée précise et motivée, par acte extrajudiciaire ou par demande d'expertise judiciaire (art. L 133-3).

Si ces formalités ne sont pas effectuées dans le délai de 3 jours, le plaignant est forclos et peut se voir opposer à bon droit une fin de non recevoir.

Si elles sont effectuées, l'action en responsabilité contre le responsable de l'avarie ou du manquant se prescrit par 1 an à compter du jour de la livraison. L'action récursoire doit être engagée dans le délai de 1 mois qui court du jour de l'exercice de l'action principale contre le garanti.

Pour les transports internationaux, soumis à la CMR, le délai pour faire des réserves est porté à 7 jours en cas d'avaries et à 21 jours en cas de perte. Le délai de 1 an de prescription de l'action se décompte du lendemain de la livraison. Il est porté à 3 ans en cas de dol ou de faute lourde.

I 335 Limitations de responsabilité

Les limitations légales des indemnités à la charge du transporteur sont les suivantes :

• pour les transports intérieurs avec contrat type général (décret 99-269 du 6 avril 1999) :
- envois inférieurs à 3 tonnes **:** 23 €/kg, avec un maximum de 750 € par colis ;
- envois égaux ou supérieurs à 3 tonnes **:** 14 €/kg, avec plafond de 2.300 € par tonne faisant partie de l'envoi (4000 € par tonne en température dirigée);

• pour les transports internationaux (art. 23 § 2 de la CMR) : 8,33 DTS/kg (environ 10 €) avec des intérêts moratoires de 5 % l'an.

Ces limitations ne s'appliquent ni en cas de faute lourde du voiturier ou de ses préposés, ni en cas de **décla**ration de valeur ou d'intérêts donnant lieu à une assurance complémentaire.

I 336 Paiement du voiturier

Le voiturier peut se faire payer par l'expéditeur ou le destinataire (art. L 132-8) et a un privilège sur la valeur de la marchandise faisant l'objet de son obligation pour toutes créances de transport, même nées à l'occasion d'opérations antérieures, dans la mesure où le propriétaire des marchandises est impliqué dans lesdites opérations (art. L 133-7).

I 337 Extension aux transports fluviaux

Toutes les dispositions du code de commerce rappelées ci-dessus s'appliquent aux transports fluviaux intérieurs (art. L 133-5) mais, en matière internationale, il existe une règlementation propre à chaque voie navigable (Rhin, Danube, etc.).

I 340 TRANSPORTS FERROVIAIRES

I 341 Législation applicable

a) Transports intérieurs

• Loi d'orientation des transports intérieurs (LOTI) du 30 décembre 1982.
• Cahier des charges de la SNCF (décret du 13 septembre 1983).

b) Transports internationaux

• **Convention de Berne du 9 mai 1980** : "convention relative aux transports ferroviaires internationaux" (COTIF), qui comporte :

- un appendice consacré aux "règles uniformes concernant le contrat de transport international des voyageurs et des bagages" (RU-CIV) ;
- un appendice consacré aux "règles uniformes concernant le transport international ferroviaire des marchandises" (RU-CIM).

La CIM régit de plein droit les envois de marchandises (aussi bien les envois de détail que les wagons complets) remis au transporteur avec une lettre de voiture directe établie pour un parcours empruntant les territoires d'au moins deux états contractants.

I 342 Contrat de transport

Le contrat de transport intérieur est établi à partir d'un formulaire type publié par la SNCF. Le contrat est formé lorsque l'agent "reconnaisseur" de la SNCF date et vise le feuillet original du contrat de transport préalablement rempli, daté et signé par l'expéditeur.

Le contrat de transport international est matérialisé par l'apposition sur la lettre de voiture CIM du timbre à date du transporteur ferroviaire. L'article 13 des RU-CIM donne l'énumération des mentions à remplir par l'expéditeur et par le chemin de fer.

I 343 Responsabilité du transporteur

En transport intérieur, les règles fixant la responsabilité du transporteur sont similaires à celles exposées ci-dessus pour les transports routiers (cf. I 333). Le chemin de fer est présumé responsable des pertes ou avaries, sauf à prouver le vice propre de la marchandise, la force majeure ou la faute du cocontractant. En cas de doute, le transporteur ferroviaire voit sa responsabilité engagée chaque fois que l'origine du dommage n'a pu être déterminée.

En transport international, la présomption de responsabilité du transporteur est assez semblable, à ceci près que, dans les causes d'exonération, la force majeure est remplacée par "des circonstances que le chemin de fer ne pouvait pas éviter et aux conséquences desquelles il ne pouvait pas obvier". La preuve en appartient au chemin de fer.

I 344 Réserves

En transport intérieur, le destinataire doit faire des réserves précises et motivées ; il perd tout droit d'action s'il ne notifie pas une protestation motivée, par acte extrajudiciaire ou par lettre recommandée, dans les 3 jours (dimanches et jours fériés non compris) suivant la réception des objets transportés (art. L 133-3). Cependant, la jurisprudence considère que la formalité de l'article L 133-3 cesse d'être exigible chaque fois que des réserves valables ont été formulées à la livraison et que "le transporteur ne les a pas contestées ou contredites par une mention contraire".

En transport international, selon les règles de la CIM, la découverte de manquants ou d'avaries donne lieu non pas à la formulation de réserves, mais à l'établissement d'un **procès-verbal de constat** qui n'a pas à être doublé d'une lettre recommandée.

En cas de désaccord avec les énonciations du procès-verbal, il est préférable de provoquer une constatation judiciaire, qui prend en France la forme de l'expertise judiciaire de l'article L 133-4 du code de commerce.

En cas de dommages apparents, toute action est éteinte contre le chemin de fer si le destinataire n'a pas demandé l'établissement du procès-verbal avant acceptation de la marchandise. En cas de dommages non apparents, le destinataire échappe à la forclusion s'il demande l'établissement du procès-verbal au plus tard dans les 7 jours (dimanches et jours fériés compris) qui suivent l'acceptation de la marchandise.

Le délai de prescription de l'action en réparation est de 1 an en transport intérieur comme en transport international. Cependant la CIM prévoit une extension de ce délai à 2 ans en cas d'un "dommage résultant d'un acte ou d'une omission commis, soit avec l'intention de provoquer un tel dommage, soit témérairement et avec conscience qu'un tel dommage en résultera probablement".

I 345 Limitations de responsabilité

En transport intérieur, l'indemnité pour réparation du préjudice matériel résultant de la perte, de l'avarie ou du retard est limitée (sauf déclaration préalable de valeur) à 23 €/kg pour chacun des objets compris dans l'envoi. Il peut y avoir en outre une indemnité pour réparation d'un préjudice supplémentaire, qui est limitée au double des frais de transport du ou des wagons concernés.

En transport international, l'indemnité pour perte ou avarie (convention RU-CIM) est limitée à 17 DTS/kg (environ 21 €) de masse brute manquante ou de marchandise avariée. Elle porte intérêt au taux fixe de 5 % l'an.

Les limitations ci-dessus ne sont pas applicables s'il y a eu faute lourde (transport intérieur) ou inexcusable (transport international) du chemin de fer.

I 346 Paiement du transporteur

Le transporteur ferroviaire bénéficie des garanties et privilèges accordés au voiturier par les articles L 332-8 et L 133-7 du code de commerce.

I 350 TRANSPORTS AÉRIENS

I 351 Législation applicable

a) Transports intérieurs

Code de l'aviation civile et dispositions de la convention de Varsovie relatives à la responsabilité du transporteur.

b) Transports internationaux

Convention de Varsovie du 12 octobre 1929, éventuellement modifiée par le protocole de La Haye du 3 août 1955 (non ratifié par les USA) et par le protocole de Montréal du 25 mai 1975.

Remarque :
Un transport aérien effectué d'un point à un autre du territoire d'un même Etat, mais avec une escale dans un pays étranger, est considéré comme un transport international.

I 352 Contrat de transport

En **transport international,** le contrat est matérialisé par une lettre de transport aérien (LTA ou "airway bill"), qui est régie par les conditions générales de l'IATA (International Air Transport Association).

C'est l'expéditeur qui est responsable des indications et déclarations concernant la marchandise.

A l'inverse du connaissement maritime, la LTA n'est pas un document négociable.

En **transport intérieur**, le contrat peut être matérialisé par une déclaration d'expédition**,** qui a le caractère d'une lettre de voiture définie par les articles L 132-8 et L 132-9 du code de commerce (art. L 321-2 du code de l'aviation civile). Cependant les compagnies aériennes utilisent presque toujours une LTA comme en transport international.

I 353 Responsabilité du transporteur

Le transporteur aérien est présumé responsable en cas de perte ou d'avaries.

Cependant les articles 20 et 21 de la convention de Varsovie prévoient deux causes d'exonération du transporteur :

- s'il établit avoir pris toutes les mesures nécessaires en vue d'éviter le dommage ou s'être

trouvé dans l'impossibilité de les prendre ;

- s'il prouve la faute de la personne lésée.

Retard à la livraison :

Le transporteur est responsable des dommages résultant d'un retard de transport de marchandises. En l'absence de délai convenu, il sera tenu compte d'un délai jugé « raisonnable ». L'indemnité, si le préjudice est prouvé, ne peut dépasser le prix du transport.

I 354 Réserves

En cas d'avaries ou de pertes partielles, le destinataire doit adresser une **protestation écrite** dans les 14 jours à compter de la réception (délai réduit à 7 jours pour les bagages). La jurisprudence admet cependant souvent que la protestation écrite dans ce délai n'est pas nécessaire si des réserves précises ont été portées par le destinataire sur la LTA. En cas de retard de livraison, ce délai est porté à 21 jours.

Ces trois délais sont décomptés en jours calendaires.

En cas de perte totale, la convention de Varsovie ne précise pas de délai pour présenter une réclamation. Les compagnies aériennes incluent souvent dans la LTA une clause particulière selon laquelle toute réclamation doit être notifiée par écrit dans les 120 jours à compter de l'émission de la LTA. Mais cette "**clause des 120 jours**" a souvent été déclarée nulle par la jurisprudence pour être un délai de forclusion non exigé par la convention. Certains tribunaux considèrent que le délai de réclamation est le même que pour les avaries.

Le délai pour intenter une action en réparation est de 2 ans, tant pour l'action principale que pour l'action récursoire. Il s'agit d'un délai de prescription qui peut être interrompu ou suspendu selon les règles du droit commun et non d'un délai préfix.

I 355 Limitations de responsabilité

Les limitations d'indemnité sont les mêmes en transport intérieur et en transport international.

La convention de Varsovie fixe à 250 francs-or par kilo le plafond d'indemnité. Cette limite est dans la pratique remplacée par 16,5837 DTS/kg (environ 20 euros). (Convention de Montréal : 17 DTS/kg). Il n'est pas prévu de limitation par colis ou par envoi en sus de la limitation par kilo.

La limitation de responsabilité ne s'applique pas :

- si l'expéditeur a souscrit une déclaration spéciale d'intérêt, qui doit être mentionnée sur la LTA et figurer à la rubrique : "valeur déclarée pour le transport" ;
- si le dommage résulte d'une "faute inexcusable du transporteur", qui est définie par la convention comme "acte ou omission du transporteur ou de ses préposés fait, soit avec l'intention de provoquer un dommage, soit témérairement et avec conscience qu'un dommage en résultera probablement".

I 356 Paiement du transporteur

Selon l'article L 321-1 du code de l'aviation civile, les règles édictées par le code de commerce pour le transport terrestre sont applicables au transport aérien ; le transporteur bénéficie donc du privilège accordé au voiturier par l'article L 133-7 du code de commerce (cf. I 336).

I 360 COMMISSIONNAIRES EN DOUANE

Les commissionnaires en douane sont agréés par le ministre des finances sur présentation de l'administration, avis pris d'un comité consultatif. Ils sont révocables dans les mêmes conditions.

Ils sont seuls habilités à effectuer les formalités de passage en douane. Ils agissent comme mandataires de leurs clients.

Les commissionnaires en douane bénéficient, pour les droits, amendes et taxes de toute nature qu'ils ont acquittés à l'administration, d'une subrogation dans le privilège des douanes (article 381 du code des douanes).

Les commissionnaires en douane disposent aussi d'un droit de rétention des marchandises (art. L 132-2 C. com.) tant qu'ils ne sont pas réglés de leurs peines et soins auprès des douanes, ou des droits, amendes et taxes qu'ils ont eux-mêmes réglés pour le compte de leurs commettants.

En matière de litiges relatifs aux douanes, les tribunaux de commerce n'ont à connaître que du rôle et du privilège des commissionnaires en douane.

Le litige le plus fréquent concerne le cas où un commissionnaire de transport, non agréé en douane, sous-traite les formalités douanières à un commissionnaire en douane agréé et ne lui règle pas les frais et droits qu'il a acquittés, le plus souvent parce que lui-même a fait l'objet d'une procédure collective.

I 370 ASSURANCES TRANSPORTS

Il existe deux types principaux d'assurance transport, dont l'objet et la portée sont différents :

I 371 Assurance des marchandises

Elle est normalement souscrite par l'expéditeur, plus rarement par le destinataire, et a pour objet d'indemniser le bénéficiaire de l'assurance sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur la responsabilité des entreprises ayant concouru au transport.

Le montant de l'indemnité est défini par la police et les justifications fournies. Les limitations de responsabilité du commissionnaire de transport ou du transporteur (par kilo, par colis, par envoi, etc.) n'entrent pas en ligne de compte. Si l'assuré a correctement déclaré le risque et la valeur de la marchandise, il doit être intégralement dédommagé.

Après avoir indemnisé le bénéficiaire, l'assureur est subrogé dans ses droits et exerce, s'il y a lieu, un recours contre le commissionnaire qui était chargé du transport ou contre le transporteur qui l'a exécuté.

En transport maritime, les marchandises sont le plus souvent assurées pour 110 % de leur valeur CIF. Bien entendu, l'assureur subrogé n'est pas en droit d'obtenir du transporteur responsable le remboursement de plus de 100 % de la valeur CIF.

L'assurance peut prendre la forme :

- d'une police **au voyage**, garantissant la marchandise dans le cadre d'une expédition isolée ;
- d'une police **d'abonnement** (ou police flottante) couvrant les "facultés" (marchandises) et susceptible de revêtir deux formes :
  - police à application obligatoire, couvrant automatiquement toutes les expéditions de l'entreprise, à charge pour celle-ci d'en aviser l'assureur dans les 3 jours par une "**déclaration d'aliment**" ;
  - police à application facultative, couvrant seulement certaines expéditions au choix de l'assuré, la déclaration d'aliment devant alors être faite avant la remise des marchandises au transporteur.

I 372 Assurance de la responsabilité contractuelle des intervenants

Elle est souscrite par le transporteur ou le commissionnaire de transport pour le garantir des conséquences pécuniaires de la responsabilité qu'il est susceptible d'assumer vis-à-vis de ses clients, expéditeur ou destinataire, du fait de la mauvaise exécution de son contrat.

La garantie de l'assureur est directement liée à la responsabilité de l'assuré, ce qui signifie qu'elle ne peut être mise en œuvre :

- que si le transporteur ou le commissionnaire est responsable ;
- uniquement dans les limites de cette responsabilité (limitation contractuelle selon les modes de transport).

L'assuré peut obtenir de son assureur qu'il le garantisse intégralement, au delà des limitations légales, au cas où serait retenue contre lui une faute lourde le privant de ses limitations personnelles d'indemnité.

Il faut enfin mentionner, pour les transports maritimes, les P&I Clubs (Protection and Indemnity Clubs), qui sont des associations mutuelles d'assurance formées par des armateurs pour se protéger contre les risques non couverts par les polices d'assurance maritime générales. Elles interviennent fréquemment pour se porter caution afin d'obtenir la mainlevée de la saisie d'un navire dans un port.

CHAPITRE 4

I 400 CONTRAT D'ASSURANCE

I 410 DÉFINITIONS – TEXTES

L'assurance est un contrat (matérialisé par un document appelé police) par lequel une personne physique ou morale (l'assuré) acquiert d'un professionnel (l'assureur) pour lui ou pour un tiers (le bénéficiaire), moyennant paiement d'une prime ou cotisation, un droit à un dédommagement (l'indemnité) en cas de réalisation d'un risque (le sinistre). Toutes les activités de l'homme peuvent donner lieu à assurance, à condition qu'elles comportent un aléa et ne soient pas contraires à l'ordre public.

Le sinistre est un événement incertain, qui ne doit pas dépendre exclusivement de la volonté des parties.

Les textes relatifs à l'assurance sont codifiés dans le code des assurances.

I 420 CATÉGORIES D'ASSURANCE

I 421 Assurances de dommages

Garantissant l'assuré contre les conséquences d'un événement pouvant affecter son patrimoine, elles se subdivisent en assurances de biens (réparation de la diminution d'actif consécutive à la réalisation d'un sinistre) et assurances de responsabilité (garantie contre les recours exercés par les tiers à raison d'un préjudice que l'assuré a pu leur causer). Les contrats Incendie et autres dommages aux biens ouvrent droit à la garantie de l'assuré contre les effets sur ces biens des catastrophes naturelles dans la mesure où, pour la région considérée, celles-ci sont constatées par un arrêté ministériel (loi n° 82-600 du 13 juillet 1982).

I 422 Assurances de personnes

Elles comprennent les assurances sur la vie, les assurances contre les accidents corporels et les assurances contre la maladie. Ces risques sont couverts par des contrats individuels ou par des contrats de groupe qui sont des contrats souscrits par une personne morale en vue de couvrir l'ensemble des personnes définies au contrat..

I 423 Assurances de groupe

Est un contrat d'assurance de groupe le contrat souscrit par une personne morale ou un chef d'entreprise en vue de l'adhésion d'un ensemble de personnes répondant à des conditions définies au contrat, pour la couverture des risques dépendant de la durée de la vie humaine, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité, des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité ou du risque de chômage (code des assurances L141-1).

Dans des assurances « emprunteurs » se rencontrant très fréquemment dans les opérations de crédit, l'établissement de crédit est le souscripteur et le bénéficiaire du contrat qui lui garantit le paiement du capital ou des mensualités en cas de réalisation de certains risques susceptibles de compromettre leur remboursement (décès, invalidité, arrêt de travail, chômage).

I 424 Assurances crédit

Ce type d'assurance garantit à un créancier le paiement de ses factures en cas d'insolvabilité de ses débiteurs. Cette forme d'assurance peut être couplée à un contrat d'affacturage.

I 425 Assurances "à abonnements" ou "au voyage"

Dans ces contrats, la prime est calculée et appelée chaque fois que l'événement couvert par la police se produit. Ces contrats sont fréquents en matière de marchandises transportées. Les assurances transports obéissent à des règles particulières et sont traitées par ailleurs (cf. I 370).

I 426 Assurances pour compte

L'assurance peut être souscrite "pour le compte de qui il appartiendra" ; elle vaut alors tant comme assurance de responsabilité au profit du souscripteur du contrat que comme stipulation pour autrui au profit du bénéficiaire éventuel. Elle est fréquemment pratiquée par les entrepositaires au profit des déposants.

I 430 RÈGLES DE COMPÉTENCE

I 431 Compétence d'attribution

Les opérations d'assurances (sauf celles concernant le transport maritime ne constituent pas des actes de commerce. C'est donc la qualité du défendeur qui détermine la juridiction compétente. Ainsi, le tribunal de commerce sera compétent lorsque l'assureur en défense sera une société commerciale et le tribunal de grande instance lorsque le défendeur sera une société d'assurance mutuelle. Cependant, il est fréquent que les sociétés d'assurance mutuelles renoncent à soulever l'incompétence du tribunal de commerce lorsque leur client est commerçant.

I 432 Compétence territoriale

Les litiges ayant trait à la fixation et au règlement des indemnités sont de la compétence du tribunal du domicile de l'assuré même s'il est demandeur, sauf pour :

• les assurances d'immeubles et des meubles par nature (c'est alors celui de la situation de l'objet assuré)

• les assurances contre les accidents pour lesquelles l'assuré peut assigner l'assureur devant le tribunal du lieu où s'est produit le fait dommageable.

Il est rappelé que si l'assureur est appelé en intervention forcée, il ne peut décliner la compétence territoriale de cette juridiction, même en invoquant une clause attributive de compétence (art.333 CPC).

I 433 Accidents de circulation terrestre

Le tribunal de grande instance a une compétence exclusive en matière d'accidents de circulation terrestre (COJ. L311-10-1).

I 440 CARACTÉRISTIQUES DU CONTRAT D'ASSURANCE

I 441 Souscription

Un contrat d'assurance, qui est le plus souvent un contrat d'adhésion, doit être rédigé en français, de façon suffisamment lisible et compréhensible pour l'assuré. La signature de l'assureur et de l'assuré n'est pas nécessaire à la validité du contrat mais, sans un écrit, il est difficile d'apporter la preuve du contrat.

C'est ainsi que, dès avant la délivrance de la police, ou d'un avenant la complétant ou la modifiant, l'assureur et l'assuré se trouvent engagés l'un à l'égard de l'autre par la remise d'une note de couverture. A la différence d'une telle note (dont la forme est libre), une simple proposition de contrat n'engage ni l'assureur, ni l'assuré.

Un contrat d'assurance peut être souscrit directement auprès d'une compagnie mais il l'est généralement auprès d'un courtier, considéré, sauf preuve contraire, comme mandataire de l'assuré, ou d'un agent, mandataire de l'assureur. En tant que professionnels avertis, l'agent et le courtier sont soumis à un devoir de conseil vis à vis de l'assuré.

L'assuré doit déclarer exactement l'état du risque au moment de la souscription, ainsi que ses éventuelles aggravations ultérieures (cf. I 463).

I 442 Assurances exigées par la loi

Il est obligatoire d'assurer sa responsabilité civile contre certains risques. Outre les risques nés de l'utilisation de véhicules terrestres à moteur, on peut citer ceux consécutifs à un acte de construction pour les personnes dont la responsabilité peut être recherchée au titre de l'article 1792 du code civil. Cette assurance doit exister dès l'ouverture du chantier.

Elle doit obligatoirement être complétée par une assurance dite dommages-ouvrage souscrite par le maître d'ouvrage, pour lui permettre de réparer les dommages à son immeuble avant toute recherche de responsabilité (cf. I 533). Cette assurance garantit le financement de la réparation des dommages qui compromettent la solidité de l'immeuble ou le rendent impropre à sa destination. La garantie commence après l'année de parfait achèvement et prend fin à l'expiration d'un délai de dix ans à compter de la réception.

I 443 Durée du contrat - Résiliation

La durée du contrat ainsi que les conditions de résiliation par l'une ou l'autre partie sont fixées par la police.

Toutefois l'assuré a le droit de résilier le contrat à l'expiration d'un délai d'un an, en envoyant une lettre recommandée à l'assureur au moins deux mois avant la date d'échéance. Ce droit appartient dans les mêmes conditions à l'assureur. La résiliation peut porter sur tous les contrats souscrits chez un même assureur.

La résiliation peut également avoir lieu après un sinistre, soit pour le contrat sinistré, soit pour tous les contrats en cours.

Si la prime n 'est pas payée dans les dix jours de la date d'échéance, le contrat peut être suspendu par l'assureur trente jours après une mise en demeure par lettre recommandée avec avis de réception adressée à l'assuré, puis résilié dix jours plus tard. (L 113-3 code des assurances)

Ces règles ne sont pas applicables aux assurances sur la vie (le non-paiement des primes ne peut donner lieu qu'à réduction du capital assuré et cessation de la garantie décès).

La durée de la reconduction tacite prévue à un contrat ne peut en aucun cas être supérieure à une année, mais certaines assurances agricoles ont une durée plus longue (par exemple, dix ans contre la grêle).

I 450 CO-ASSURANCE ET RÉASSURANCE

I 451 Co-assurance

Lorsque les sommes en jeu ou les risques courus sont trop importants par rapport à la capacité d'un assureur de supporter seul certains risques, plusieurs assureurs peuvent se réunir en une opération de co-assurance. En règle générale, l'assuré ne connaît que le chef de file mandataire des autres co-assureurs, dit apériteur. Sauf stipulation contraire, les co-assureurs sont, en cas de défaillance de l'un d'entre eux, solidairement responsables du règlement de l'indemnité.

Chaque co-assureur en demande assigne pour son propre compte, l'apériteur ne pouvant agir que pour son compte

Pour la gestion de certaines catégories de risques (aviation, cinéma, construction, industrie spatiale ou atomique), il existe des pools dont la composition est fixée pour une durée déterminée.

Leurs membres souscrivent en principe tous les risques de cette catégorie. La gestion du pool est assurée en fonction des règles fixées entre ses membres. Vis à vis de l'assuré, l'apériteur bénéficie d'un mandat apparent.

I 452 Réassurance

Chaque compagnie d'assurance peut, en outre, assurer ses risques d'une certaine catégorie ou concernant un assuré particulier, auprès d'une compagnie de réassurance.

La réassurance ne relève pas du code des assurances, sauf pour ce qui concerne l'agrément et le contrôle des sociétés de réassurance.

Ces opérations, qui sont souscrites auprès de sociétés spécialisées, ne sont pas portées à la connaissance de l'assuré. Elles ne constituent pas une sous-traitance ou co-traitance, et en conséquence ni l'assuré ni le tiers lésé ne peuvent mettre en cause un réassureur au titre de l'action directe. Réciproquement, l'assureur devra rembourser son assuré sinistré, même si le réassureur refuse de l'indemniser.

I 460 PARTICULARITÉS DE CERTAINS LITIGES NÉS DU CONTRAT D'ASSURANCE

I 461 Sinistres

La déclaration des sinistres doit en principe s'effectuer dans un délai très bref (deux à cinq jours en général). Lorsqu'elle est prévue au contrat, la déchéance pour déclaration tardive ne peut être invoquée par l'assureur que si celui-ci établit que le retard lui a causé un préjudice. En tout état de cause, elle ne peut être opposée à l'assuré en cas de retard dû à un cas fortuit ou à la force majeure.

Les sinistres occasionnés par les cas fortuits ou la faute de l'assuré (à condition que cette faute ne soit pas intentionnelle ou dolosive) sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police. La jurisprudence est en général sévère dans son appréciation du caractère formel et limité des clauses d'exclusion figurant dans les contrats.

Le sinistre n'est indemnisable que si son fait générateur s'est produit pendant la période de couverture de l'assuré.

L'indemnité de sinistre ne peut être supérieure à la valeur du bien au jour du sinistre sauf lorsque la police stipule que la réparation des dommages matériels se fera sur la base de la valeur à neuf, de la valeur de reconstruction ou de la valeur de remplacement.

Si, au jour du sinistre, la valeur de la chose assurée excède la somme garantie, l'assuré, sauf clause contraire, reste son propre assureur pour l'excédent. Si l'assuré a sous-estimé la valeur du bien assuré, l'assureur peut appliquer la "règle proportionnelle" : l'indemnité est égale au montant du dommage réduit proportionnellement au rapport entre la somme garantie et la valeur de la chose assurée (L 113-9 code des assurances)

En matière d'assurance responsabilité, l'assureur n'est tenu que si un tiers a subi un préjudice du fait de la faute de l'assuré et que le lien entre la faute et le préjudice est prouvé.

La pluralité d'assurance de la même chose laisse à l'assuré, sauf dol ou fraude, le choix de l'assureur en cas de sinistre.

Sauf clause de non recours, l'assureur qui a payé l'indemnité est subrogé dans les droits et actions de l'assuré contre les auteurs du dommage.

I 462 Action directe

Pour les assurances de responsabilité, le code des assurances a institué une attribution exclusive de l'indemnité d'assurance au tiers lésé, indemnité qui est immobilisée au profit de ce tiers entre les mains de l'assureur ; de ce principe d'affectation, la jurisprudence a déduit que la victime bénéficie d'une action directe contre l'assureur qui est tenu in solidum avec l'assuré dans les limites de garantie de la police. Ainsi les déchéances encourues par l'assuré postérieurement à la réalisation du dommage ne sont pas opposables à la victime. Il en est de même en ce qui concerne l'assurance de choses au profit des créanciers titulaires de sûretés réelles (cf. N 200).

I 463 Nullités

Comme dans tous les contrats, il existe des nullités spécifiques ; elles sont généralement soulevées par l'assureur à l'occasion d'un sinistre : réticence ou fausse déclaration intentionnelle de l'assuré lors de la signature du contrat dès lors que cette réticence ou cette fausse déclaration change l'objet du risque ou l'opinion que peut en avoir l'assureur, faute intentionnelle de l'assuré, multiplicité d'assurances volontairement non déclarées par l'assuré, risques contraires à l'ordre public, suicide de l'assuré dans les deux ans de la souscription d'un contrat d'assurance décès, etc.

Dans ces cas, la nullité est acquise même si le risque omis ou dénaturé par l'assuré aurait été sans influence sur le sinistre en cours. Les primes déjà réglées demeurent alors acquises à l'assureur, qui a droit en outre au paiement, à titre de dommages-intérêts, des primes échues et impayées.

Si la mauvaise foi de l'assuré n'est pas établie, le contrat n'est pas annulé, mais l'indemnité de sinistre est réduite proportionnellement, en fonction du rapport entre la prime prévue par le contrat et celle qui aurait été due si l'assureur avait connu la véritable nature du risque.

I 464 Prescription

Hormis le cas de déclaration fausse ou inexacte sur le risque, les actions dérivant d'un contrat d'assurance se prescrivent par deux ans à compter de l'événement qui leur donne naissance.

Toutefois, ce délai ne court :

• en cas de réticence, omission, déclaration fausse ou inexacte, que du jour où l'assureur en a eu connaissance ;

• en cas de sinistre, que du jour où les intéressés en ont eu connaissance, s'ils prouvent qu'ils l'ont ignoré jusqu'alors.

Quand l'action de l'assuré contre l'assureur a pour cause le recours d'un tiers, le délai de prescription ne court que du jour où le tiers a exercé une action en justice contre l'assuré, ou a été indemnisé par ce dernier.

La prescription de deux ans ne s'applique pas en matière de recours de l'assureur contre le tiers responsable, ni en matière d'action directe de la victime.

La prescription est interrompue par une des causes ordinaires d'interruption de la prescription et par la désignation d'experts à la suite d'un sinistre (le délai de prescription reprend au jour du dépôt du rapport de l'expert).

L'interruption de la prescription de l'action peut, en outre, résulter de l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception adressée par l'assureur à l'assuré en ce qui concerne l'action en paiement de la prime et par l'assuré à l'assureur en ce qui concerne le règlement de l'indemnité.

Par ailleurs, le délai de prescription peut être suspendu si la preuve est rapportée d'un obstacle insurmontable au jeu de l'action, ainsi que par les causes habituelles de suspension.

I 470 LIQUIDATION D'UNE COMPAGNIE D'ASSURANCE

Elle obéit à des règles particulières :

• retrait d'agrément par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) ;

• désignation par le président du tribunal compétent, sur requête de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution et d'un juge chargé de contrôler les opérations de liquidation.

CHAPITRE 5

I 500 BATIMENT-CONSTRUCTION-TRAVAUX PUBLICS

Le droit de la construction est la branche du droit privé qui régit les contrats et responsabilités des constructeurs dans les opérations de construction immobilière.

I 510 GENERALITES

I 511 Les principaux acteurs

Le terme « constructeur», au sens de l'article1792-1 du code civil, désigne l'ensemble des professionnels participant à la conception ou à la réalisation de l'ouvrage immobilier ; le contrat d'entreprise passé par le maître d'ouvrage avec un constructeur est dénomme *contrat de louage d'ouvrage* (articles 1710, 1792-1 et suivants du code civil). Sont ainsi constructeurs les architectes, les entrepreneurs, les techniciens ou ingénieur-conseil, etc.

Le maître d'ouvrage est la personne physique ou morale pour le compte de laquelle sont réalisés les travaux de construction. Il définit l'ouvrage à réaliser, les prestations techniques, les performances requises, les délais, le budget et de façon générale les obligations contractuelles de réalisation. Il procédera à la réception des travaux.

Ces travaux peuvent êtres des travaux neufs (construction nouvelle), de transformation, de rénovation ou d'entretien. Le maître d'ouvrage privé peut-être un particulier, un maître d'ouvrage professionnel qui fait construire en vue de revendre (vendeur après achèvement d'un ouvrage, …), un commerçant, un industriel, etc.

Un maître d'ouvrage délégué peut être désigné par le maître d'ouvrage, notamment si le projet de construction est complexe ; selon les missions que ce dernier lui confie et les pouvoirs qu'il lui donne, le maitre d'ouvrage délégué conduira l'opération de construction, pour le compte du maître d'ouvrage qu'il représentera, notamment auprès du maître d'œuvre, en qualité de mandataire (contrat de mandat). Il n'est pas considéré comme un constructeur.

Le promoteur est une personne physique ou morale qui effectue des opérations de construction ou de rénovation d'immeubles à usage d'habitation ou de bureaux en vue de leur vente en bloc ou par lots. Le promoteur est souvent en même temps le maître d'ouvrage ou le maître d'ouvrage délégué de ces opérations. Le contrat de promotion défini à l'article 1831-1 du code civil, dans la pratique n'est plus utilisé que rarement.

Le maître d'œuvre est la personne physique ou morale (le plus souvent architecte, bureau d'études ou ingénieur-conseil) qui, selon les missions que lui confie le maître d'ouvrage, conçoit l'ouvrage en fonction des besoins définis, assiste le maître d'ouvrage pour la consultation des entreprises et la conclusion des marchés, assure le suivi et le contrôle de l'exécution des travaux et assiste le maître d'ouvrage pour la réception des travaux et le règlement des comptes. Selon la complexité de l'opération, il est assisté par un ou plusieurs bureaux d'études spécialisés. Dans les opérations complexes ou importantes, sont désignés un maître d'œuvre de conception et un maître d'œuvre d'exécution qui est spécifiquement chargé de la bonne exécution par les entreprises des travaux dont elles sont chargées. Le maître d'œuvre est locateur d'ouvrage et considéré comme un constructeur.

L'entreprise réalise les travaux. Ce peut être une entreprise générale, titulaire d'un marché unique passé avec le maître d'ouvrage l'engageant pour la totalité des travaux. Ce peut-être aussi une entreprise titulaire d'un lot (ou de plusieurs) défini à partir de sa fonction dans l'ouvrage (isolation, couverture,…) et/ou de la technique qu'elle utilise (maçonnerie, plâtrerie,…). Elle n'est engagée que pour les travaux dudit lot.

Le sous-traitant est l'entreprise à laquelle l'entreprise principale a confié l'exécution de son marché, en partie ou en totalité, par un contrat de sous-traitance. Le sous-traitant, qui n'est pas directement lié au maître d'ouvrage, n'est pas partie au contrat de louage d'ouvrage et n'est donc pas un constructeur.

Les fournisseurs (industriels ou négociants) délivrent à l'entreprise les matériaux ou composants qu'elle va mettre en œuvre dans la construction ainsi que les matériels (grues, engins …) qu'elle leur achète ou qu'elle leur loue. Les relations entre fournisseurs et entreprises ne sont pas visées par le contrat de louage d'ouvrage (sauf dans le cas particulier des EPERS - Eléments Pouvant Entraîner la Responsabilité Solidaire, notion qui sera explicitée ci-après en I 632), mais sont régies par des contrats de vente ou de location.

Le contrôleur technique est lié au maître d'ouvrage par un contrat spécifique de « mission ». L'article L111-23 du code de la construction et de l'habitation dispose que « le contrôleur technique a pour mission de contribuer à la prévention des différents aléas techniques susceptibles d'être rencontrés dans la réalisation des ouvrages. Il intervient à la demande du maître de l'ouvrage et donne son avis à ce dernier sur les problèmes d'ordre technique, dans le cadre du contrat qui le lie à celui-ci. Cet avis porte notamment sur les problèmes qui concernent la solidité de l'ouvrage et la sécurité des personnes. ». L'article R111-38 du code de la construction et de l'habitation définit les opérations de construction qui sont obligatoirement soumises au contrôle technique.

I 512 Les textes applicables

Outre les dispositions législatives et règlementaires, dont la plupart sont codifiées dans le Code civil et le Code de la construction et de l'habitation, le secteur de la construction fait en France l'objet de nombreux référentiels techniques normatifs de nature « volontaire » (sauf s'ils ont été rendus obligatoires par la voie réglementaire) tels que les DTU (document technique unifié) et NF-DTU, qui décrivent quelles sont les règles de l'art en matière de calcul et de bonnes pratiques pour la réalisation d'un ouvrage ou d'une partie d'ouvrage de bâtiment, s'agissant des procédés de construction traditionnels. S'agissant des procédés innovants, leurs règles d'emploi et de calculs sont fixées par les avis techniques.

Ces documents ont vocation à servir de référence contractuelle dans les marchés de construction. Ils sont d'ailleurs cités comme tels par la norme NF P 03-001 : « cahier des clauses administratives générales applicables aux travaux de bâtiment faisant l'objet de marchés privés ».

Le respect de ces documents n'est en général pas obligatoire et ils n'ont de valeur contractuelle que si le marché y fait référence. Cependant, le respect de ces textes normatifs conditionne souvent la mise en œuvre des garanties d'assurance. C'est ainsi, par exemple, que le code des assurances (article A 243-1 Annexe III) dispose, s'agissant de l'assurance dommage ouvrage, que : « l'assuré est déchu de tout droit à garantie en cas d'inobservation inexcusable des règles de l'art, telles qu'elles sont définies par les réglementations en vigueur, les normes … ».

En outre, en l'absence de spécifications correspondantes dans le marché, l'expert judiciaire ainsi que le juge, pourront utilement se référer à ces documents en ce qu'ils consacrent les usages des professionnels du secteur.

I 520 LE CONTRAT D'ENTREPRISE EN MATIERE DE CONSTRUCTION

Le chapitre H 440, auquel il convient de se référer, présente les caractéristiques principales et générales du contrat d'entreprise (définition, nature, formation, exécution et fin du contrat). Le présent chapitre traite des spécificités du contrat d'entreprise dans le cas de la construction.

I 521 Qualification du contrat d'entreprise

L'une des principales caractéristiques du contrat d'entreprise est que le prestataire doit fournir un travail sans lien de subordination. Ce n'est pas un contrat de travail.

Il se distingue en outre du contrat de vente par :

-le caractère spécifique de la prestation, destinée à répondre aux besoins particuliers du donneur d'ordre (Cass.Civ. 3, 17 déc. 2014, n°13-17485 ; Cass.Civ. 3, 11 juil. 2012, n° 11-17043), ce qui exclut la notion de série.

-l'implication d'un montage d'éléments (Cass.Civ. 3, 17 déc. 2014, n°13-17485).

-la prise en charge de la conception (Cass.Civ. 3, 6 mai 2015, n° 13-26723).

Mais la nécessité de la délivrance d'un permis de construire ne suffit pas pour établir la qualification de contrat de construction (Cass.Civ. 3, 6 mai 2015, n°13-26723) ; de même, les critères meuble/immeuble et provisoire/pérenne ne sont pas pertinents pour distinguer contrat de vente et contrat d'entreprise.

Le contrat de maîtrise d'œuvre est un contrat d'entreprise, et non un contrat de mandat : « le contrat de louage d'ouvrage ne confère pas de plein droit au maître d'œuvre mandat de représenter le maître de l'ouvrage » (Cass.Civ. 3, 15 janvier 2013, n°12-11551).

L'architecte « …ne saurait être considéré comme un mandataire à moins qu'il n'ait été chargé par son client d'accomplir, au nom et pour le compte de celui-ci, certains actes juridiques, déterminés et nécessaires à l'exécution du mandat ainsi confié. » (Cass.Civ. 1, 21 janvier 1963 ; n°58-11450).

Le contrat de promotion immobilière est défini aux articles 1831-1 et suivants du code civil. Il s'agit d'un mandat d'intérêt commun par lequel le «… promoteur immobilier s'oblige envers le maître d'ouvrage à faire procéder, pour un prix convenu, au moyen de contrats de louage d'ouvrage, à la réalisation d'un programme de construction … ». Le «promoteur est garant de l'exécution des obligations mises à la charge des personnes avec lesquelles il a traité au nom du maître de l'ouvrage. Il est notamment tenu des obligations résultant des articles 1792 à 1792-3 (du code.civil) ». « Le maître de l'ouvrage est tenu d'exécuter les engagements contractés en son nom par le promoteur… ».

Le juge doit s'assurer que la qualification proposée par les parties est justifiée et qu'elle ne résulte pas, par exemple, d'un découpage artificiel de l'opération. Le juge a d'ailleurs toujours le pouvoir de requalifier le contrat, sous réserve de soumettre son analyse à la contradiction des parties.

I 522 Formation et contenu des marchés privés de travaux

Les marchés privés de travaux peuvent concerner les travaux neufs aussi bien que des travaux de réhabilitation, de transformation ou de réparation.

Le principe est celui du consensualisme et de la liberté contractuelle. Le contrat peut n'être que verbal et sa preuve en est libre. Mais, il appartient alors aux cocontractants, en cas de contestations, d'apporter la preuve du contenu du marché et de son exécution conforme (Cass.Civ. 1- 21 mars 2006 ;n° 04-20639).

La conclusion du contrat est en général précédée d'une phase précontractuelle. Selon l'importance du marché, celui-ci peut être attribué en application d'une procédure d'appel d'offres ou de gré à gré. S'agissant de marchés privés, les modalités de l'appel d'offres sont librement déterminées par le maître d'ouvrage et le nombre des candidats n'est pas limité. Lorsqu'il a convié les entrepreneurs à soumissionner, le maître d'ouvrage est réputé traiter avec le mieux disant.

D'une façon générale, hormis le cas d'appel d'offres, c'est au cours de la phase précontractuelle que l'entreprise établit un devis soumis au client et que vont se dérouler les négociations entre eux. Le devis constitue une offre de l'entreprise qui l'engage.

Le contrat est formé dès lors qu'il y a accord sur tous les éléments essentiels.

Selon l'importance et la complexité du marché, sa consistance peut être limitée à la description qui en est faite dans le devis, voire à un simple accord verbal. Mais le contrat, dénommé fréquemment « le marché », peut, outre un certain nombre de dispositions précises (délais, phasage etc.) qu'il contient, être constitué de différents documents ayant valeur contractuelle, tels que (ainsi que l'énonce la norme AFNOR NF P 03-001, marchés privés) : lettre d'engagement ou soumission acceptée et ses annexes, CCAP (cahier des clauses administratives particulières), CCTP (cahier des clauses techniques particulières)), calendrier général, clauses

techniques générales, etc. (les clauses techniques générales applicables aux travaux de bâtiment (normes, DTU) sont réputées connues des parties et ne sont pas matériellement jointes aux pièces du marché).

C'est le maître d'ouvrage qui habituellement fournit le CCAP et le CCTP ainsi que le calendrier global de l'opération.

La norme AFNOR NF P 03-001 constitue un CCAG (cahier des clauses administratives générales) mais n'est pas applicable de plein droit. Elle n'est applicable que si le marché s'y réfère explicitement en tant que pièce contractuelle ou si elle lui est annexée et est paraphée. La mention « en référence à toutes les normes » est sans effet si lesdites normes ne sont pas citées individuellement.

Le contrat avec le maître d'ouvrage étant formé, l'entrepreneur a l'obligation de livrer une chose conforme à l'usage auquel elle est destinée. Il doit exécuter le marché en respectant les dispositions réglementaires, les pièces contractuelles et les règles de l'art. Il a un devoir général de conseil à l'égard de ce qu'un maître d'ouvrage peut raisonnablement ne pas savoir. Il doit également assurer une surveillance active des travaux. Il doit respecter les délais contractuels ou, en l'absence de délai spécifié, respecter un délai raisonnable.

Le contrat liant le maître d'ouvrage au maître d'œuvre précise utilement les obligations du maître d'œuvre. Elles peuvent porter sur des points mentionnés ci-après à titre indicatif et dont la liste montre l'utilité d'un contrat fixant bien les obligations contractuelles, qui peuvent largement varier selon les types de travaux, leur importance et leur complexité :

-avant la réalisation des travaux : études préliminaires, étude d'esquisse, avant projet sommaire (APS), avant projet détaillé (APD), dossier de demande de permis de construire (DPC), études de projet (PRO), dossier de consultation des entreprises (DCE) …

-pendant : suivi de l'exécution des travaux (DET), gestion du chantier, etc.

-postérieurement : assistance aux opérations de réception (AOR).

Le maître d'ouvrage, quant à lui, doit fournir tout élément nécessaire à la bonne exécution des travaux (permis de construire, état des sols etc.), ne pas retarder l'avancement des travaux, par exemple en manquant à son obligation de coordination, ou en s'immisçant sans justification dans la réalisation des travaux.

I 523 Prix

Les modalités de fixation du prix déterminent la nature du contrat d'entreprise souscrit. Mais, le prix n'étant pas un élément essentiel à la validité d'un contrat de louage d'ouvrage (Cass.Civ. 1, 15 juin 1973 ;n° 72-12062), il peut être convenu à l'avance ou établi à l'achèvement des travaux. Le contrat de louage d'ouvrage étant un contrat conclu à titre onéreux (Cass.Civ. 3. 17 décembre 1997 ; n°94-20709), en l'absence de dispositions contractuelles liant les parties quant au coût des travaux, le juge peut en fixer le prix à partir du montant des dépenses et charges supportées par l'entrepreneur, assorti d'un coefficient multiplicateur.

Détermination du prix a posteriori : le marché au métré

Le prix des prestations réalisées est fixé en appliquant des prix unitaires aux quantités réellement exécutées. Les prix unitaires peuvent être soit spécialement établis pour le marché considéré (bordereau), soit basés sur ceux d'un recueil existant (série ou bordereau du commerce), avec application ou non d'un pourcentage de majoration ou de minoration des prix.

Le marché sur dépenses contrôlées

L'entrepreneur liste ses dépenses dont le montant est affecté d'un coefficient multiplicateur pour tenir compte des frais généraux.

Détermination du prix a priori : le marché à forfait

L'article 1793 du code civil dispose que « lorsqu'un architecte ou un entrepreneur s'est chargé de la construction à forfait d'un bâtiment, d'après un plan arrêté et convenu avec le propriétaire du sol, il ne peut demander aucune augmentation de prix, ni sous le prétexte de l'augmentation de la main-d'œuvre ou des matériaux, ni sous celui de changements ou d'augmentations faits sur ce plan, si ces changements ou augmentations n'ont pas été autorisés par écrit, et le prix convenu avec le propriétaire.»

Conditions de validité du marché à forfait :

-il doit s'agir de la construction d'un bâtiment ; il est cependant admis d'inclure dans cette notion les travaux d'un édifice qui subit une profonde transformation.

-il doit s'agir d'un bâtiment ; ainsi, le marché à forfait ne peut s'appliquer à la construction d'un ouvrage autre que de bâtiment (piscine par exemple), peu important qu'il soit fait appel aux techniques du bâtiment (Cass.Civ. 3, 29 octobre 2003 ; n°02-13460).

-les plans doivent avoir été arrêtés et convenus avec le maître d'ouvrage ; il faut donc que des documents sérieux ait été préparés, c'est-à-dire qu'un devis précis ait été établi ainsi que des documents contractuels définissant de façon claire les travaux à exécuter, de telle sorte que les parties puissent se rendre compte de leurs caractéristiques précises et donner un consentement éclairé.

Application du marché à forfait

Le principe du marché à forfait est celui d'un prix global et forfaitaire, sans aucune augmentation en l'absence d'accord écrit du maître d'ouvrage. Ni des surestimations ou des sous-estimations en quantité ou en prix, ni des erreurs de calcul, ne peuvent imposer à l'entrepreneur, ni au maître d'ouvrage, une modification du prix convenu.

Le paiement d'une prestation supplémentaire ne s'impose que sur autorisation écrite de travaux supplémentaires, ayant un caractère non équivoque, signée par le maître d'ouvrage (Cass.Civ. 3, 4 mars 2014 ; n°12-25539). Cependant le marché à forfait peut inclure une clause d'indexation.

Ainsi, l'autorisation de travaux supplémentaires ne peut résulter des seuls comptes-rendus de chantier (Cass.Civ. 3, 7 juillet 2015 ; n°13-18054 - Cass.Civ. 3, 21 janvier 2015 ; n°13-25102) et aucun supplément de prix n'est dû si des éléments de sécurité indispensables ont été omis dans le marché (Cass.Civ. 3, 8 juin 2005 ; n°04-15046). Il appartient à l'entrepreneur de s'assurer des éventuels pouvoirs du maître d'œuvre de commander ou donner son accord à des travaux supplémentaires, pour le compte du maître d'ouvrage.

Mais :

- le paiement, sans contestation ni réserve de la part du maître de l'ouvrage du montant des situations incluant les travaux supplémentaires diminué de la seule retenue de garantie de 5 % vaut acceptation sans équivoque des travaux non inclus dans le forfait et de leur coût après leur achèvement (Cass.Civ. 3, 29 mai 2013 ; n°12-17715).
- le caractère forfaitaire d'un marché ne peut exonérer de son obligation de réparer le préjudice, le tiers au contrat d'entreprise dont l'erreur commise dans son étude préparatoire a conduit le maître de l'ouvrage et l'entrepreneur à conclure un avenant pour supplément de prix (Cass.Civ. 3, 13 février 2013 ; n°11-25978).
- les travaux non inclus dans le prix forfaitaire doivent être rémunérés en sus (Cass.Civ. 3, 28 novembre 2001).
- les dispositions de l'article 1793 du code civil cessent d'être applicables lorsque les parties, tout en stipulant le forfait, y ont ajouté des clauses qui en modifient le caractère et les effets.
- le bouleversement de l'économie du contrat lui fait perdre son caractère forfaitaire (Cass.Civ. 3, 26 novembre 2003 ; n°02-13875 – 20 mars 2002 ; n°00-16713).

I 524 Paiement du prix – règlement des comptes

En application de l'article 1799-1 du code civil, « le maître de l'ouvrage qui conclut un marché de travaux privés doit garantir à l'entrepreneur le paiement des sommes dues lorsque celles-ci dépassent un seuil fixé par décret en Conseil d'État (12.000 € en 2016) …à défaut de garantie résultant d'une stipulation particulière, le paiement est garanti par un cautionnement solidaire consenti par un établissement de crédit ».

L'article L 111-3-1 du code de la construction et de l'habitation dispose que « les prestations qui ont donné lieu à un commencement d'exécution des marché privés ouvrent droit à des acomptes… Les demandes d'acomptes sont émises à la fin du mois de la réalisation de la prestation. ».

Les acomptes mensuels doivent ainsi être facturés en fonction de l'avancement des travaux.

À défaut d'être payé, « le titulaire du marché peut suspendre l'exécution des travaux ou des prestations après mise en demeure de son débiteur restée infructueuse à l'issue d'un délai de quinze jours. ».

La norme AFNOR NF P 03-001 prévoit que le maître d'œuvre adresse au maître d'ouvrage une proposition d'acompte dans les 15 jours de la réception du mémoire (dénommé situation) de l'entrepreneur, avec copie à ce dernier, et, en cas de contestation de celui-ci, dans les 10 jours une proposition d'acompte complémentaire.

Une fois la réception, ou la résiliation du contrat, prononcée :

-l'entrepreneur remet le mémoire définitif au maître d'œuvre dans les 60 jours

-le maître d'œuvre, après examen du mémoire, établit un décompte définitif qu'il remet au maître d'ouvrage, lequel le notifie à l'entrepreneur dans le délai de 45 jours ; à défaut, le maître d'ouvrage est réputé

avoir accepté le mémoire définitif remis au maître d'œuvre après mise en demeure adressée par l'entrepreneur au maître d'ouvrage restée infructueuse pendant 15 jours dont une copie est envoyée au maître d'ouvrage.

L'entrepreneur dispose de 30 jours à compter de la notification, pour présenter par écrit ses observations éventuelles au maître d'œuvre et en aviser le maître d'ouvrage ; passé ce délai, l'entrepreneur est réputé avoir accepté le décompte définitif.

La norme AFNOR NF P 03-001 prévoit également que des pénalités de retard peuvent être appliquées à l'entrepreneur après mise en demeure et que, sauf stipulation différente, la pénalité journalière est de 1/1000 du montant du marché, le montant total des pénalités étant plafonné à 5% du montant du marché.

Le contrat peut prévoir à la charge du maître d'ouvrage une pénalité pour retard de paiement.

Dans le cas particulier de la construction d'une maison individuelle, l'article R231-14 du CCH prévoit que : « en cas de retard de livraison, les pénalités prévues au i de l'article L. 231-2 ne peuvent être fixées à un montant inférieur à 1/3 000 du prix convenu par jour de retard. Le contrat peut prévoir à la charge du maître de l'ouvrage une pénalité pour retard de paiement. Toutefois, le taux de celle-ci ne peut excéder 1% par mois calculé sur les sommes non réglées si la pénalité pour retard de livraison est limitée à 1/3 000 du prix par jour de retard ». Ces dispositions sont d'ordre public.

I 525 Retenue de garantie

En application de l'article 1er de la loi d'ordre public 71-584 du 16 juillet 1971 (non codifiée), le maître d'ouvrage est autorisé à amputer la somme qu'il doit verser à l'entrepreneur d'une retenue, au plus égale à 5 % de son montant, sous réserve qu'elle soit impérativement prévue au contrat. A défaut, le solde du prix est dû à la réception des travaux (Cass.Civ. 3, 7 octobre 2009, n°08-70030 ; Bull. C.Cass.Civ. III, n°213).

Elle est consignée, entre les mains d'un consignataire choisi par les parties, ou à défaut désigné par le président du tribunal. «Toutefois la retenue de garantie n'est pas pratiquée si l'entrepreneur fournit pour un montant égal une caution personnelle et solidaire émanant d'un établissement financier figurant sur une liste fixée par décret.»

La retenue ne peut garantir autre chose que la levée des réserves de réception.

En particulier, elle n'a pas pour objet :

-de protéger le maître d'ouvrage contre les risques d'inexécution ou de mauvaise exécution de la construction, (Cass.Civ. 3, 15 novembre 1995 ; n° 94-10327)

-d'assurer la bonne fin du chantier ou les travaux de reprise nécessaire pour remédier à des désordres apparus dans l'année de parfait achèvement.

La garantie cesse à l'expiration du délai d'une année à compter de la réception. La somme retenue doit être réglée automatiquement à l'entrepreneur, sauf opposition du maître d'ouvrage, motivée par des réserves non levées, par lettre recommandée avec avis de réception, étant précisé que l'action en justice ne constitue pas une opposition motivée.

En outre, l'entrepreneur est fondé à obtenir le paiement de la somme retenue lorsque le maître de l'ouvrage n'a pas respecté les dispositions d'ordre public de la loi du 5 juillet 1971, qui impose le cautionnement ou la consignation de toute retenue de garantie.

I 526 Réception des travaux

L'article 1792-6 du code civil dispose, en son alinéa 1, que : « la réception est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserves. Elle intervient à la demande de la partie la plus diligente, soit à l'amiable, soit à défaut judiciairement. Elle est, en tout état de cause, prononcée contradictoirement ».

La réception est un acte très important puisque, notamment, sa date d'effet :

-couvre les malfaçons ou non conformités apparentes qui ne font pas l'objet de réserves dans le procès-verbal de réception.

-entraine le transfert de l'ouvrage et de sa garde au maître d'ouvrage

-rend exigible le paiement du solde des travaux, sous réserve de la retenue de garantie éventuelle

-arrête le cours des pénalités de retard éventuelles

-constitue le point de départ des garanties légales

La réception intervient à la demande de la partie la plus diligente. Elle a lieu lorsque le travail de tous les corps de métier est achevé. Elle est en principe unique. Cependant les textes n'interdisent pas des réceptions partielles, lot par lot si le contrat le prévoit (Cass.Civ.3 ,11 octobre 2006; n°05-13846).

La réception est prononcée par le maître d'ouvrage, ou par le maître d'œuvre s'il en a reçu mandat du maître d'ouvrage en son nom et pour son compte. Ce dernier sera alors engagé par les décisions prises par son mandataire.

La réception étant prononcée contradictoirement, tous les entrepreneurs ayant participé à la construction y sont conviés. Il est recommandé de leur faire viser le procès verbal. A défaut leur participation à la réception ne doit pas faire de doute (Cass.Civ.3, 12 janvier 2011 ;n° 09-70262).

La réception est expresse lorsqu'elle est constatée dans un procès-verbal, daté et signé par le maître d'ouvrage, voire signé également par l'entrepreneur.

La réception tacite est cependant admise, sous réserve qu'elle manifeste une volonté non équivoque du maître d'ouvrage de recevoir l'ouvrage et qu'elle respecte le contradictoire ; elle suppose la prise de possession de l'ouvrage par le maitre d'ouvrage. Mais la prise de possession des lieux n'emporte pas nécessairement réception tacite (par exemple si le maître d'ouvrage a la nécessité absolue d'utiliser l'ouvrage ou s'il a manifesté son désaccord sur la qualité des travaux), même si elle est accompagnée du paiement intégral du prix, sauf en présence d'autres éléments, telle qu'une mise en demeure informant l'entrepreneur des réserves.

La réception judiciaire pallie l'absence de réception amiable (en raison par exemple du refus du maître d'ouvrage de réceptionner une construction pourtant achevée). Seul un motif légitime, tel que l'inachèvement de l'ouvrage ou l'existence d'un ensemble de malfaçons empêchant de considérer la construction comme achevée, autorise le maître d'ouvrage à ne pas respecter l'obligation de réception qui lui est faite. Le juge qui prononce la réception en fixe la date qu'il assortit le cas échéant de réserves relevées, en particulier par un expert judiciaire.

L'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire contraignant l'entrepreneur à l'arrêt du chantier peut justifier une réception judiciaire, l'achèvement de l'ouvrage n'étant pas une condition nécessaire à une telle réception.

I 530 GARANTIE DES CONSTRUCTEURS

La réception constitue le point de départ unique des garanties des constructeurs. En application des articles 1792-4-1 à 1792-4-3 du code civil, la réception fait courir les délais de prescription des garanties légales et des actions en responsabilité contre les constructeurs et leurs sous-traitants. Elle emporte le transfert de la garde de l'ouvrage et des risques consécutifs au maître de l'ouvrage.

La réception sans réserve purge la construction de tous ses vices et défauts de conformité apparents.

La réception avec réserves ouvre au maître d'ouvrage la garantie de parfait achèvement de l'entrepreneur concerné par les réserves. La responsabilité contractuelle de droit commun de l'entrepreneur subsiste concurremment avec la garantie de parfait achèvement due par celui-ci, même si la mise en œuvre de la responsabilité n'est pas intervenue dans le délai de la garantie (Cass.Civ.3, 27 janvier 2010 ; n°08-21085).

I 531 Garantie de parfait achèvement

Il résulte du deuxième alinéa de l'article 1792 -6 du code civil que la garantie de parfait achèvement s'applique à la réparation des désordres signalés par le maître d'ouvrage :

-soit au moyen de réserves mentionnées au procès-verbal de réception

-soit par voie de notification écrite pour les désordres révélés postérieurement à cette réception dans le délai d'un an.

Le débiteur de l'obligation de parfait achèvement est l'entrepreneur concerné par le désordre. Il est tenu à cette obligation pendant un délai d'un an, à compter de la réception.

Tous les désordres réservés ou dénoncés, quelque soit leur nature (y compris les désordres esthétiques) ou leur gravité, sont couverts.

Pour les désordres réservés à la réception, et donc apparents, la garantie de parfait achèvement est la seule à jouer, les garanties décennale et biennale ne s'appliquant qu'aux défauts cachés de l'ouvrage. Pour les désordres cachés à la réception et révélés dans l'année qui suit, la garantie de parfait achèvement existe concurremment à ces deux dernières garanties. La garantie dommages ouvrage n'intervient qu'à l'issue de la première année d'achèvement.

Cependant, il résulte de l'article L 111-11 du code de la construction et de l'habitation que les travaux de nature à satisfaire aux exigences minimales, légales ou réglementaires, en matière d'isolation phonique, relèvent de la seule garantie de parfait achèvement. Toutefois, si les troubles acoustiques rendent l'immeuble impropre à sa destination, la garantie décennale s'applique (Cass.Ass. Plén, 27 octobre 2006 ; n°05-19408).

La garantie de parfait achèvement n'est pas applicable au vendeur d'immeuble à construire (Cass.Civ. 3, 30 mars 2004 ; 92-17225).

Le délai d'un an pendant lequel s'exerce la garantie de parfait achèvement de l'article 1792-6 du code civil, est un délai de forclusion. La suspension de la prescription prévue par l'article 2239 du code civil n'étant pas applicable au délai de forclusion (Cass.Civ. 3, 3 juin 2015 ; n°14-15796), si le délai de forclusion de l'action

engagée au titre de la garantie de parfait achèvement est interrompu par l'assignation en référé expertise, ladite action est forclose à l'issue de l'année suivant l'assignation en référé, sauf pour le demandeur à introduire une action au fond dans ce délai.

I 532 Garantie décennale

La garantie décennale résulte de la combinaison des articles 1792 à 1792-4-1 du Code civil.

I 532-1 Conditions de mise en œuvre

L'article 1792 du code civil dispose notamment que : « tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination. »

Ouvrages concernés

Pour que la garantie décennale s'applique, il faut être en présence d'un ouvrage, ancré sur le sol, de biens immeubles par destination (le caractère immobilier des travaux étant un critère essentiel), de travaux faisant appel aux techniques de construction sur des ouvrages neufs ou existants si on est en présence de travaux d'une certaine ampleur, même s'il s'agit, par exemple, de travaux de ravalement ayant pour objet de maintenir l'étanchéité dans le cadre d'une rénovation lourde (Cass.Civ. 3,4 avril 2013 ; n°11-25198).

Il a également été jugé que le revêtement en carrelage des façades relève de la garantie décennale ainsi que les pare-vent intégrés au gros œuvre du bâtiment, l'installation électrique encastrée, les constructions sportives, outre leurs équipements et locaux annexes, tribune couverte, vestiaire, douche etc. relèvent de la garantie décennale.

Mais sont exclus de la garantie décennale les constructions légères et temporaires, les travaux exécutés en dehors de l'édifice (canalisation extérieure, voirie…), les éléments mobiles nécessaires au clos et au couvert (porte, fenêtres…) dès lors qu'ils ne rendent pas l'ouvrage impropre à sa destination, les appareils mécaniques ou électriques que l'entrepreneur installe en l'état.

En outre, l'article 1792-2 indique que : « la présomption de responsabilité établie par l'article 1792 s'étend également aux dommages qui affectent la solidité des éléments d'équipement d'un ouvrage, mais seulement lorsque ceux-ci font indissociablement corps avec les ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert. Un élément d'équipement est considéré comme formant indissociablement corps avec l'un des ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert lorsque sa dépose, son démontage ou son remplacement ne peut s'effectuer sans détérioration ou enlèvement de matière de cet ouvrage. » Ces Eléments Pouvant Entrainer la Responsabilité Solidaire sont quelquefois désignés par l'acronyme EPERS.

Nature du dommage

Le dommage doit résulter d'un désordre à l'ouvrage (et non d'une non-conformité qui ne fait pas l'objet de la garantie décennale) qui n'était pas apparent, les dommages apparents devant faire l'objet de réserves à la réception pour pouvoir être réparables. Les défauts non apparents sont ceux qui sont indécelables par un examen normal de la construction lors de la réception.

La garantie décennale intervient pour les dommages « qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination » (article 1792 C.civ.). Cette atteinte doit être appréciée à l'égard de la destination « première » (contractuelle) de l'ouvrage. Elle est également mobilisable pour des dommages résultant d'une erreur d'implantation de l'ouvrage (Cass.Civ. 3, 15 avril 2015; n°14-13054).

L'impropriété à la destination ne nécessite pas que les désordres se soient encore produits, ainsi qu'en a jugé la Cour de cassation, dans le cas d'une non-conformité de l'ouvrage aux règles parasismiques obligatoires (Cass.Civ. 3, 11 mai 2011 ; n°10-11713).

D'une façon plus générale, les désordres qui ne présentent pas un seuil de gravité décennale au moment de leur dénonciation mais dont on sait de façon certaine qu'il provoqueront un dommage de nature décennale avant le terme du délai de la garantie légale, dénommés « dommages futurs », peuvent faire l'objet d'une application préventive de la garantie décennale, sous réserve de trois conditions cumulatives : la menace du dommage doit être avérée, le dommage à venir doit être de nature décennale, le dommage doit atteindre sa gravité décennale dans les 10 ans de la réception. (Cass.Civ. 3, 29 mars 2003 ; n°00-21091).

L'aggravation post décennale d'un désordre décennal dénoncé dans le délai de la garantie légale, constitue un dommage évolutif, justifiant l'intervention de la garantie décennale si le dommage post-décennal est l'aggravation, la réparation, la conséquence ou l'extension d'un désordre décennal dénoncé judiciairement dans les 10 ans de la réception, si le dommage présente lui-même le seuil de gravité exigé pour l'application de la

garantie décennale, s'il y a identité de siège entre le désordre initial et son évolution. (Cass.Civ. 3e, 18 janvier 2006; n°04-17400).

La garantie décennale s'applique également à la réfection de menus ouvrages qui est la conséquence de désordres relatifs au gros œuvre (Cass.Civ. 3, 10 décembre 1974;n° 73-10829).

D'autre part, l'application de la garantie décennale nécessite l'établissement du lien d'imputabilité du dommage à l'activité du constructeur. (Cass.Civ. 3, 15 avril 2015; n°14-13054).

I 532-2 Les redevables de la garantie

Les constructeurs

Les constructeurs (cf. I 511) sont redevables de la garantie.

Les sous-traitants, qui ne sont pas des constructeurs, ne sont pas redevables de cette garantie. Mais les acteurs agissant en qualité de mandataire du maître d'ouvrage sont des locateurs d'ouvrage, redevables de la garantie ; c'est le cas du promoteur.

Sont également concernés ceux qui vendent après achèvement, dans le délai de 10 ans, l'ouvrage qu'ils ont construit. C'est notamment le cas du particulier ayant construit sa maison individuelle, qui la vend dans ledit délai ou procède à des travaux importants, d'extension par exemple (Cass.Civ. 7 novembre 2012 ; n°11-25370), la jurisprudence retenant qu'il a en l'espèce la qualité de constructeur, en application de l'article 1792 du code civil.

Le vendeur en VEFA

Le vendeur en l'état futur d'achèvement est tenu de la garantie décennale au visa des articles 1646-1 et 1792 du code civil. Il pourra se retourner contre l'entreprise à l'origine des désordres. La garantie bénéficie aux propriétaires successifs de l'immeuble.

Le contrôleur technique

Le contrôleur technique est également tenu de la garantie décennale, en application de l'article L 111-24 du code de la construction et de l'habitation, « à concurrence de la part de responsabilité susceptible d'être mise à sa charge dans les limites des missions définies par le contrat le liant au maître d'ouvrage.».

Le fabricant

La mise en jeu de la responsabilité du fabricant n'intervient que pour « les éléments spécialement fabriqués pour l'ouvrage considéré pour satisfaire en état de service à des exigences précises et déterminées à l'avance » (article 1792-4 C.civ.). Ces éléments sont dénommés sous l'acronyme EPERS (cf. I 532-1). Le fabricant n'est lié au maître d'ouvrage par aucun contrat. Il n'intervient à la construction qu'à l'initiative d'un entrepreneur qui lui a confié la fabrication de l'élément. Sa mise en cause nécessite de démontrer que l'entrepreneur a mis en œuvre l'élément sans modification et conformément aux règles édictées par le fabricant. Il est assigné, solidairement avec l'entrepreneur installateur, par le maître d'ouvrage.

I 532-3 Les bénéficiaires de la garantie

Le maître d'ouvrage est bénéficiaire de la garantie décennale sous réserve qu'il n'ait pas aliéné son immeuble, l'action en responsabilité décennale étant transmise aux acquéreurs successifs. Le vendeur de l'ouvrage pourra cependant bénéficier de la garantie décennale lorsque le dommage l'a conduit à baisser son prix.

Chaque copropriétaire dispose d'une action pour son propre lot, et l'association des copropriétaires pour les parties communes ou, si le dommage concerne plusieurs lots, pour lesdits lots. Le propriétaire d'un lot qui subit un désordre provenant des parties communes peut agir en responsabilité décennale contre le constructeur.

Le locataire et le crédit preneur ne sont pas bénéficiaires de la garantie décennale sauf, s'agissant de ce dernier, clause contractuelle de cession des droits du propriétaire.

I 532-4 Présomption de responsabilité et exonération de garantie

« Le constructeur est responsable de plein droit envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage des dommages …qui compromettent la solidité de l'ouvrage… » (art.1792 C.civ.).

L'existence d'un lien contractuel avec le maître d'ouvrage est le préalable au droit d'actionner en justice un constructeur. Les intervenants sur le chantier liés à une autre personne que le maître d'ouvrage (par exemple le bureau d'études intervenant à la demande et pour le compte de l'architecte, ou le sous-traitant qui n'est lié qu'à l'entrepreneur avec lequel il a contracté), ne peuvent voir leurs responsabilités recherchées au titre de la garantie décennale ; ils peuvent cependant être recherchés par le maître d'ouvrage sur un fondement délictuel.

Pouvant être appelé à répondre de l'entier dommage à l'égard du maître d'ouvrage, car responsable de plein droit, le constructeur (entrepreneur ou maître d'œuvre) qui est recherché, doit démontrer, le cas échéant, que le désordre provient du fait d'un tiers (par exemple l'immixtion d'un maître d'ouvrage particulièrement compétent (Cass.Civ. 3, 1er juillet 2015 ; n°14-17230) ou la mauvais utilisation qu'il fait de l'ouvrage (Cass.Civ. 3, 5 février 1991 ;n° 89-18437) ou d'une cause étrangère, ou la non imputabilité à l'exécution de sa mission ou à son lot. (Cass.Civ. 3, 1er décembre 1999 ; n°98-132252 – Cass.Civ. 3, 25 mars 2015 ; n°14-19942).

En pratique, le procès commence souvent par l'introduction d'un référé expertise qui permettra de déterminer les constructeurs impliqués dans le désordre, notamment par le jeu des appels en garantie. Si le désordre résulte de l'action conjuguée de plusieurs constructeurs et que le dommage n'est pas divisible, ils seront responsables in solidum.

Lorsque le dommage ne présente aucun lien avec l'activité du constructeur assigné, il y a lieu d'écarter l'application des garanties à son encontre. Mais le moyen du défaut d'imputabilité ne bénéficie pas au vendeur d'immeubles ou au promoteur immobilier vu la nature de leur intervention. De même, le défaut de causalité ne pourra pas bénéficier à l'entrepreneur général qui a pris en charge l'intégralité du marché.

I 532-5 Durée de la responsabilité du constructeur

En application de l'article 1792-4-1 du code civil, la responsabilité du constructeur est engagée pour un délai d'une durée de dix ans à compter de la réception de l'ouvrage. Ce délai est interrompu par la citation en justice, en référé ou au fond ou sur conclusion reconventionnelle. Ce délai est un délai de forclusion.

I 532-6 Étendue de la réparation

Elle portera sur le dommage, mais rien que sur le dommage. La réparation doit avoir pour effet de replacer la victime du dommage dans la situation où elle se serait trouvée si les désordres ne s'étaient pas produits. S'il n'existe pas de moyens autres qu'une réfection à neuf, aucun coefficient de vétusté ne sera appliqué et la victime en retirera un enrichissement sans contrepartie (mais qui n'est pas un enrichissement injustifié), le principe appliqué étant celui de la réparation intégrale du dommage.

Les dommages et intérêts, correspondant à des troubles annexes, des pertes d'exploitation ou des dommages subséquents, ne doivent comprendre, à l'égard de la perte éprouvée par la victime du dommage et du gain dont elle a été privée, que ce qui est une suite immédiate et directe du dommage. La réparation doit avoir là aussi pour effet de replacer la victime du dommage dans la situation où elle se serait trouvée si les désordres ne s'étaient pas produits.

I 533 Garantie biennale (de bon fonctionnement)

« Les autres éléments d'équipement de l'ouvrage font l'objet d'une garantie de bon fonctionnement d'une durée minimale de deux ans à compter de sa réception. » (art. 1792-3 C.civ.).

Il s'agit des éléments d'équipement non visés par l'article 1792-2, c'est à dire qui ne font pas « indissociablement corps avec l'un des ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert.. » et dont la dépose, le démontage ou le remplacement peut s'effectuer sans détérioration ou enlèvement de matière de l'ouvrage.

Les éléments d'équipement visés par l'article 1792-3 sont simplement installés (adjoints) par le constructeur comme par exemple les portes, fenêtres, volets, revêtements muraux, carrelages, dallages (Cass.Civ. 3, 13 février 2013 ; n° 12-12016).

Si le mauvais fonctionnement de l'élément cause un dommage de nature décennale à l'ouvrage, la garantie biennale est écartée au profit de la garantie décennale.

La garantie de bon fonctionnement ne s'applique pas aux éléments d'équipement seulement adjoints à un ouvrage existant, qui relèvent de la responsabilité contractuelle de droit commun (Cass.Civ. 3, 10 décembre 2013 ; n°12-12016).

Les désordres ne compromettant pas la solidité de l'ouvrage ni ne le rendant impropre à sa destination, affectant un élément dissociable de l'immeuble, non destiné à fonctionner, relèvent de la garantie de droit commun (Cass.Civ. 3, 11 septembre 2003 ; n°02-12215).

La garantie ne vise pas non plus les éléments d'équipement professionnel.

I 534 Garantie contractuelle et délictuelle de droit commun des constructeurs.

Dès lors que le sinistre remplit les conditions d'application des garanties biennales ou décennales, il ne peut être agi qu'à ce titre. En revanche, la garantie de droit commun est cumulable avec la garantie de parfait achèvement.

Inexécution contractuelle – responsabilité délictuelle entre constructeurs

Le non-respect, dûment établi, d'obligations contractuelles, qui n'a pas d'effet ou qui ne conditionne pas la qualité de l'ouvrage lui-même (non-respect du délai de livraison par exemple), entraîne l'application de la garantie de droit commun, sauf cas de force majeure.

La responsabilité contractuelle de droit commun s'applique aux désordres de construction constitutifs de dommages intermédiaires, c'est-à-dire qui n'entrent ni dans le champ de la garantie décennale, ni dans celui de la garantie biennale. Il peut s'agir de dommages purement esthétiques n'affectant par les fonctions essentielles de l'ouvrage ou bien encore d'éléments qui présentent des malfaçons sans incidence sur l'utilisation des équipements (de menuiserie d'une cuisine par exemple). Les actions en responsabilité dirigée contre les constructeurs et leurs sous-traitants se prescrivent par 10 ans à compter de la réception des travaux (article 1792-4-3 C.civ.).

En cas de faute intentionnelle ou dolosive, les constructeurs ne peuvent invoquer l'expiration du délai de garantie décennale pour se dégager de leurs responsabilités à l'égard du maître d'ouvrage. Leur garantie pourra être mise en jeu sur le fondement de l'article 1382 (1240 nouveau) du code civil.

Par exception, le maître d'ouvrage condamné à indemniser le tiers victime d'un dommage causé par une malfaçon de l'immeuble, peut se retourner contre le locateur d'ouvrage responsable, en fondant son action soit sur la garantie décennale, soit sur la responsabilité contractuelle, soit sur la responsabilité délictuelle en raison de la subrogation dans les droits de la victime.

Les constructeurs sont liés chacun au maître de l'ouvrage par des conventions distinctes, et sont donc des tiers dans leurs rapports entre eux. Des actions récursoires sont donc possibles entre les constructeurs et toute personne liée au maître d'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage (par exemple architecte et entrepreneurs). L'action récursoire n'est recevable que si la preuve d'une faute est rapportée.

Dommages causés aux voisins

La responsabilité des constructeurs peut être fondée sur la faute que le plaignant doit rapporter. Il appartient à ce dernier de démontrer son préjudice ainsi que le lien de causalité. C'est ainsi que la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle d'un architecte peut être engagé par des voisins à l'occasion d'une faute commise dans l'exécution du contrat passé avec le maître de l'ouvrage. Cela a été le cas pour l'architecte responsable du défaut d'insonorisation d'un cinéma, qui a été condamné à indemniser les voisins gênés par le bruit, sur la base des articles 1382 et 1383 (1240 et 1241 nouveaux) du Code civil.

Pour donner lieu à réparation, le trouble anormal de voisinage doit remplir deux conditions cumulatives:

-être continu

-excéder les inconvénients normaux du voisinage.

Lorsque cette double condition est remplie, la responsabilité de l'auteur est engagée même en l'absence de faute. La responsabilité du constructeur, fondée sur la garde, est engagée pour les troubles et dommages causés au voisinage par l'activité du chantier et la réalisation de la construction. C'est l'entrepreneur qui dirige et maîtrise le chantier qui en est considéré comme le gardien.

La clause par laquelle le maître d'ouvrage se fait garantir par l'entrepreneur des conséquences pécuniaires de sa responsabilité envers les tiers, du fait ou à l'occasion de travaux, ne constitue pas une clause d'exonération de responsabilité prohibée.

L'ouvrage une fois construit est susceptible de provoquer des troubles de voisinage : diminution de la vue, de la lumière, de l'ensoleillement, ou caractère inesthétique d'une clôture. La responsabilité pèse à la fois sur celui qui a pris la décision de construire et sur celui qui tire profit de l'ouvrage. C'est ainsi qu'un maître d'ouvrage a pu être condamné pour avoir abusivement diminué la valeur de l'immeuble voisin.

Le maître d'ouvrage condamné à réparer les dommages causés à un tiers par la construction de son immeuble, peut exercer une action récursoire contre les constructeurs au titre de la responsabilité quasi délictuelle. Cette solution permet au maître d'ouvrage un recours post-décennal s'il est actionné par un tiers après l'expiration du délai de garantie légale. Cependant, il lui appartient d'établir que le constructeur visé a commis une faute. Le recours en garantie doit être exercé dans ce cas par le maître d'ouvrage dans le délai prévu pour les actions civiles extra contractuelles, à compter de son assignation par le tiers.

I 535 L'assurance de dommages ouvrage

L'article L. 242-1 du code des assurances dispose que : «toute personne physique ou morale qui, agissant en qualité de propriétaire de l'ouvrage, de vendeur ou de mandataire du propriétaire de l'ouvrage, fait réaliser des travaux de construction, doit souscrire avant l'ouverture du chantier, pour son compte ou pour celui des propriétaires successifs, une assurance garantissant, en dehors de toute recherche des responsabilités, le paiement de la totalité des travaux de réparation des dommages de la nature de ceux dont sont responsables les constructeurs au sens de l'article 1792-1, les fabricants et importateurs ou le contrôleur technique sur le fondement de l'article 1792 du code civil».

Sont ainsi donc concernés les promoteurs immobiliers ou les vendeurs, qui doivent souscrire cette assurance au bénéfice des propriétaires successifs, les constructeurs de maison individuelle, les particuliers maître d'ouvrage lorsqu'ils traitent directement avec le constructeur.

L'assurance de dommages ouvrage a pour objet d'intervenir en préfinancement des dommages de la nature décennale. Elle permet de procéder aux remboursements ou à l'exécution de toutes les réparations faisant l'objet de la garantie décennale, sans attendre une décision de justice statuant sur les responsabilités de chacun.

Par la suite, l'assureur de dommages fait jouer l'assurance en responsabilité obligatoire, afin de recouvrer l'indemnité versée au maître d'ouvrage, en fonction des responsabilités incombant à chaque constructeur qui a contribué à l'acte de construire.

I 536 Les pouvoirs du juge à l'égard de la garantie des vices cachés

« Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus. » (art 1641 C.civ.). cf. H 342.

« Dans le cas des articles 1641 et 1643, l'acheteur a le choix de rendre la chose et de se faire restituer le prix, ou de garder la chose et de se faire rendre une partie du prix. » (art.1644 C.civ.).

Cependant, saisi d'une action rédhibitoire à titre principal et estimatoire à titre subsidiaire, le juge peut apprécier souverainement la gravité du vice caché et estimer qu'elle ne justifie pas la résolution de la vente mais seulement une diminution de prix (Cass.Com. 6 mars 1990 ; n°88-14929).

Mais, si le juge, saisi de la seule action en résolution justifiée, constate l'existence d'un vice caché, il ne peut pas prononcer la réduction du prix, car il n'est pas saisi d'une telle demande. (Cass.Civ. 1 ;22 novembre 1988 ;n° 88-18586). Il n'est pas plus tenu de rechercher si le vice peut-être réparé à moindre coût.

I 540 SPECIFICITES DE LA SOUS-TRAITRANCE DE CONSTRUCTION

Le chapitre H 450 présente les caractéristiques principales et générales de la sous-traitance (définitions, responsabilités et paiement du sous-traitant).

Le présent chapitre traite des spécificités de la sous-traitance dans le cas de la construction.

I 541 Caractères généraux de la sous-traitance de construction.

Nature des prestations sous-traitées

Les travaux intellectuels, sans participation matérielle à l'édification de l'ouvrage, ne sont pas exclus de la définition du contrat d'entreprise et peuvent être sous-traités (à la condition bien sûr qu'il n'y ait pas de lien salarié/employeur avec l'entrepreneur qui sous traite) (Cass.Civ. 3 ; 28 février 1984 ; n°82-15550 - Cass.Civ. 3 ; 5 février 1985 ; n°83-16675).

La fourniture, sans intervenir sur le chantier, de matériaux ayant fait l'objet d'une commande très précise de caractéristiques obtenues « après avoir effectué un travail spécifique en vertu d'indications particulières rendant impossible de substituer au produit commandé un autre équivalent », ne se traduit pas par une simple fourniture et peut faire l'objet d'un contrat de sous-traitance. (Cass.Civ. 3 ; février 1984 ;n° 83-16675). Même solution, s'agissant de la fourniture d'éléments préfabriqués pour lesquels « la multiplicité des données à prendre en compte pour établir les notes de calcul et les plans de fabrication constituaient un travail spécifique ». (Cass.Civ. 3 ; 18 novembre 2009 ; n°08-19355).

Les prestations de services peuvent faire l'objet d'un contrat de sous-traitance si le personnel du prestataire est autonome à l'égard de l'entrepreneur et si le prestataire participe directement à l'acte de construire ; les prestations du bureau d'études qui fait apport de conception correspondent à un tel cas.

Les travaux de démolition ont la qualité juridique de travaux de bâtiment et peuvent faire l'objet de contrats de sous-traitance (Cass.Civ. 3, 24 septembre 2014 – n°13-14404).

Mais il a été jugé que les montages d'échafaudages « qui portaient uniquement sur la location de matériel avec main d'œuvre pour la pose », ne sont pas constitutifs d'une participation à l'acte de construire

(Cass.Civ. 3 ; 23 janvier 2002; n°00-17759). De même, la fourniture de personnel (sauf autonomie et forte spécialisation du personnel), le prêt de matériel avec ou sans personnel (grutier) ne constituent pas des opérations de sous-traitance.

L'entrepreneur peut signer un contrat de sous-traitance assorti de conditions suspensives, s'il n'a pas encore lui-même conclu le marché avec le maître d'ouvrage.

Le sous-traitant demeure tenu, envers l'entrepreneur principal, de livrer exempts de vice les ouvrages dont il réclame le paiement, même si le maître d'ouvrage n'a pas accepté le sous-traitant, ni ses conditions de paiement. (Cass.Civ. 3, 13 avril 1988 ; n°86-18961).

Etendue de la sous-traitance

Le contrat de sous-traitance peut porter sur tout ou partie du contrat privé d'entreprise (les marchés publics excluant la possibilité d'une sous-traitance totale).

Si le maître d'ouvrage conclut un marché tous corps d'état, l'entrepreneur peut conclure différents contrats de sous-traitance correspondant aux différentes spécialités concernées.

Le sous-traitant peut lui même sous-traiter à un sous-traitant de second rang, et il devient à son égard lui-même entrepreneur principal. L'obligation du maître d'ouvrage, qui a connaissance de la présence sur le chantier d'un sous-traitant qu'il n'a pas accepté, de mettre en demeure l'entrepreneur principal de le lui présenter et de lui faire agréer les conditions de paiement de son sous-traitant, continue à s'appliquer au sous-traitant de second rang. Par suite, il ne peut pas être reproché à un entrepreneur principal, qui avait connaissance de la présence d'un sous-traitant de second rang sur le chantier, de ne pas avoir mis le sous-traitant de premier rang en demeure de respecter ses obligations conformément à l'article 14-1de la loi.

Le sous-traitant de premier rang est considéré comme l'entrepreneur principal à l'égard de son propre sous-traitant, le maître de l'ouvrage restant cependant toujours celui pour le compte duquel la construction est réalisée.

Caractère d'ordre public de la loi

La loi du 31décembre 1975 relative à la sous-traitance dispose en son article 15 que « sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions de la présente loi ». C'est une loi d'ordre public.

La Cour de cassation a jugé, par quatre arrêts, que s'agissant de la construction d'immeubles construits en France, la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, en ses dispositions protectrices du sous-traitant, est une loi de police (Cass.Ch. mixte. 30 novembre 2007 ; n°06-1400 – Cass.Civ. 3, 30 janvier 2008 – n°06-14641 - Cass.Civ. 3, 8 avril 2008 –n° 07-10763 - Cass.Civ. 3, 25 février 2009 – n°07-20096).

Cependant, le juge doit analyser à cet égard chaque espèce, car selon les faits, notamment le pays de construction, il peut être amené à juger autrement. Ainsi, la Cour de cassation a considéré, dans des espèces différentes, s'agissant de l'article 12 de la loi sur l'action directe, que la loi sur la sous-traitance n'est pas une loi de police (Cass.Civ.1. 23 janvier 2007 ; n°04-10897), et qu'il en allait de même de l'article 13-1 (cession ou nantissement de créance) alors que n'était pas caractérisée l'existence d'un lien de rattachement de l'opération avec la France (Cass.Com.. 23 avril 2011 ;n° 09-13524).

Cession de contrats

L'entrepreneur peut sous-traiter la totalité du marché privé qu'il a conclu, sous réserve qu'il garde une part de responsabilité ; à défaut, il ne s'agit plus d'un contrat de sous-traitance mais d'une cession de contrat.

Co-traitance

La co-traitance se définit comme le rapprochement temporaire de plusieurs entreprises, constituant un groupement momentané d'entreprises pour répondre à un appel d'offre ou pouvoir procéder à l'exécution d'un chantier dans sa totalité. Le groupement désigne un pilote, mandataire.

I 542 Protection du sous-traitant

Le partenaire naturel du sous-traitant est « son » entrepreneur principal avec lequel il a conclu le sous-traité. L'article 3 de la loi de 1975 précise certaines des obligations de ce dernier, protectrices à l'égard du sous-traitant : « L'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage ; l'entrepreneur principal est tenu de communiquer le ou les contrats de sous-traitance au maître de l'ouvrage lorsque celui-ci en fait la demande.

Lorsque le sous-traitant n'aura pas été accepté ni les conditions de paiement agréées par le maître de l'ouvrage dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, l'entrepreneur principal sera néanmoins tenu envers le sous-traitant mais ne pourra invoquer le contrat de sous-traitance à l'encontre du sous-traitant. ».

Le maître d'ouvrage peut refuser le sous-traitant si le contrat interdit la sous-traitance. A défaut de cette interdiction, le caractère discrétionnaire du refus du maître d'ouvrage constitue un abus de droit. (Cass.Civ. 3, 2 février 2005 –n° 07-15409).

L'entrepreneur a l'obligation de fournir des garanties de paiement de son sous-traitant avant le commencement des travaux. Ces garanties sont indiquées au paragraphe H 453 sous-traitance/paiement du sous-traitant. Seules quelques précisions complémentaires sont donc ajoutées ci-après.

La loi ne précise pas à quel moment l'entrepreneur principal doit fournir une caution solidaire à son sous traitant qui ne bénéficie pas d'un paiement direct, mais la jurisprudence retient qu'elle doit être donnée avant le commencement des travaux (Cass.Civ. 3, 14 novembre 2001 – n°00-12885 et 25 mai 2011 –n° 09-17137). Aucune régularisation de la fourniture de la caution ne peut intervenir dès lors que le sous traitant a assigné l'entrepreneur principal en nullité du sous-traité pour défaut de cautionnement (Cass.Civ. 3 ;7 février 2001–n°98-19937), et seul le sous traitant peut invoquer la nullité du sous traité pour défaut de caution solidaire par l'entrepreneur principal (Cass.Com. 12 février 1991 – n°89-16669).

En application de l'article 14-1 de la loi, le maître d'ouvrage a l'obligation, si la connaissance de la présence sur le chantier d'un sous-traitant n'a pas fait l'objet des obligations définies par l'article 3 de la loi, de mettre en demeure l'entrepreneur principal d'appliquer ses obligations. L'obligation pesant ainsi sur le maître de l'ouvrage, d'exiger de l'entrepreneur principal qu'il justifie avoir fourni la caution, inclut la vérification non seulement de l'obtention par cet entrepreneur d'une caution bancaire, mais encore de la communication par lui au sous-traitant de l'identité de l'organisme de caution et des termes de cet engagement (Cass.Civ. 3,18 juin 2003 – n°01-17366).

Cependant, aucune sanction n'est prévue par la loi si cette disposition n'est pas respectée par le maître d'ouvrage. Cependant, la jurisprudence retient dans ce cas la faute délictuelle du maître d'ouvrage. À noter qu'il n'est pas imposé au sous-traitant de susciter son acceptation et l'agrément de ses conditions de paiement par le maître d'ouvrage (Cass.Civ. 3, 5 juin 1996–n°94-17371).

Le sous-traitant qui n'a pas pu être payé par l'entrepreneur principal, parce que le maître d'ouvrage n'avait pas obligé ce dernier à lui fournir une garantie de paiement, peut demander à bon droit au maître d'ouvrage « le paiement de dommages intérêts équivalents au juste coût des travaux exécutés » (Cass.Civ. 3, 18 février 2015 ; n°14-10604).

Mais le maître d'ouvrage dispose d'une action récursoire à l'égard du maître d'œuvre qui n'a pas exécuté sa mission contractuelle : « le maître d'œuvre chargé d'une mission de surveillance des travaux a pour obligation d'informer le maître de l'ouvrage de la présence d'un sous-traitant et de lui conseiller de se le faire présenter, et, le cas échéant, de l'agréer et de définir les modalités de règlement de ses situations » (Cass.Civ. 3, 10 décembre 2014 ;n° 13-24892).

Si le maître d'ouvrage a eu recours à un crédit spécifique, le sous-traitant peut demander à être payé sur les fonds prêtés au maître d'ouvrage.

La délégation de paiement vaut agrément du sous-traitant, mais pas l'inverse. La qualité de sous-traitant dépend de la qualification du contrat qui le lie à l'entrepreneur principal, qui lui doit donc caution même si le sous-traitant n'est pas agréé par le maître d'ouvrage.

Tant que la nullité du contrat de sous-traitance, que peut demander le sous-traitant en raison de l'absence de fourniture de la garantie de paiement par l'entrepreneur principal, n'a pas été invoquée, ce dernier peut toujours régulariser sa situation à cet égard. (Cass.Civ. 3, 17 juillet 1996 – n°94-15035).

I 543 Règles de responsabilité

A l'égard de l'entrepreneur principal

Le sous-traitant, qui n'est pas un constructeur, n'est pas tenu des garanties biennales et décennales, sauf dispositions contraires du contrat de sous-traitance. Il a en revanche une obligation de résultat à l'égard de l'entrepreneur principal. Celle-ci n'est pas « enfermée dans le délai de dix ans à compter de la réception à laquelle il était étranger » (Cass.Civ. 3, 26 avril 2006 ; n°05-13254).

« Dans les rapports entre le locateur d'ouvrage auteur du trouble anormal causé aux voisins et les autres professionnels dont la responsabilité peut être recherchée, la charge finale de la condamnation formant contribution à la dette se répartit en fonction de la gravité de leurs fautes respectives. L'entrepreneur principal ne peut donc exercer de recours subrogatoire contre les sous-traitants que pour la fraction de la dette dont il ne doit pas assumer la charge définitive » (Cass.Civ. 3, 26 avril 2006 ; n° 05-10100).

L'obligation de résultat du sous-traitant perdure même si le sous-traité a été annulé et même s'il n'a pas été payé. Il a droit cependant au remboursement des sommes qu'il a déboursées. (Cass.Civ. 3, 13 septembre 2006 ; n°05-11533).

A l'égard du sous-traitant

Aux termes des dispositions de l'article 1792-4 du code civil, les actions dirigées à l'encontre du sous-traitant, en raison de dommages mentionnés aux articles 1792 et 1792-2 du code civil, se prescrivent par dix ans à compter de la réception, et par deux ans pour ceux subis par les éléments d'équipement mentionnés à l'article 1792-3.

Les actions dirigées contre les constructeurs désignés aux articles 1792 et 1792-1 et leurs sous-traitants se prescrivent par dix ans à compter de la réception des travaux. La Cour de cassation n'a pas encore dit si ces dispositions s'appliquaient aux seuls travaux effectués par le sous-traitant.

A l'égard du maître d'ouvrage

La responsabilité du sous-traitant à l'égard du maître d'ouvrage, avec lequel il n'est pas contractuellement lié, est délictuelle. (Cass.Civ. 3, 26 novembre 2014 ; n°13-22067).

La responsabilité de l'entrepreneur principal à l'égard du maître d'ouvrage est de nature contractuelle, et l'entrepreneur principal est tenu des faute de son sous-traitant. (Cass.Civ. 3, 12 juillet 1991; n° 90-13062).

À l'égard des tiers

L'entrepreneur principal n'est pas tenu envers les tiers des dommages causés par son sous-traitant. (Cass.Civ. 3, 8 septembre 2009 ; n°08-12273) : « L'entrepreneur principal n'est pas responsable envers les tiers des dommages causés par son sous-traitant dont il n'est pas le commettant ». (Cass.Civ. 3, 22 septembre 2010 ; n°09-11007).

Le trouble anormal de voisinage peut-être imputé au sous-traitant sans qu'il soit nécessaire de démontrer une faute. La prescription est de cinq ans à partir du dommage. Le sous-traitant peut s'exonérer en invoquant une cause étrangère.

Le fournisseur de matériaux

Le fournisseur du sous-traitant qui a engagé sa responsabilité délictuelle à l'égard du maître d'ouvrage, doit répondre de ses actes sur le même fondement à l'égard du sous-traitant : « L'entrepreneur principal dispose d'une action contractuelle directe contre le fournisseur de son sous-traitant et vendeur intermédiaire ». (Cass.Civ. 3e, 26 novembre 2014 ; 13-22067).

CHAPITRE 6

I 600 CONTRATS DE DISTRIBUTION et de FRANCHISE

I 610 CARACTÉRISTIQUES GÉNÉRALES

I 611 Exemption des règles régissant la concurrence

Les opérations de distribution entre professionnels sont très variées et s'articulent sur différents contrats dont les principaux sont les contrats de distribution sélective, de fourniture exclusive, de concession et de franchise. Ces contrats cadres qui organisent les relations entre producteurs et distributeurs sont souvent complétés par des contrats de collaboration commerciale.

Régis par le droit des obligations, ces contrats sont a priori valides dans la mesure où, bien que prévoyant une discrimination entre commerçants ou créant un état de dépendance de l'une des parties par rapport à l'autre, ils ne contreviennent pas aux dispositions du livre IV du code de commerce et se conforment aux textes communautaires accordant des **exemptions** c'est à dire des dérogations aux principes posés par les articles 101 et 102 TFUE (cf. H 131).

Ces exemptions (cf. H 214) sont de deux sortes :

- **exemptions individuelles,** qui visent des acteurs économiques dénommés,
- **exemptions par catégories**, qui visent des contrats déterminés et sont régies par les

règlements CE 2790/99 du 22 décembre 1999 et CE 330/2010 du 20 avril 2010 concernant les accords verticaux et pratiques concertées.

I 612 Contrat d'intérêt commun

On a souvent tendance à prétendre que la plupart des contrats de distribution constituent des contrats dits "d'intérêt commun". Mais la Cour de cassation n'a pas à ce jour accepté de tirer les conséquences de cette notion, notamment en matière de rupture de contrat, et refuse d'obliger systématiquement à se justifier le contractant qui prend l'initiative de la rupture d'un tel contrat alors qu'il n'est pas tenu d'indemniser dans tous les cas la victime de la résiliation.

En revanche, le législateur a inclus dans l'article L 330-3 du code de commerce la notion de contrat conclu dans l'intérêt commun des parties. Ce texte organise notamment l'information précontractuelle due par le fournisseur à un distributeur lié par un engagement exclusif, dès lors que le fournisseur met à la disposition de l'autre partie un nom, une marque ou une enseigne.

I 613 Limitation de durée

Le législateur, considérant avec quelque méfiance les clauses d'exclusivité, a dérogé au principe de la liberté contractuelle en limitant leur durée maximale de validité (art. L 330-1 C. com.). Cette durée, de 10 ans depuis 1943, a été ramenée à 5 ans pour les contrats d'approvisionnement exclusif, du fait des règlements CE 2790/99 et CE 330/2010.

I 614 Relations avec le droit du travail

Les contrats de distribution posent également le problème de leurs relations avec le droit du travail. En effet le droit du travail est applicable aux personnes dont la profession consiste à vendre des marchandises fournies exclusivement ou presque exclusivement par une seule entreprise, lorsque cette personne exerce cette profession dans un local financé ou agréé par cette entreprise (art. L 781-1 du code du travail). Ce texte requiert certaines conditions marquant la **subordination** du distributeur par rapport au fournisseur, notamment l'obligation du respect des règles de vente et des prix imposés par le fournisseur. La jurisprudence a été parfois amenée à faire jouer ce texte en matière de location-gérance, en particulier au bénéfice de distributeurs qui exploitent en nom propre des stations-service pour le compte de sociétés pétrolières.

I 615 Propriété de la clientèle

Les contrats de distribution intervenant entre fournisseurs et commerçants posent le problème de savoir si le distributeur exclusif qui exerce son activité sous une marque dispose ou non d'une **clientèle qui lui est propre**, ce qui lui permettrait de bénéficier de la législation sur les fonds de commerce. La question est difficile puisque l'on peut légitimement se demander si une clientèle est attachée à une marque ou à un distributeur particulier. Pour écarter toute discussion, la plupart des accords de distribution exclusive mentionnent que le distributeur est réputé propriétaire de son fonds et titulaire de la clientèle qui le fréquente.

I 620 DISTRIBUTION SÉLECTIVE

I 621 Définition

La distribution sélective est un système de commercialisation suivant lequel :

- un fournisseur s'engage à approvisionner dans un secteur donné un ou plusieurs commerçants de son choix en fonction de critères qu'il détermine ;
- ces commerçants, liés à lui par un contrat d'agrément, s'engagent à ne pas vendre ces biens ou services à des distributeurs non agréés.

I 622 Conditions pour être licite

Pour être licite, un réseau de distribution sélective doit :

- avoir pour but de contribuer au progrès économique et réserver aux utilisateurs une part équitable du profit qui en résulte ;

• respecter des critères de sélection des distributeurs qui :
- au plan qualitatif, soient suffisamment précis, constants et non discriminatoires ;
- au plan quantitatif, ne limitent pas le nombre de points de vente de manière injustifiée ;
• laisser les membres du réseau libres de fixer leurs prix, de vendre des produits concurrents et de revendre les produits concernés à d'autres distributeurs agréés.

Pour apprécier les critères de sélection utilisés dans un réseau, le juge devra tenir compte :
• dans le domaine des critères qualitatifs (par exemple, exigences relatives à l'agencement du magasin, à la qualification du personnel et au service après-vente), de la nature des produits en jeu, du fait qu'ils sont ou non des produits de luxe ou de haute technicité, ou encore des précautions nécessaires pour leur emploi ;

• dans le domaine des critères quantitatifs (limitation du nombre de points de vente), du rapport entre l'importance de la clientèle et le nombre de distributeurs agréés chargés de la satisfaire, qui doit être prédéterminé et constant ; la finalité de la limitation doit être de procurer aux distributeurs, compte tenu des contraintes de la production, un approvisionnement suffisant et un niveau normal de rentabilité, en évitant toute situation de monopole qui assurerait une marge anormalement élevée aux uns ou aux autres, et en préservant au contraire une concurrence effective entre les distributeurs de chaque secteur.

I 623 Principales difficultés

Les litiges rencontrés sont essentiellement de deux types :

• Un distributeur non agréé s'estime victime d'un refus de vente discriminatoire et demande au tribunal d'obliger le fournisseur à honorer ses commandes. Il revient alors au tribunal d'examiner si le réseau répond ou non aux conditions posées en la matière par la loi et la jurisprudence, pour juger si le refus de vente est justifié.

• Un fournisseur demande au tribunal d'interdire la commercialisation de ses produits par un distributeur non agréé. Le problème est courant avec les grandes surfaces, souvent tentées d'utiliser des produits de prestige comme produits d'appel pour leurs clients. Pour obtenir satisfaction, le fournisseur doit prouver le caractère licite de son réseau de distribution sélective et le caractère irrégulier de la vente qui peut, par exemple, provenir du fait que les produits en question ont été fournis par un fournisseur agréé en contravention avec les règles du réseau.

I 630 APPROVISIONNEMENT EXCLUSIF

I 631 Caractéristiques

Le contrat d'approvisionnement exclusif se caractérise par l'engagement du distributeur de ne s'approvisionner en certains produits qu'auprès du seul fournisseur spécifié dans l'accord, d'une entreprise liée à lui, ou d'un tiers qu'il a chargé de la distribution de ses produits. La seule interdiction faite au fournisseur est de vendre lui même le produit dans la zone de vente du distributeur.

Dans ce type de contrat, le distributeur peut se voir interdire de produire et/ou de vendre des produits concurrents, se voir imposer d'acheter des quantités minimales, de détenir un stock minimum et/ou d'assurer le service après vente et la garantie. Le domaine d'application de tels accords est limité tant dans leur objet (un produit ou un assortiment de produits) que dans leur durée (5 ans selon la règlementation communautaire).

Dans de nombreux cas, l'exclusivité est incluse dans un contrat d'assistance : c'est alors un contrat d'assistance et de fourniture. Si le contrat prévoit la mise à disposition du nom commercial, de la marque ou de l'enseigne (par exemple, contrat de franchise) les dispositions de l'art. L 330-3 du code de commerce doivent être respectées en ce qui concerne l'information précontractuelle (cf. I 661).

Les contrats d'approvisionnement exclusif, auxquels le Règlement (CE) 2790/99 a accordé le bénéfice d'une **exemption par catégories**, se rencontrent couramment dans l'épicerie de marque, la boulangerie, les fruits et légumes, la fourniture de boissons et de carburants. Deux types de litiges sont

fréquemment évoqués devant les tribunaux de commerce : ceux relatifs aux contrats de bière et ceux concernant les contrats d'exploitation de stations-service.

I 632 Contrat de bière

Il s'agit d'un contrat passé entre un débitant de boissons et un brasseur aux termes duquel, en contrepartie d'avantages accordés par le fournisseur (participation à l'achat du fonds ou aux investissements sous forme de subvention, fourniture de matériel, prêt à taux réduit ou nul, cautionnement donné à une banque, etc.), le débitant s'engage à s'approvisionner exclusivement pour une quantité minimale auprès du brasseur.

De tels contrats, qui prévoient un approvisionnement au prix résultant d'un tarif fixé unilatéralement par le brasseur, ont été longtemps attaqués en nullité devant les tribunaux pour indétermination du prix sur le fondement de l'article 1129 du code civil. Ce point est aujourd'hui réglé par plusieurs arrêts de la Cour de cassation du 1er décembre 1995 dont il ressort que, sauf dispositions légales particulières, la clause d'un contrat faisant référence au tarif en vigueur au jour des commandes d'approvisionnement n'affecte pas la validité du contrat, un abus commis par le fournisseur dans la fixation du prix ne pouvant donner lieu éventuellement qu'à résiliation ou à indemnisation.

I 633 Contrat d'exploitation de stations-service

a) *Caractéristiques du contrat*

Les exploitants de stations-service sont liés aux compagnies pétrolières par des conventions complexes qui prévoient généralement :

- la location gérance de la station-service ou la mise à disposition de locaux et équipements sous la forme de prêt à usage,
- un mandat pour la distribution des carburants, le distributeur étant rémunéré par des commissions,
- la vente de lubrifiants fournis par la compagnie pétrolière dans le cadre d'un contrat d'approvisionnement exclusif avec stipulation de quantités minimales et au prix fixé par le tarif de la compagnie au jour de la livraison, l'ensemble formant un tout indissociable.

b) *Litiges portant sur le déroulement des contrats*

Les litiges sont en général dus au fait que le distributeur n'a pas retiré de l'exploitation de la station-service un résultat qu'il considère comme suffisant. Il va donc chercher à obtenir de la compagnie un complément de rémunération en se prévalant des particularités de l'un ou l'autre des trois contrats.

La jurisprudence n'a pas retenu les moyens fondés sur :

- les dispositions du code du travail qui permettraient au locataire gérant d'obtenir une rémunération au moins égale au SMIC (cf. I 614) car les compagnies ont décidé de ne contracter qu'avec des sociétés commerciales constituées par les distributeurs, lesquelles ne peuvent invoquer le code du travail,
- la nullité du contrat de lubrifiants sur le fondement de l'article 1129 du code civil (cf. I 632), qui permettrait au distributeur, considéré alors comme ayant commercialisé ces produits pour le compte du fournisseur, de prétendre à être remboursé par ce dernier des frais de commercialisation déterminés à dire d'expert.

En revanche, ont prospéré les moyens fondés :

- sur les conséquences du contrat de mandat, car l'article 2000 du code civil oblige le mandant à indemniser le mandataire des pertes subies à l'occasion de sa gestion, si aucune imprudence ne lui est imputable ;
- sur l'absence, l'inexactitude ou l'insuffisance de l'information précontractuelle exigée par l'article L 330-3 du code de commerce, mais le concessionnaire ne peut s'en prévaloir si son contrat est venu au renouvellement d'un précédent contrat car il aurait pu, avant de s'engager, obtenir toutes les informations nécessaires à la gestion de l'entreprise.

Des accords interprofessionnels du 25 juillet 1990, dont les stipulations sont intégrées dans les

contrats de mandat, ont prévu une concertation en vue d'aménager éventuellement le contrat si la station-service ne dégage pas un résultat équilibré malgré le comportement "en bon commerçant" de l'exploitant. Mais ceci ne permet pas de résoudre la totalité des litiges car la concertation ne débouche pas toujours sur un accord.

Aussi la Cour de cassation a-t-elle été amenée à décider, par des arrêts du 16 octobre 1999, que, même si le contrat prévoit, par une clause dérogeant à l'article 2000, que les commissions versées par la compagnie couvriront forfaitairement les pertes subies par le distributeur, ceci ne saurait mettre à la charge du mandataire les pertes ayant pour origine un élément de l'exploitation dont la maîtrise a été conservée par le mandant (en l'espèce le taux des commissions).

Toutefois, pour obtenir une indemnisation, le distributeur devra démontrer l'existence de pertes sur la seule activité carburant, ce qui nécessitera l'existence d'une comptabilité analytique séparée pour cette activité et, le plus souvent, la désignation d'un expert chargé par le tribunal de lui fournir les éléments pour statuer sur ce point.

c) *Litiges portant sur la restitution des cuves en fin de concession*

Dans ces litiges, le concessionnaire n'est pas locataire gérant de la société pétrolière mais propriétaire du fonds et la restitution des cuves en fin de concession, ainsi que les frais entraînés par cette opération, sont en général mis à sa charge par une clause du contrat.

La jurisprudence tend à considérer, sous certaines conditions, qu'un distributeur qui résilie son contrat après avoir pris livraison des quantités de produits contractuellement fixées est fondé à demander que soit déclarée nulle la clause de restitution des cuves à ses frais. Elle retient en effet que cette clause, qui impose au revendeur des travaux coûteux non justifiés par des nécessités techniques, présente un caractère abusif et est susceptible de porter atteinte à la concurrence en dissuadant le distributeur de traiter avec une autre compagnie.

I 640 CONCESSION EXCLUSIVE

I 641 Définition et caractéristiques

Il s'agit d'un contrat par lequel le concédant vend des produits ou services de manière exclusive à un concessionnaire qui, commerçant indépendant, vend à ses propres clients, sur un territoire concédé déterminé par le concédant, ces mêmes produits ou services qu'il s'engage à acheter exclusivement au concédant.

Ce contrat se distingue donc :

- de celui d'agent commercial, mandataire vendant des produits au nom et pour le compte de son mandant qui reste propriétaire de la marchandise ;
- de celui de commissionnaire, qui achète et vend sous son propre nom, mais qui effectue cette opération pour le compte d'un commettant auquel il n'achète pas les produits ;
- du distributeur agréé, qui voit ses capacités techniques, commerciales et financières reconnues par un agrément du producteur sans que cela n'entraîne une exclusivité commerciale de part ou d'autre ;
- du contrat d'approvisionnement exclusif dans lequel la clause d'exclusivité est unilatérale.

Par le contrat de concession, le concessionnaire bénéficie en tant que de besoin du **droit d'usage** de la marque du concédant, mais sans avoir de droit de propriété sur cette marque.

La concession ne bénéficie pas en France d'une législation spécifique. Les relations entre concédant et concessionnaire sont donc régies par les contrats eux-mêmes et par le droit général des obligations. A noter que beaucoup de contrats de concession sont souscrits pour une période annuelle, avec tacite reconduction et préavis de résiliation de 1 à 3 mois.

I 642 Principales difficultés

Outre les difficultés relatives au droit de la concurrence, les principaux problèmes rencontrés en matière de concession commerciale viennent, soit des modifications apportées au contrat lors de son renouvellement, soit des circonstances de la rupture du contrat.

Il a été jugé que lorsqu'un contrat est modifié à l'initiative du concédant et qu'il en résulte un préjudice pour le concessionnaire, ce dernier peut demander réparation de son préjudice s'il apparaît que le concédant a abusé de sa force économique.

En matière de rupture de contrat, la jurisprudence hésite à condamner le concédant lorsqu'il évince un concessionnaire du réseau, mais il n'est pas certain que, face à certaines évolutions récentes, les solutions jusqu'ici dégagées, plutôt bienveillantes pour les concédants, s'imposeront toujours avec la même force.

Si le contrat est à durée indéterminée, les parties peuvent le résilier d'une manière unilatérale et sans indemnité de part ou d'autre, sauf abus de droit de leur part. Il appartient à la victime de prouver cet abus, ce qui est en pratique très délicat, même dans les cas où le contrat prévoit l'obligation d'une lettre de préavis. La Cour de cassation a admis que, dans certaines conditions, une rupture décidée par le concédant pouvait être simplement "trop brutale" et qu'alors la responsabilité de la cessation des relations contractuelles devait lui être imputée.

Si le contrat est à durée déterminée, il doit être mené à son terme et aucune des parties n'a l'obligation de le renouveler. L'existence d'un motif de non renouvellement n'est donc pas nécessaire pour mettre la partie qui met fin au contrat à l'abri d'une réclamation de son cocontractant, mais elle contribue à mettre cette partie à l'abri d'une réclamation qui serait fondée sur l'existence d'un désir de nuire, ou d'un détournement de sa finalité du droit de rupture.

En cas de rupture abusive, la partie lésée (en pratique le concessionnaire) est fondée à demander réparation du préjudice subi. En cas de rupture non abusive, il n'y a évidemment pas lieu, sauf stipulations contractuelles contraires, à versement d'une indemnité de clientèle.

En revanche, se pose la question des stocks (par exemple, pièces détachées). En l'absence de clause contractuelle à cet égard, la jurisprudence a plusieurs fois imposé leur reprise par le concédant, en invoquant l'existence d'une clause résolutoire tacite justifiée par le fait que ces stocks seraient imposés par le concédant. Cette solution semble confortée par le fait que le concessionnaire évincé pourrait se voir attaqué en concurrence déloyale s'il continuait à écouler ses produits sous la marque de son ex concédant.

De même si, après la rupture, le concédant se livre directement ou indirectement à une politique de débauchage systématique du personnel de l'ancien concessionnaire, celui-ci peut envisager une action en concurrence déloyale de ce fait.

I 650 CONCESSION AUTOMOBILE

I 651 Principes généraux

Le contrat de concession automobile est régi par le droit commun des contrats et, en matière de concurrence, soumis aux dispositions des articles 101 et 102 du TFUE. Le Règlement d'exemption (CE) 1400/2002 du 31 juillet 2002 applicable depuis le 1er octobre 2002 est venu à expiration le 31 mai 2010 et la Commission européenne n'a pas jugé utile de prendre des dispositions spécifiques à ce secteur. (cf. H 214).

I 652 Champ d'application de l'exemption

a) Marchés visés :
- ventes de véhicules neufs,
- ventes de pièces de rechange, y compris celles régies par des accords entre les équipementiers et leurs distributeurs,
- prestations d'après-vente, de réparation et d'entretien.

b) Accords concernés :
- contrats entre constructeurs ou importateurs et leurs concessionnaires,
- contrats entre concessionnaires et distributeurs secondaires.

Ces contrats, conclus entre deux ou plusieurs entreprises, dont chacune intervient à un niveau différent de la chaîne de distribution, pourront inclure la cession ou l'utilisation de droits de propriété intellectuelle, essentiellement les informations techniques nécessaires aux vendeurs et aux réparateurs.

c) Régimes de distribution

Le régime autorisé dépend du taux de pénétration du concédant sur le marché :

• la distribution exclusive n'est autorisée que si la part de marché détenue par le concédant et les entreprises qui lui sont liées (notion de groupe) est inférieure à 30 % ; cette disposition est valable tant pour les véhicules neufs que pour les pièces de rechange et l'après-vente ;

• la distribution sélective qualitative, dans laquelle les critères de sélection sont uniquement qualitatifs, est toujours possible ;

• la distribution sélective qualitative et quantitative, dans laquelle la distribution qualitative est assortie de conditions quantitatives, n'est autorisée que si la part de marché détenue par le concédant est inférieure à 40 % (pour les véhicules automobiles) et à 30 % (pour les pièces de rechange et l'après-vente).

Ces régimes ne peuvent être cumulés et, pour un territoire donné, le concédant doit donc choisir entre distribution sélective ou exclusive

I 653 Clauses interdites (dites clauses noires)

Les clauses suivantes sont interdites et, si elles figurent au contrat, sont réputées non écrites.

a) Clauses empruntées au régime général des accords verticaux :

• la fixation des prix à la clientèle (les prix maximum ou conseillés restant licites) ;

• les restrictions territoriales ou de clientèle, qui demeurent cependant licites sous certaines réserves (en cas d'exclusivité) ;

• les restrictions aux livraisons croisées entre concessionnaires distributeurs et réparateurs agréés à l'intérieur d'un réseau de distribution sélective ;

• les restrictions sur les ventes directes à l'utilisateur final, qu'elles soient actives (c'est à dire sur démarchage du vendeur) ou passives (à l'initiative de l'acheteur), y compris les ventes par Internet, lorsque le concessionnaire agit en qualité de détaillant.

b) Clauses propres au secteur automobile :

• les restrictions à la possibilité de sous-traiter les activités d'après-vente ;

• la limitation de l'accès des réparateurs indépendants à certaines fournitures ou informations (cf. I 655b et I 655c).

c) Clauses directes et indirectes de non-concurrence :

• l'interdiction de vendre des véhicules d'autres marques ;

• l'obligation d'employer du personnel spécifique pour la vente de véhicules de la marque faisant l'objet du contrat sauf sous certaines conditions ;

• la limitation de la capacité des concessionnaires à fournir des services ou des pièces détachées pour des véhicules de fournisseurs concurrents.

I 654 Dispositions régissant les rapports entre concédants et concessionnaires

Pour bénéficier de l'exemption, les contrats doivent respecter les règles ci-après :

a) Règles tendant au développement de la concurrence

• Deux règles essentielles :

- le multimarquisme qui est absolu, le concédant ne pouvant en aucun cas interdire à son concessionnaire de représenter d'autres marques ;

- l'interdiction de toute restriction de vente, qui est relative car le concédant peut, dans le contrat de concession, interdire aux membres d'un réseau de distribution sélective toutes ventes à des revendeurs non agréés par lui, et aux concessionnaires exclusifs toutes ventes actives en dehors de leur secteur d'exclusivité territoriale ou de clientèle.

• Trois autres règles :

- possibilité pour le concessionnaire d'une gamme de disposer de la totalité des modèles de cette gamme commercialisés dans l'Union Européenne, ce qui interdit la pratique des modèles

spéciaux distribués dans un seul État ;

- possibilité pour les utilisateurs de réaliser des achats transfrontaliers, éventuellement par l'intermédiaire d'un mandataire ;

- droit pour le concessionnaire non exclusif de voitures particulières et de véhicules utilitaires légers d'ouvrir à partir du 1er octobre 2005, dans le cadre d'un système de distribution quantitative, des points de vente secondaires dans tous les territoires de l'Union où s'applique ce système de distribution sans l'accord du concédant.

b) Règles tendant à la protection du concédant

Le concédant peut, pour protéger son image de marque :

• exiger du concessionnaire multimarques qu'il expose les véhicules dans des zones (et non plus des locaux) spécifiques à chaque marque ;

• obliger le concessionnaire à veiller à ce que soient honorées, tant par lui-même que par ses sous-traitants, les obligations de garanties, y compris le service gratuit et les rappels.

c) Règles tendant à la protection des concessionnaires

• les contrats doivent être à durée indéterminée ou conclus pour au moins 5 ans ;

• le préavis, en cas de non renouvellement d'un contrat à durée déterminée, doit être au minimum de 6 mois et, en cas de résiliation d'un contrat à durée indéterminée, de 2 ans (1 an en cas de restructuration du réseau ou de clause d'indemnisation contractuelle) ;

• la résiliation d'un contrat à durée indéterminée doit être motivée ;

• le concessionnaire peut céder ses droits et obligations à une entreprise librement choisie si elle est du même type et appartient au même réseau ;

• les parties doivent pouvoir faire appel à un expert ou un arbitre en cas de litige.

I 655 Dispositions spécifiques au service après-vente, à la réparation et à la fourniture de pièces de rechange

a) Le concessionnaire de vente de véhicules est en droit de ne pas assurer le service après-vente et de ne pas distribuer de pièces de rechange ; toutefois, s'il n'assume pas directement le service après-vente, il doit s'assurer que ce service sera fourni par un réparateur agréé.

b) Le réparateur agréé doit pouvoir :

• avoir accès à toutes les informations techniques du concédant ;

• se fournir en pièces de rechange d'origine directement auprès du fabricant ;

• utiliser des pièces acquises auprès de fournisseurs indépendants si elles offrent des garanties équivalentes à celles des pièces d'origine, sauf pour les travaux sous garantie, le service gratuit et les opérations de rappel ;

• choisir librement son lieu d'établissement.

c) Le réparateur indépendant doit pouvoir se procurer les pièces de rechange, y compris les pièces d'origine, auprès de tous les concessionnaires du réseau et avoir accès à toutes les informations techniques et de formation, y compris celles relatives aux outils et à l'équipement nécessaires pour les ateliers, ce dans des conditions similaires à celles des réparateurs agréés.

c) Le concédant ne peut limiter le nombre de réparateurs agréés dès lors que ceux-ci répondent aux critères qualitatifs définis.

I 660 FRANCHISE

I 661 Caractéristiques du contrat de franchise

On appelle "franchise" un contrat de "franchisage" (arrêté du 29 novembre 1973 sur la terminologie économique et financière) par lequel le Franchiseur consent à un commerçant indépendant, le Franchisé, le droit d'exploiter une marque et un savoir-faire qu'il lui transmet au moyen d'une formation et d'une assistance, contre rémunération, pour la revente de produits ou la prestation de services à des utilisateurs déterminés.

Le contrat de franchise présente des caractéristiques essentielles :

-le contrat repose sur un partenariat étroit et continu entre deux entreprises qui, bien que possédant un intérêt commun, conservent néanmoins leur autonomie.

-le franchiseur, qui a expérimenté avec succès une méthode de commercialisation, met à la disposition du franchisé :

- des signes distinctifs (nom commercial, marque, enseigne, identité visuelle), dont le franchiseur est titulaire,
- un savoir-faire : la transmission d'un savoir-faire est l'élément déterminant et distinctif du contrat de franchise par opposition aux contrats de licence de marque, d'assistance et de fourniture ou de concession exclusive.
- la fourniture de produits ou services offerts d'une manière originale et spécifique et exploités selon des techniques commerciales uniformes préalablement expérimentées, constamment mises au point et contrôlées par le franchiseur.
- une assistance technique et commerciale, comprenant le plus souvent une formation, notamment initiale.

-le franchiseur doit :

*contrôler le respect du concept par le franchisé grâce à un droit de regard et à la communication d'informations par le franchisé

*se fait rémunérer par un droit d'entrée versé lors de la conclusion, du renouvellement ou du transfert du contrat de franchise et justifié par l'avantage concurrentiel que représente l'entrée dans le réseau, et par des royalties qui rémunèrent les services fournis par le franchiseur après l'ouverture du point de vente et pendant toute la durée du contrat, éventuellement par des prélèvements dans le cadre de contrats d'approvisionnement exclusifs ou de centrale de règlement.

-le franchisé s'engage à une exclusivité ou quasi-exclusivité d'activité et/ou d'approvisionnement (la quasi-exclusivité d'approvisionnement couvre les cas où le franchisé peut proposer de référencer de nouveaux fournisseurs, ou le cas où celui-ci reste libre de son approvisionnement pour une part modérée de celui-ci) ;

Le contenu du contrat prime sur sa forme ou sa qualification ; au besoin le juge doit requalifier le contrat.

En droit communautaire, le franchisage bénéficie d'une exemption qui dispose qu'une clause incluse dans un contrat de franchise n'est pas contraire à la concurrence si elle s'avère indispensable à la protection du savoir-faire du franchiseur, à l'identité ou la réputation du réseau (Règlements (CE) n° 4087/88 et (CE) n° 2790/99). Ceci ne s'applique que si l'accord de franchise affecte le commerce entre États membres.

I 662 Contenu de l'accord de franchise - Information préliminaire réciproque

L'accord de franchise comporte deux phases :

- une phase d'information réciproque pour permettre aux parties de prendre leur décision définitive en connaissance de cause ;
- puis, lorsqu'elles sont d'accord sur le principe, la phase d'élaboration du contrat définitif.

a) Première phase - Information préliminaire réciproque

Cette période de réflexion a pour objet de :

- donner au franchisé un maximum d'informations sur ce que peut lui apporter le franchiseur
- permettre au franchiseur d'apprécier les compétences du candidat, ses moyens et sa capacité à s'intégrer au réseau ;
- définir les conditions pratiques de la collaboration envisagée : choix de l'implantation, produits à vendre, clientèle, etc.

Dès qu'il y a mise à disposition d'une marque et/ou de signes distinctifs exigeant une exclusivité ou d'une quasi-exclusivité – et pas seulement dans le cas de la franchise -, la loi Doubin (art. L 330-3) impose la remise d'un document d'information précontractuel (DIP), dont le contenu est défini par l'article R.330-1 du code de commerce. Le DIP doit être remis 20 jours avant la signature du contrat ou le versement préalable d'une somme (contrat de réservation).

L'information précontractuelle doit être délivrée, ou au moins actualisée, lors de chaque renouvellement du contrat. Cependant, la portée pratique de cette diligence doit être relativisée puisque seuls des changements notables dans l'économie de la relation entre les parties commandent la délivrance de nouvelles informations.

b) Deuxième phase - Contrat de franchise

Ce contrat comprend plusieurs conventions plus ou moins autonomes les unes des autres :

- une convention de services,
- une convention de licence,
- une convention de communication de savoir-faire,
- une convention d'assistance technique et commerciale,
- un contrat d'approvisionnement.

Les conflits liés à un contrat de franchise portent essentiellement sur l'information précontractuelle, les relations entre franchiseur et franchisé pendant la durée de la franchise et les conséquences du non renouvellement du contrat à son expiration.

I 663 Les litiges liés à l'information précontractuelle

Les contentieux les plus courants sont très souvent à l'initiative du franchisé, qui, en général en raison de son échec commercial, cherche à la fois à retrouver les fonds qu'il a investis et, accessoirement, à se libérer de l'engagement de caution qu'il a pu prendre.

Les reproches adressés au franchiseur portent sur la remise tardive du DIP et/ou sur l'absence totale ou partielle de l'information prévue ou la fourniture d'éléments non sincères.

a) Le non-respect des dispositions de l'article L 330-3 relatives à l'information pré-contractuelle peut entraîner, outre la résolution du contrat, un droit à indemnisation. Toutefois, un manquement mineur à l'information prévue n'entraîne pas automatiquement ces conséquences : il faut encore prouver le vice du consentement (dol ou erreur), le demandeur (franchisé) ayant la charge de la preuve (Cass.Com. 20 mars 2007 n°06-11290) :

- erreur si l'information n'est pas transmise, sans intention malveillante - l'erreur doit porter sur la substance du contrat ou la personne du franchiseur (contrats intuitu personae) ;
- dol si l'information est fausse ou dissimulée délibérément pour inciter son interlocuteur à contracter;
- le dol ou l'erreur n'entraînent la nullité du contrat que s'ils ont eu un effet déterminant dans la décision ;
- le dol peut en outre être sanctionné par l'allocation de dommages-intérêts.

A l'inverse, lorsque des informations manquent, le franchisé a le devoir de se renseigner. Le dol ou l'erreur n'existent alors que si le franchisé était dans l'impossibilité de trouver lui-même l'information manquante (par ex. en interrogeant les autres franchisés du réseau dont les coordonnées lui ont été fournies). Sinon son ignorance n'est pas légitime, cette légitimité s'appréciant « in concreto » (en fonction de la compétence du franchisé, du temps dont il disposait, etc.).

L'obligation de conseil du franchiseur à l'égard du franchisé n'est pas une obligation générale ; son obligation ne peut résulter que des stipulations du contrat (Cass.Civ.3 ; 17 mai 2005 n° 04-12176).

b) Cas particulier des litiges fondés sur une erreur du compte d'exploitation prévisionnel ou sur une erreur sur l'état du marché local :

Si le franchisé n'a pas réalisé le chiffre d'affaires escompté, il peut mettre en cause les études de faisabilité initiales en les déclarant peu sérieuses, voire trompeuses.

Toutefois, ces reproches ne seront pas fondés si le franchiseur a élaboré de bonne foi une présentation qui soit sérieuse, objective et raisonnable. Dans le même esprit, l'établissement d'un compte d'exploitation prévisionnel n'implique pas une obligation de résultat ou de garantie : le franchisé ne saurait être garanti de l'aléa commercial.

La loi Doubin ne fait aucune obligation au franchiseur de remettre au candidat franchisé une étude de marché ou des comptes d'exploitation prévisionnels, qui sont de la responsabilité du franchisé, commerçant indépendant devant évaluer ses risques d'entreprise : « l'étude du marché local incombe au franchisé et, s'il n'existe pas de preuves suffisantes sur le fait que le franchiser ait établi, avant la conclusion du contrat de franchise, un document prévisionnel basé sur une réalisation d'un chiffre d'affaires fantaisiste de nature à vicier le consentement du franchisé, sa responsabilité ne peut être engagée » (Cass. Com. 27 avril 2011 n° 10-15436)

Cependant, si le franchiseur communique des comptes prévisionnels, ceux-ci doivent présenter un caractère sérieux (Cass.Com. 31 janvier 2012 ; n° 11-10834). S'ils s'avèrent être « grossièrement erronés ou

manifestement irréalistes », le franchiseur encourt la nullité : « même en l'absence de pratiques dolosives, à partir du moment où un écart important et significatif est constaté entre le prévisionnel remis par le franchiseur et le chiffre d'affaires effectivement réalisé, le franchisé a commis une erreur sur la rentabilité de l'activité entreprise, erreur substantielle justifiant la nullité du contrat ».

I 664 Litiges liés à l'inexécution du contrat

Le contentieux peut naître à l'initiative soit du franchiseur soit du franchisé :

I 664-1 Inexécution par le franchiseur

Le contrat peut classiquement être résolu ou résilié à la demande du franchisé pour manquement du franchiseur à l'une de ses obligations, telles que :

-l'obligation de transmettre le savoir-faire : grave insuffisance de la formation initiale, savoir-faire transmis avec un retard excessif, documents contractuellement prévus non remis ; par absence d'actualisation de ce dernier ou inadaptation au marché local ;

-l'obligation d'assistance technique et commerciale : le franchiseur doit assister le franchisé dans la mise en œuvre du savoir-faire et faire évoluer ce savoir-faire (en fonction du contexte économique, des goûts, des progrès technologiques…) ;

-l'obligation de maintenir la notoriété du réseau ;

-l'obligation de mettre à disposition du franchisé des droits sur l'enseigne et la marque pendant toute la durée du contrat et de protéger la marque et l'enseigne contre les tiers : en cas d'utilisation frauduleuse (ce qui suppose l'enregistrement de la marque), de concurrence déloyale, de parasitisme, de violation d'une clause de non concurrence par un ancien franchisé, etc.;

-l'obligation d'approvisionnement (lorsqu'elle existe), que la violation soit totale ou partielle ;

-l'obligation de respecter l'exclusivité territoriale du franchisé, lorsque celle-ci est contractuellement prévue ; mais, ces clauses étant d'interprétation stricte, ne sont pas incompatibles avec des ventes du franchiseur par l'intermédiaire d'un site Internet (cf. I 664-2).

Cas particulier : le franchisé peut contester le caractère des contrôles et contraintes dont il est l'objet : un excès de contrôles et de directives peut engendrer un état de subordination de fait du franchisé, incompatible avec son statut de commerçant indépendant. Ceci peut justifier une requalification du contrat de franchise en mandat, en contrat de travail ou en société de fait. L'indépendance du franchisé se caractérise notamment par l'interdiction faite au franchiseur d'imposer des prix de vente pour ses produits ou services, la pratique des prix conseillés étant toutefois autorisée.

I 664-2 Inexécution par le franchisé

Le contrat pourra être résolu ou résilié à la demande du franchiseur pour inexécution par le franchisé de l'une de ses obligations, telles que :

- l'obligation de payer le droit d'entrée et les différentes redevances prévues au contrat (redevance d'assistance, redevance d'enseigne et de marque, redevance publicitaire);
- l'obligation de communiquer son chiffre d'affaires au franchiseur, de façon à permettre le contrôle du montant des redevances payées ; non-communication d'informations à la charge du franchisé quant à sa situation économique ou sur l'évolution du marché local;
- l'obligation de suivre les actions de formation organisées par le franchiseur;
- l'obligation de respecter le savoir-faire (respect des techniques d'achat, de vente ou de gestion préconisées; respect des normes d'aménagement intérieur ou extérieur des locaux ; respect des normes de présentation et de qualité des produits) et de se soumettre aux contrôles du franchiseur sur ce point;
- l'obligation de mettre en œuvre les mises à jour du savoir-faire définies par le franchiseur;
- l'obligation de préserver la confidentialité du savoir-faire;
- l'obligation d'utiliser la marque et/ou l'enseigne, selon les préconisations du franchiseur (en général, la marque du franchiseur ne doit pas figurer dans la raison sociale du franchisé);
- l'obligation de mener des opérations de communication au plan local, selon les normes définies par le franchiseur.
- les dispositions contractuelles relatives à la cession du point de vente.

En outre, il est fréquent que le contrat mette à la charge du franchisé telle ou telle des obligations suivantes :

- l'exclusivité d'approvisionnement, éventuellement pour un pourcentage donné de l'approvisionnement total (quasi-exclusivité) ;
- l'obligation de non-concurrence, pour éviter que le savoir-faire ne soit utilisé au profit de produits concurrents ;
- l'obligation d'atteindre un objectif de vente, obligation qui, selon la rédaction de la clause, pourra être de moyens ou de résultat.

Enfin, un désaccord peut naître concernant l'utilisation d'I*nternet:* la règlementation communautaire pose le principe de la liberté d'accès à Internet et dispose que les fournisseurs ne peuvent se réserver l'exclusivité des ventes et de la publicité par ce moyen et interdire au franchisé de vendre par internet, tout en précisant que, dans le cas où l'utilisation d'Internet pourrait contrarier le bon fonctionnement de la franchise, ni le franchiseur ni le franchisé ne pourront l'utiliser. Cette solution doit être étendue au droit interne. En tout état de cause, l'utilisation d'Internet par le franchisé ne manquera pas de poser de délicats problèmes en ce qui concerne les clauses d'exclusivité territoriale généralement prévues en matière de franchise. De son coté, le franchiseur peut, sans méconnaitre la clause d'exclusivité accordée à son franchisé, ouvrir sans condition un site internet pour vendre ses produits (Cass.Com. 10/9/2013 ; n°12-11701)

I 664-3 La réparation du préjudice issu de la résiliation

Comme pour tout contrat, le contrat de franchise sera résolu si l'inexécution intervient dès le début de la vie du contrat, il sera résilié dans le cas contraire. La résolution peut être assortie de dommages et intérêts.

Le droit à réparation nécessite, outre la démonstration d'une faute, celle d'un préjudice et d'un lien de cause à effet entre la faute et le préjudice. Il peut être contractuellement aménagé par des clauses de limitation de responsabilité (à condition qu'elles ne portent pas sur des obligations essentielles du contrat) ou par des clauses pénales.

La résiliation est du fait du franchiseur : la jurisprudence admet le plus souvent le remboursement des frais engagés pour lancer l'activité et non encore amortis. Elle admet également l'indemnisation du manque à gagner, lorsque celui-ci est établi. En revanche, elle n'admet que rarement la réparation des pertes d'exploitation et est partagée sur la réparation du préjudice moral.

La résiliation est du fait du franchisé : la réparation couvre en général les sommes que le franchiseur aurait dû percevoir jusqu'au terme du contrat : redevances et perte de chance de percevoir une marge bénéficiaire sur la vente de produits au franchisé. Dans certains cas, peut s'ajouter à cette réparation celle du trouble commercial résultant du départ anticipé et brutal du franchisé.

I 665 Litiges liés à la fin du contrat

I 665-1 Droit à indemnisation

Le corollaire de l'indépendance juridique des parties est l'absence de droit à indemnisation lors de la fin du contrat. Le non renouvellement du contrat de franchise venu à expiration est un droit pour le franchiseur : il n'est donc pas considéré comme un abus de droit si ont été observés les délais contractuels de préavis ou, en cas de contrat à durée indéterminée, ceux prévalant dans la profession compte tenu de l'ancienneté des relations ayant existé entre les parties.

« En l'absence d'usages professionnels, le caractère raisonnable du préavis doit s'apprécier en tenant compte de la durée, de la nature, de l'importance financière des relations commerciales antérieures et du temps nécessaire pour remédier à la désorganisation résultant de la rupture » (Cour d'appel de Paris 31 mars 2010)

Le juge doit évaluer, au bénéfice du débiteur de l'obligation, toute imprécision dans sa définition du territoire, sa portée et son objet. Il revient également au juge, le cas échéant, de réviser les clauses pénales qui auraient été prévues.

I 665-2 Propriété de la clientèle

Sauf preuve contraire, la clientèle - en pratique le fonds de commerce - est la propriété du franchisé. En effet, s'il existe dans la zone concédée une clientèle liée au renom de la marque, elle n'est que virtuelle tant que l'exploitation n'a pas commencé (Cass.Civ 3. 27 mars 2002). Le franchisé pourra donc en principe se prévaloir du statut des baux commerciaux dans ses relations avec son propriétaire.

Le franchisé pouvant se prévaloir d'une clientèle propre, en cas de rupture du fait du franchiseur, la clause de non concurrence le dépossède de cette clientèle et lui cause un préjudice qui doit être réparé (Cass. Com. 9 octobre 2007)

I 665-3 Clauses de non rétablissement ou de non-réaffiliation ou de non-concurrence

C'est au franchisé qu'il appartient de négocier en temps utile une indemnité de non renouvellement du contrat proportionnée aux inconvénients qu'il encourt du fait de cette clause.

« La validité d'une clause de non concurrence post contractuelle insérée dans un contrat de franchise n'est subordonnée qu'à la condition que cette clause soit limitée dans le temps et dans l'espace et qu'elle soit proportionnée aux intérêts légitimes du franchiseur au regard de l'objet du contrat ».(Cass.Com. 24 novembre 2009 ; n°08-17650)-(id. clause de non réaffiliation : Cass.Com. 31 janvier 2012 n° 11-11071).

Le non-respect d'une clause satisfaisant à ces trois critères est une condamnation à des dommages et intérêts au profit du franchiseur.

Titre J

OPÉRATIONS FINANCIÈRES

CHAPITRE 1

J 100 MOYENS DE PAIEMENT

Les moyens de paiement sont définis par l'article L 311-3 du code monétaire et financier comme les instruments permettant à toute personne de transférer des fonds.

Les moyens normaux de paiement, autres que les espèces, seront traités dans les sections suivantes :

J 110 - chèque,
J 120 - lettre de change,
J 130 - billet à ordre,
J 140 - lettre de change relevé et billet à ordre relevé (L.C.R. et B.O.R.),
J 150 - prélèvement et virement,
J 160 - carte de paiement et carte de crédit.

J 110 CHÈQUE

J 111 Généralités

Le chèque, qui est un écrit, met en présence trois personnes : le tireur qui donne à un établissement financier (le tiré) ordre de payer à présentation une certaine somme au bénéficiaire ou à celui que ce dernier désignera. Le tiré ne peut être, selon la loi, qu'un des établissements financiers qui sont habilités à tenir des fonds à disposition du tireur conformément à une convention expresse ou tacite d'après laquelle le tireur a le droit de disposer de ces fonds par chèque. En pratique, l'immense majorité des chèques est tirée sur des comptes de dépôt de fonds tenus par des banques (y compris la Banque postale) ou des caisses d'épargne. Pour simplifier, seul le mot « banque » sera utilisé ci-après, mais il désignera toutes les catégories d'établissements habilités.

La signature d'un chèque n'est un acte commercial que si ce chèque est destiné à régler une opération commerciale ; les litiges s'y rapportant sont donc, dans ce cas, de la compétence du tribunal de commerce, un non-commerçant pouvant toutefois assigner un commerçant devant la juridiction civile ou la juridiction commerciale (cf. C 250).

J 112 Différents types de chèques

Les établissements financiers habilités à payer des chèques fournissent aux tireurs, qui se sont fait ouvrir un compte dans leurs livres, des formules, pré barrées, de chèques imprimés où le mot « chèque » doit obligatoirement figurer dans l'ordre de payer. Le montant de la somme à payer par le tiré doit être indiqué par le tireur en chiffres et en lettres ; en cas de discordance entre les deux mentions, c'est la somme figurant en lettres qui sera payée. Si plusieurs montants en chiffres ou en lettres figurent sur le chèque, c'est le plus petit montant qui sera payé.

Les formulaires (chéquiers) sont, sauf demande expresse et contraire du titulaire, prébarrés, le barrement signifiant que le chèque ne pourra être payé par la banque du tireur qu'à la banque du bénéficiaire, celui-ci ne pouvant ni l'encaisser directement en espèces au guichet de la banque tirée (à moins d'être client de cette dernière), ni l'endosser au profit d'un tiers non-banquier.

Le chèque peut être émis à personne dénommée ou au porteur, c'est-à-dire payable à la personne qui le présente à la banque du tireur. En pratique, ce dernier cas est devenu très rare.

Dans certains cas, surtout quand il s'agit du paiement de sommes importantes, le créancier exigera du tireur qu'il lui remette *un chèque certifié*, la certification ayant pour effet de bloquer la provision au profit du bénéficiaire sous la responsabilité du tiré et ce jusqu'à expiration du délai légal de présentation (cf. J 114).

Toutefois, le chèque certifié a été progressivement remplacé par le « *chèque de banque* », chèque tiré par la banque sur elle-même à la demande de son client. Dans ce cas, la banque est responsable du blocage de la provision et est aussi directement engagée vis-à-vis du bénéficiaire en sa qualité de tireur en sorte que les recours

du bénéficiaire ne s'éteindront que par la prescription du chèque et l'extinction de tous les recours, tant contre le tireur que le tiré puisque, pour cette opération, la banque a les deux qualités (cf. J 117).

Au 1er janvier 2006, les services financiers de la Poste ont changé de statut et ont constitué la Banque postale, SA à directoire et conseil de surveillance. Les chèques postaux ont donc perdu leur statut particulier.

Les chèques de voyage (traveller's checks) permettent de disposer de monnaie locale dans un pays étranger sans avoir à changer des pièces et billets en euros. Ce sont des instruments monétaires au porteur. Ils sont émis par une banque et comportent deux emplacements où la signature du porteur doit être apposée ; la première l'est au moment de la remise des chèques au titulaire, la seconde au moment du paiement.

J 113 Conditions de validité du chèque

Pour qu'il y ait chèque, il faut que le chèque comporte un certain nombre de mentions énumérées dans l'article L 131-2 du code monétaire et financier. Les chéquiers étant pré-imprimés, seules les mentions que le tireur doit remplir lui-même (montant du chèque, bénéficiaire, date et lieu de sa création et signature) peuvent poser des difficultés.

La provision (c'est-à-dire la somme d'argent nécessaire pour le payer) doit exister non seulement au moment de l'émission du chèque mais également lors de sa présentation, sous peine qu'il soit déclaré irrégulier. Faute de régularisation, le tireur s'expose à une interdiction bancaire pouvant aller jusqu'à 5 ans. C'est au tireur qu'il incombe d'apporter la preuve de l'existence de la provision, à moins que le chèque ne soit certifié.

J 114 Paiement et transmission du chèque

Le chèque est payable à vue, même présenté avant la date de création indiquée.

Le chèque payable en France métropolitaine doit être présenté au paiement dans les 8 jours de son émission s'il est émis en France métropolitaine, dans les 20 jours s'il est émis en Europe ou dans un pays riverain de la Méditerranée, et dans les 70 jours s'il l'a été hors d'Europe (L 131-32 CMF). Cependant, le chèque présenté après le délai légal devra être payé par le tiré s'il y a provision ; si celle-ci n'existe plus, le bénéficiaire peut en demander le paiement au tireur.

Le délai de présentation au paiement signifie que tout chèque remis à l'encaissement, quelque soit sa date d'émission pour autant qu'il ne soit pas prescrit, doit être présenté au paiement à la banque du tiré dans ce délai ; à défaut le chèque est réputé payé par la banque du tiré et le crédit porté au compte du bénéficiaire le jour de la remise à l'encaissement de façon irréversible.

La remise à l'encaissement d'un chèque est sujette à une prescription (cf. J 117 infra).

La banque tirée n'est tenue de payer un chèque que s'il y a une somme suffisante sur le compte du tireur et avant de payer, elle doit procéder à certaines vérifications dont celle de la signature apposée sur le chèque ; de ce fait, le banquier qui a payé un chèque revêtu d'une fausse signature ou visiblement falsifié engage sa responsabilité vis-à-vis du tireur. La nécessité de vérifier chaque jour un nombre important de chèques ne peut exonérer la banque de son obligation : il lui appartient de peser le risque qu'elle prend en ne vérifiant pas la totalité des chèques remis.

En vertu de l'article 1965 du code civil, une banque peut refuser de payer un chèque à l'ordre d'un établissement de jeu si ce dernier est la résultante d'une opération de crédit visant à alimenter le jeu.

En cas de refus de paiement du banquier pour quelque cause que ce soit, le porteur peut faire dresser un protêt (cf. J 121), ou obtenir un certificat de non-paiement (article L.131-73 CMF) lui permettant d'obtenir d'un huissier un titre exécutoire ayant valeur de jugement, tandis que le banquier est tenu d'informer la Banque de France de son refus de payer en le motivant si le tireur n'a pas régularisé sa situation (cf. J 115).

Le paiement partiel d'un chèque est licite et décharge d'autant le tireur : le protêt, ou certificat de non-paiement, ne sera alors dressé que pour le surplus. Le tiré n'est tenu de procéder au paiement partiel que si le bénéficiaire le demande expressément.

La remise d'un chèque en règlement d'une somme due emporte transfert de provision au bénéficiaire mais ne vaut pas paiement ; le débiteur n'est valablement libéré que lorsque le montant du chèque est porté au crédit du compte du créancier.

Le chèque est transmissible par endossement. Toutefois, la loi française limite cette possibilité aux banques, caisses d'épargne ou établissements assimilés, tout en autorisant la remise de formules de chèques endossables sans restriction moyennant le paiement d'un droit de timbre.

J 115 Chèque sans provision

La prolifération des chèques sans provision a conduit le législateur à édicter différentes mesures tant à l'égard des tireurs de chèques imprudents ou malhonnêtes qu'en faveur des porteurs de chèques de bonne foi (certification, présentation de papiers d'identité). Lorsque le banquier, après avoir informé le titulaire de compte (art. 131-73 CMF), a refusé le paiement d'un chèque pour défaut de provision, il doit notifier au titulaire du compte une interdiction d'émettre des chèques pendant 5 ans et lui enjoindre de restituer tous les chéquiers à son nom, quelles que soient les banques les ayant délivrés.

La sanction du manquement du banquier à l'obligation d'information préalable de l'article 131-73 du CMF ne peut consister qu'en l'octroi de dommages-intérêts destinés à réparer le préjudice effectivement subi par son client ; le titulaire du compte ne saurait obtenir la condamnation de la banque à honorer les chèques rejetés pour défaut de provision et à demander l'annulation de la déclaration d'incident de paiement régularisée auprès de la Banque de France (Cass.Com, 17-02-2015, n°13-28.495).

Toutefois, l'émetteur d'un chèque sans provision peut recouvrer la faculté d'émettre des chèques à condition de régulariser sa situation sur l'ensemble de ses comptes dans les 30 jours qui suivent l'injonction qui lui en a été faite, ce qui suppose qu'il a réglé intégralement le montant du ou des chèques impayés ou constitué une provision suffisante et disponible destinée à leur règlement et qu'il a payé, le cas échéant, la pénalité libératoire infligée aux récidivistes (art. L. 131-73 CMF).

Le non-respect de l'interdiction constitue un délit pénal qui n'est pas de la compétence du tribunal de commerce. Un certificat de non-paiement est délivré au porteur sur sa demande et permet d'obtenir d'un huissier un titre exécutoire ayant valeur de jugement.

Le banquier a l'obligation de dénoncer les incidents de paiement à la Banque de France qui est chargée de centraliser et de diffuser les interdictions prononcées pour permettre à tout bénéficiaire de chèques de consulter le fichier national des chèques irréguliers (F.N.C.I.). Les bénéficiaires de chèque (essentiellement les commerçants) peuvent avoir accès à l'ensemble du fichier. Ils doivent pour cela être abonnés au service Vérifiance-FNCI géré par la Banque de France.

Cependant, le banquier de l'émetteur de chèques sans provision a l'obligation de payer tous les chèques émis d'un montant égal ou inférieur à 15 € dont la date de validité est, par exception à l'article L131-59 Code monétaire et Financier, fixée à 1 mois. Les commerçants n'ont pas le droit de proposer au client de fractionner un paiement en émettant plusieurs chèques d'un montant inférieur à 15 euros si la somme à payer dépasse 15 euros. Cette pratique est considérée comme frauduleuse, car la banque étant obligée de payer les chèques d'un montant inférieur à 15 euros, même en l'absence de provision, le paiement est garanti. Un fractionnement du paiement de la sorte constitue une contravention de 5ème classe, sanctionnée par une amende de 1 500 euros.

Si le banquier n'a pas respecté l'interdiction de délivrer des formules de chèques à un client interdit, il engage sa responsabilité vis-à-vis des bénéficiaires. En cas de poursuites pénales, les bénéficiaires peuvent demander à la banque le remboursement des chèques impayés sans nécessairement se constituer partie civile.

J 116 Opposition au paiement d'un chèque

Du fait de la transmission de la provision, les créanciers du tireur ne peuvent pas faire opposition entre les mains du tiré. De son côté, le tireur ne peut pas faire opposition au paiement du chèque qu'il a émis sauf dans trois cas :

-si le chèque a été perdu ou volé ;

-si le porteur est dans les liens d'une procédure collective ;

-si le chèque présenté a été utilisé frauduleusement.

Selon l'article L. 131-35 du code monétaire et financier, le tireur doit immédiatement confirmer son opposition par écrit, quel que soit le support de cet écrit.

En cas d'opposition irrégulière, le porteur peut en obtenir la mainlevée en référé.

En présence d'un cas légal d'opposition, le tiré n'a aucun pouvoir d'appréciation et est tenu d'admettre l'opposition sans en rechercher la réalité.

Tout banquier doit informer par écrit les titulaires de compte des sanctions encourues en cas d'opposition fondée sur une autre cause que celles prévues au présent article. Si, malgré cette défense, le tireur fait une opposition pour d'autres causes, le juge des référés, même dans le cas où une instance au principal est engagée, doit, sur la demande du porteur, ordonner la mainlevée de l'opposition.

La banque tirée d'un chèque frappé d'opposition est tenue d'en immobiliser la provision jusqu'à la décision judiciaire sur la validité de l'opposition, si elle a été mise en cause dans l'instance en référé engagée à

cette fin, ou, sinon, pendant une année suivant l'expiration du délai de présentation du chèque (Cass. Com., 27/11/2012, n° 11-19.864, F-P+B)

J 117 Délai de validité d'un chèque

Le délai de validité d'un chèque varie selon son lieu d'émission (article L131-2 et L131-59 al.2 CMF.) :

-pour un chèque émis et payable en France métropolitaine, le délai est de 1 an et 8 jours après son émission.(prochainement ramené à 6 mois)

-le délai est de 1 an et 20 jours pour un chèque émis dans autre pays européen et payable en France métropolitaine (les chèques émis dans les pays riverains de la Méditerranée sont considérés comme émis en Europe)

-un chèque émis dans un pays non européen et payable en France métropolitaine peut être encaissé jusqu'à 1 an et 70 jours après son émission.

Le point de départ de tous ces délais est le jour porté sur le chèque comme date d'émission.

Toutefois, en cas de déchéance ou de prescription, il subsiste une action contre le tireur qui n'a pas fait provision ou les autres obligés qui se seraient enrichis injustement (L.131-59 CMF).

J 120 LETTRE DE CHANGE

J 121 Généralités

La lettre de change est un effet de commerce, régi par les articles L511-1 à L511-81 du code de commerce dont le texte reproduit, à quelques exceptions près, la « loi uniforme sur les lettres de change et les billets à ordre » (décret-loi du 30 octobre 1935), annexée à la convention internationale de Genève du 7 juin 1930. Les procédures et motivations indiquées ci-après sont donc également valables en droit international. L'ensemble des dispositions relatives aux lettres de change constitue le droit cambiaire.

La lettre de change est à la fois un instrument de paiement et un instrument de crédit. Néanmoins aujourd'hui, c'est d'abord et avant tout un instrument de crédit.

La lettre de change, qui est obligatoirement un écrit, met en présence trois personnes : le tireur qui donne ordre à l'un de ses débiteurs (le tiré) de payer à une date déterminée une certaine somme au bénéficiaire ou à celui que ce dernier désignera.

La provision est la créance que le tireur a sur le tiré à raison d'un « rapport fondamental » qui est la cause de l'effet de commerce. C'est parce que le tireur est créancier du tiré qu'il l'invite à payer le porteur.

Par opposition au chèque où la provision est exigée à l'émission du chèque, la provision d'une lettre de changes est exigée à l'échéance (art. L511-7 al.2).

Le banquier domiciliataire, c'est-à-dire celui défini par le tiré, n'est tenu d'effectuer le paiement que s'il y a une somme suffisante sur le compte du tiré et ordre de payer de ce dernier.

L'acceptation par le tiré présente un avantage pour le porteur de la lettre de change, car elle fait présumer la provision et en établit la preuve à l'égard des endosseurs, et notamment du porteur de bonne foi (art. L 511-7 et L 511-12).

Il faut donc distinguer les lettres de change acceptées par le tiré de celles qui ne le sont pas ; mais, qu'il y ait ou non acceptation, le tireur seul est tenu de prouver, en cas de dénégation, que le tiré était son débiteur à l'échéance, sinon il est tenu d'en garantir le paiement (art. L 511-7 al. 6).

Par l'acceptation, le tiré s'oblige à payer la lettre de change à l'échéance. A défaut de paiement, le porteur, même s'il est le tireur, a contre l'accepteur *une action directe dite « cambiaire »* résultant de la lettre de change (art. L 511-19) distincte de celle résultant du rapport fondamental.

Pour exercer cette action, le porteur doit faire constater le non-paiement par un acte d'huissier dénommé protêt, sauf s'il en est dispensé par la mention « sans frais » portée sur l'effet.

Le tribunal de commerce connaît de tous les litiges relevant d'une lettre de change, car celle-ci est commerciale par nature, quelle que soit la qualité des signataires.

J 122 Conditions de validité d'une lettre de change

Une lettre de change doit contenir (art. L 511-1) :

-la dénomination « lettre de change » insérée dans le texte du titre et exprimée dans la langue employée pour la rédaction de ce titre,

-le mandat pur et simple de payer une somme déterminée.

-le nom de celui qui doit payer (tiré),

-l'échéance,

-le lieu où le paiement doit s'effectuer (domiciliation),

-le nom de celui auquel ou à l'ordre duquel le paiement doit être fait (bénéficiaire),

-la date et le lieu de création,

-la signature de celui qui l'émet (tireur) apposée, soit à la main, soit par tout autre procédé non manuscrit.

Sauf pour les dates d'échéance ou les lieux de création et de paiement pour lesquels le code édicte des présomptions, le titre ne vaut pas comme lettre de change s'il manque une de ces mentions, mais peut néanmoins être considéré comme une reconnaissance de dette permettant de justifier, suivant les règles du droit commun, du rapport fondamental constituant la cause de l'effet.

VICE DE FORME D'UNE LETTRE DE CHANGE

Gédéon requiert condamnation de Gérard à lui payer une somme de 1.000 €, montant d'un titre que Gédéon, porteur, prétend être une lettre de change.

Sur ce, le Tribunal,

Attendu que le titre produit aux débats ne contient pas l'indication du nom du tiré ; qu'ainsi ce titre est nul comme lettre de change en vertu des dispositions de l'article L 511-1 du code de commerce ;

Attendu que, suivant les règles du droit commun. Gédéon ne fait pas la preuve d'une dette que pourrait avoir Gérard envers lui ; que par suite il y a lieu de le débouter de sa demande ;

P. C. M.

Le tribunal

Déboute Gédéon de sa demande,

Le condamne aux dépens de l'instance.

J 123 Paiement du tiré au tireur

Si le tiré conteste devoir la lettre de change et que celle-ci n'est pas acceptée, le tireur devra faire la preuve que la provision existe à l'échéance (c'est-à-dire la preuve de la créance qu'il détient sur le tiré), tandis que si elle est acceptée, l'acceptation supposant la provision, c'est au tiré de prouver qu'il s'est acquitté de la somme dont il avait reconnu, par cette acceptation, être débiteur.

LETTRE DE CHANGE NON ACCEPTÉE
Accueil

Gérald demande à Gildas le paiement avec intérêts au taux légal d'une somme de 750 €, montant d'une lettre de change en date du 1er février 2012 à échéance du 30 avril 2012, non acceptée et protestée, créée «valeur en marchandises »

Gildas soutient que la somme réclamée n'est pas due et que, par suite, la demande est mal fondée.

Sur ce, le Tribunal,

Attendu que, s'agissant d'une lettre de change non acceptée. Gérald a la charge de la preuve ;

Attendu qu'il justifie avoir livré, le 15 janvier 2012, 100 sacs de pommes de terre à Gildas qui en a donné décharge et qui a reçu la facture sans protestations ni réserves sur la livraison ou sur le prix ;

Qu'ainsi Gérald a justifié de l'existence d'une provision à l'échéance et qu'il y a lieu d'accueillir sa demande ;

P.C.M.

Le tribunal

Condamne Gildas à payer à Gérald la somme de 750 € avec intérêts au taux légal à compter du 30 avril 2012, date de l'échéance de l'effet, contre remise de l'effet,

Le condamne aux dépens.

LETTRE DE CHANGE ACCEPTÉE
Accueil

Guy demande le paiement par Gontran de la somme de 1.000 €, montant d'une lettre de change à échéance du 30 avril 2012 acceptée par le défendeur et restée impayée à son échéance.

Sur ce, le Tribunal,

Attendu que, selon l'article L 511-1 du code de commerce, le tiré s'oblige, par l'acceptation, à payer la lettre de change à l'échéance ;

Attendu que le défendeur, dûment représenté, ne met en œuvre aucun moyen susceptible de renverser la présomption de dette qui lui est opposable ;

Attendu, en effet, que l'acception suppose la provision; que foi étant due au titre et faute par Gontran de justifier de sa libération, il convient de l'obliger au paiement ;

P. C. M.

Le tribunal

Condamne Gontran à payer à Guy la somme de 1.000 € avec intérêts au taux légal à compter du 30 avril 2012 contre remise de l'effet,

Condamne Gontran aux dépens.

Remarque : Toute décision condamnant au paiement d'une lettre de change doit ordonner en contrepartie la remise de l'effet.

LETTRE DE CHANGE ACCEPTÉE
Rejet

Par acte d'huissier du 26 mai 2012, Gobain demande à Gerbert paiement d'une lettre de change de 10.000 € à échéance du 30 avril 2012 tirée par lui, acceptée par Gerbert, impayée à son échéance et protestée.

Par déclaration à la barre. Gerbert soutient que la demande est mal fondée.

Gobain expose à l'appui de sa demande que l'acceptation suppose la provision et que Gerbert ne détruit pas la présomption de dette résultant de son acceptation

Sur ce, le Tribunal,

Attendu que la présomption invoquée, découlant de l'article L 511-19 du code de commerce, souffre la preuve contraire et qu'en l'espèce Gerbert présente une lettre de Gobain du 15 mars 2012 par laquelle celui-ci accepte la résolution de la vente qui avait été la cause de la lettre de change et la reprise de la marchandise ;

Qu'ainsi, il apparaît qu'il n'y avait pas provision à l'échéance et que la demande de Gobain est mal fondée ;

P. C. M.

Le tribunal

Déboute Gobain de sa demande,

Le condamne aux dépens.

Naturellement, la solution est la même en cas de fausse acceptation, qu'il appartiendra au tiré d'établir par tout moyen (dépôt de plainte, expertise, etc.).

J 124 Paiement au tiers porteur - Inopposabilité des exceptions

Lorsque la lettre de change n'est pas acceptée, le tiers porteur est dans la même situation que le tireur lui-même ; il y a donc lieu de se reporter, le cas échéant, au premier exemple du paragraphe précédent.

En revanche, lorsque l'effet est accepté et a été créé ou endossé au profit d'un tiers, la présomption de provision qui est attachée à l'acceptation est à son égard irréfragable, c'est-à-dire qu'elle ne peut être détruite par la preuve contraire. Il est néanmoins possible par une clause expresse d'exclure la transmissibilité de la lettre de change par endossement (Cass.Com. ;9 avril 2013 ; n°12-14.133)

Ce principe de l'inopposabilité des exceptions est consacré et son domaine d'application fixé par le code de commerce qui dispose que : « les personnes actionnées en vertu de la lettre de change ne peuvent opposer au porteur les exceptions fondées sur leurs rapports personnels avec le tireur ou avec les porteurs antérieurs, à moins que le porteur, en acquérant la lettre, n'ait agi sciemment au détriment du débiteur » (art. L 511-12).

L'inopposabilité des exceptions au tiers porteur de bonne foi d'une lettre de change acceptée trouve le plus souvent son application dans le cas de l'escompte. Les questions qu'elle soulève seront traitées avec l'escompte (cf. J 431).

J 125 Aval d'une lettre de change

Le paiement d'une lettre de change peut être garanti en tout ou partie par un aval (art. L511-21 al.6).

L'aval est donné soit sur la lettre de change elle-même, soit par acte séparé (la possibilité d'un acte séparé n'existe pas dans tous les pays).

Le donneur d'aval (ou avaliste), qui est un coobligé (cf. G 410), est poursuivi de la même manière que celui dont il s'est porté garant ; c'est pourquoi, très souvent, l'avaliste est poursuivi solidairement avec le tiré, le tireur ou d'éventuels endosseurs.

Une difficulté fréquente provient de ce que l'aval doit indiquer pour qui il est donné et qu'à défaut de cette indication, *il est réputé donné pour le tireur* (art. L 511-21). La Cour de cassation applique très strictement cette règle.

J 126 Prescription

Toute action résultant de la lettre de change contre l'accepteur se prescrit par 3 ans à compter de la date de l'échéance. Les actions du porteur contre les endosseurs et contre le tireur se prescrivent par 1 an à compter du protêt, ou de l'échéance, en cas de clause de retour sans frais (art. L 511-78).

Cette prescription est fondée sur une présomption de paiement qui ne peut être combattue que par la preuve contraire résultant d'un aveu.

LETTRE DE CHANGE - PRESCRIPTION

Par acte du 15 mars 2012, Henri, cessionnaire d'une créance d'Hector sur Hervé, a été subrogé au cédant dans tous les droits ou actions attachés à cette créance matérialisée par une lettre de change tirée par Hector sur Hervé, acceptée par ce dernier et demeurée, aux dires d'Hector, impayée à son échéance du 15 octobre 2012.

Hervé oppose à la demande d'Henri le moyen tiré de la prescription.

Sur ce, le Tribunal,

Attendu qu'il est établi que la signification avec sommation de payer a été délivrée à Hervé plus de trois ans après l'échéance de la lettre de change susvisée ;

Attendu que, selon l'article L 511-78 du code de commerce, les actions contre l'accepteur se prescrivent par trois ans après l'échéance ; que la demande d'Henri est en conséquence irrecevable.

P. C. M.

Le Tribunal

Déboute Henri de sa demande et le condamne aux dépens.

En cas de redressement judiciaire, la déclaration de créances équivaut à une demande en justice et interrompt la prescription tant à l'égard du débiteur principal que du donneur d'aval (CA Paris 5,6 ; 28 mars 2013 n°11/07198).

J 130 BILLET A ORDRE

Le billet à ordre est, comme la lettre de change, un effet de commerce régi par les articles L 512-1 à L 512-7 du code de commerce. Ce titre met en présence deux personnes : le souscripteur qui s'engage à payer une certaine somme à une certaine échéance et le bénéficiaire de ce paiement ou celui que ce dernier désignera. Il constitue, comme la lettre de change, essentiellement un instrument de crédit même s'il a également une fonction de paiement.

Le billet à ordre est un titre commercial ou civil suivant que sa cause est commerciale ou civile.

Lorsque le billet à ordre ne porte que des signatures de non-commerçants, le tribunal de commerce est incompétent pour en connaître, sauf si la cause du billet est une opération de commerce (cf. C 221b).

Si le billet à ordre porte à la fois des signatures de commerçants et de non-commerçants, le tribunal de commerce est compétent à l'égard de tous (art. 721-4).

La plupart des dispositions relatives à la lettre de change sont applicables au billet à ordre, tant qu'elles ne sont pas incompatibles avec la nature de ce titre (art. L 512-3).

Le souscripteur d'un billet à ordre est tenu de la même façon que l'accepteur d'une lettre de change et l'avaliste garantit, faute d'indication contraire, les engagements du souscripteur.

J 140 LETTRE DE CHANGE-RELEVÉ ET BILLET A ORDRE-RELEVÉ

J 141 Lettre de change relevé (L.C.R.)

La L.C.R., mise en application en 1973, est une technique de recouvrement et non un titre de paiement distinct de la lettre de change. Elle permet en effet :

-soit d'assurer par des techniques informatiques le recouvrement des lettres de change sans circulation matérielle interbancaire de celles-ci : c'est la L.C.R. papier ;

-soit de supprimer totalement le support papier : c'est la L.C.R. magnétique surtout utilisée pour la mobilisation de créances professionnelles transmises par procédé informatique conformément aux dispositions de l'article L 313-23 du code monétaire et financier (Loi Dailly).

L.C.R. papier

Véritable lettre de change, acceptée ou non, la L.C.R. papier doit obligatoirement être établie sur une formule normalisée, comporter les mentions prescrites par l'article L 511-1 du code de commerce ainsi que la clause « sans frais », la domiciliation du tiré et son relevé d'identité bancaire « R.I.B. ».

Le banquier du remettant conserve la L.C.R. et en saisit informatiquement les données pour traitement. Le banquier du tiré paye sur accord de son client donné au vu d'un « relevé » établi pour l'échéance.

L.C.R. magnétique

Avec la disparition du support papier, il n'y a plus création d'une véritable lettre de change ; les informations nécessaires qui auraient dû figurer sur celle-ci sont transmises par télétransmission par le tireur au banquier du tiré sur un relevé informatique de L.C.R.

Nature des L.C.R.

La L.C.R. papier est un effet de commerce ; ce n'est pas le cas de la L.C.R. informatique, qui repose sur des mécanismes très proches de ceux de l'avis de prélèvement et ne relève d'aucune des règles du code de commerce. Il en résulte qu'une demande en paiement de L.C.R. ne relève du droit cambiaire que si elle est présentée par le porteur régulier d'une L.C.R. papier ; à défaut de production d'une L.C.R. papier produite en original, les règles du droit cambiaire ne sont pas applicables ;

La preuve du paiement ne résulte plus de la remise matérielle du titre mais des écritures de débit du compte bancaire du tiré.

J 142 Billet à ordre relevé (B.O.R.)

Le système de la L.C.R. informatique n'est pas transposable au billet à ordre puisque celui-ci suppose une émission par le souscripteur qui remet le titre au bénéficiaire. Le billet à ordre-relevé a donc toujours un support papier et constitue un titre civil ou commercial. Tous les mécanismes et solutions retenus pour la L.C.R. papier lui sont applicables.

J 150 PRÉLÈVEMENT ET VIREMENT

J 151 Prélèvement automatique

Le prélèvement automatique sur un compte bancaire est un moyen de paiement qui s'est rapidement développé. Le titulaire d'un compte bancaire autorise sa banque à prélever sur son compte les sommes dues à telle ou telle personne. Le titulaire mandate ainsi son banquier pour régler directement les sommes qu'il doit à ces personnes, lesquelles continuent à lui adresser les factures afin qu'il puisse contrôler et, éventuellement, contester la facturation opérée.

Le titulaire conserve un recours contre son créancier et/ou son mandataire en ayant notamment la faculté, à réception de l'avis de prélèvement, de donner ordre à sa banque de le refuser s'il est en désaccord avec son créancier.

J 152 Virement

Le virement bancaire est l'opération par laquelle le titulaire d'un compte bancaire donne un ordre écrit (éventuellement oral ou avec confirmation écrite) à sa banque de transférer une somme d'argent de son compte à un compte désigné par lui-même.

Les virements bancaires sont plutôt utilisés pour des opérations non répétitives alors que les prélèvements sont uniquement utilisés pour des règlements répétitifs mais pas forcément de même montant. Dans les deux cas, les règles du mandat (art. 1984 et s. C.civ.) sont applicables (cf. H 510). En particulier, le banquier qui exécute l'ordre n'est pas libéré envers son client si l'ordre était, dès l'origine, revêtu d'une fausse signature, même sans faute de sa part.

J 160 CARTES DE PAIEMENT ET DE CRÉDIT

J 161 Cartes bancaires, cartes accréditives et cartes privatives

Les cartes sont diverses et peuvent donner lieu à plusieurs classifications. On distingue ainsi les cartes bancaires des cartes accréditives et des cartes privatives.

a) *Les cartes bancaires*. Elles sont émises par les banques sous l'égide d'un organisme émetteur. Outre le paiement d'achats de biens et de services auprès d'adhérents à ce système de paiement, elles permettent de prélever, jusqu'à un montant défini, des espèces dans des distributeurs automatiques de billets et d'effectuer certaines opérations bancaires dans des guichets automatiques spécialisés. De plus, certaines cartes permettent de régler des achats à l'étranger et de se procurer sur place des devises.

b) *Les cartes accréditives*. Elles sont émises par des organismes qui ne sont pas constitués par un groupement de banques, par exemple des établissements de crédit à la consommation, et servent à régler des achats de biens et de services chez des commerçants agréés par ces établissements ; le titulaire de la carte signe, au profit de l'émetteur, une autorisation de prélèvement sur son compte bancaire. Les cartes accréditives peuvent être des cartes bancaires ou non bancaires émises par des réseaux généralement internationaux. Certaines cartes accréditives ont des facultés de retrait ou d'autres sont présentées en garantie du paiement d'un chèque. On parle alors de cartes de garanties de chèque.

c) *Les cartes privatives*. Ces cartes sont délivrées par l'émetteur, souvent un grand magasin ou une enseigne, pour régler des achats faits exclusivement chez lui ; de plus, elles permettent de bénéficier de facilité de paiement auprès d'un établissement de crédit ayant contractualisé avec l'émetteur.

J 162 Retrait, paiement et crédit

Les cartes peuvent être également répertoriées selon leur fonction : retrait, paiement et crédit. Elles sont un instrument de retrait lorsqu'elles permettent de retirer des fonds, notamment auprès d'un distributeur automatique de billet. Elles sont un instrument de paiement lorsqu'elle autorise le client à payer un créancier, par exemple un commerçant. Elles sont un instrument de crédit lorsque le paiement effectué n'est pas immédiat et différé à une date convenue entre les parties. Les cartes privatives dont l'émetteur accorde à son client la faculté de lui rembourser le montant de ses achats de façon échelonnée dans le temps et dans la limite d'un découvert convenu sont des instruments de crédit. Dans la majorité des cas, les cartes privatives sont délivrées par des grandes enseignes avec le concours d'organismes financiers auxquels le titulaire de la carte règle ses achats avec l'échelonnement convenu.

En outre, certaines banques s'engagent à ouvrir un crédit au titulaire de la carte de paiement qu'elles délivrent.

J 163 Rapports juridiques relatifs aux cartes bancaires

Deux types de contrats interviennent :

J 163-1 Contrat avec l'adhérent

Si l'adhérent est une personne morale, le contrat est établi au nom de la personne morale mais figure sur la carte le nom du porteur physique de la carte. Selon le contrat, il y a responsabilité solidaire ou non entre la personne morale et le porteur physique. Le contrat est écrit et conclu pour une durée déterminée correspondant à la validité de la carte.

La banque s'engage à fournir un service de caisse au titulaire avec garantie de paiement limitée des fournisseurs ; l'ordre de paiement donné (signature d'une facturette ou signature électronique par composition

d'un code secret) est irrévocable et l'opposition au paiement n'est permise qu'en cas de perte, de vol, d'utilisation frauduleuse ou de procédure collective du bénéficiaire. Au-delà du montant garanti, la banque est, en tant que mandataire, chargée du paiement pour le compte du porteur, mais dans la limite de la provision.

J 163-2 Contrat avec des fournisseurs agréés

Les rapports avec les fournisseurs font également l'objet d'un contrat selon lequel le fournisseur s'engage à honorer la carte, à consentir au porteur le même prix qu'à ses autres clients, à effectuer certaines vérifications lors de sa présentation et à supporter les commissions prévues. L'engagement de garantie de la banque, qui comporte un plafond, est personnel et irrévocable ; il doit jouer même en l'absence de provision au compte de l'adhérent; au-delà de la somme garantie, la banque peut débiter le commerçant dans un certain délai fixé.

Le banquier du fournisseur bénéfice des clauses du contrat, le banquier émetteur stipulant tant pour lui que pour les autres banques adhérentes.

J 164 Litiges relatifs aux cartes bancaires

Vols et pertes sont fréquents. Depuis l'apparition de prestataires de paiement, établissements non bancaires autorisés à émettre des moyens de paiement, la responsabilité du titulaire de la carte est rarement mise en cause, sauf faute lourde souvent difficile à établir. Le code monétaire et financier (art L133-16 à L133-24) régit les obligations des parties en matière d'instrument de paiement. Depuis le développement des paiements par carte à distance (sur l'Internet), on distingue deux types de paiements :

Les paiements sans système d'identification fort avec par exemple la fourniture d'un code de sécurité en général au verso de la carte, qui permet au commerçant de s'assurer que le porteur a entre les mains sa carte et non pas uniquement son numéro. En cas de litige, le porteur de la carte ne s'étant pas identifié de façon suffisamment probante, c'est le commerçant qui supportera les conséquences de la fraude. A noter qu'il appartient au commerçant de prouver que le porteur a effectué l'achat. Les commerçants considèrent que les frais engendrés par une sécurisation plus importante du site leur feraient perdre plus de chiffre d'affaires que la démarque engendrée par ces fraudes.

Les paiements avec un système d'identification fort (3D secure par exemple) pour lesquels le porteur doit s'identifier de manière forte sur un support différent du site (par exemple téléphone portable) ; dans ce cas, la transaction est considérée comme irrévocable et, en cas de fraude, c'est la banque du porteur qui en supporte les conséquences et non pas le commerçant, qui est alors supposé avoir accompli des diligences d'authentification du porteur suffisantes.

L'usage abusif de la carte n'est punissable pénalement que si le commerçant n'a pas été payé de la partie de sa facture excédant la garantie ; de la même manière, les manipulations informatiques et l'usage de cartes falsifiées ou contrefaites peuvent faire l'objet de poursuites correctionnelles.

Dans les autres cas, la banque doit poursuivre contre son client le recouvrement des sommes qu'elle a décaissées, quitte à résilier la convention.

J 165 Les monnaies virtuelles

Les monnaies virtuelles sont issues de la résolution informatique du problème (dit des « généraux Byzantins ») qui consiste à s'assurer qu'un ensemble de composants informatiques fonctionnant de concert entre eux sache gérer des défaillances ou malveillances, en l'espèce rejeter du système les transactions malveillantes libellées dans cette monnaie. Ce système informatique est connu sous le nom de chaîne de bloc ou blockchain en anglais.

Le protocole utilise un système cryptographique fondé sur un système décentralisé de preuves auquel participent le plus grand nombre possible d'acteurs vérificateurs du système, appelé « les mineurs ». Les mineurs se font concurrence et sont toujours enclins à dépenser plus de puissance informatique pour être reconnus comme étant le garant des transactions qu'ils vérifient car, pour cela, ils sont récompensés en fractions de la monnaie virtuelle. L'application plus connue de cette technologie est celle des bitcoins. Dans ce cas, la chaine de bloc est une base de données contenant l'ensemble des transactions effectuées dans la crypto-monnaie que des mineurs passent leur temps à vérifier. Si la vérification des contreparties et des soldes lors d'une transaction est instantanée, l'irrévocabilité de la transaction en bitcoin, quant à elle, peut prendre plus de 48 heures tant la reconstitution de la chaine de transaction depuis la création des bitcoins qui la composent jusqu'à la transaction à vérifier est compliquée et nécessite plusieurs milliards d'exécution d'instructions de programme informatique.

La France n'a pas encore fixé avec clarté la nature ni le régime juridique des monnaies virtuelles. Pour certains juristes, ce concept de blockchain n'est pas une monnaie. Pour d'autres, le bitcoin serait "une monnaie,

de nature électronique, dépourvue de cours légal"(CA Paris ch.5 p.6; 26/09/2013 n° 12/00161) : « le bitcoin est une monnaie électronique, ainsi que l'ont pertinemment dit les premiers juges »). Pour la commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques, il s'agit d'une "monnaie sans statut légal défini". Pour la Direction générale des finances publiques, une monnaie virtuelle est considérée comme un bien meuble, la valeur à l'achat ou à la vente et sa valeur en fin d'année fiscale faisant valeur légale.

En ce cas, les règles en vigueur pour la monnaie électronique seraient applicables aux monnaies virtuelles (articles L. 133-29 et suivants du code monétaire et financier). Dans les autres cas, un régime juridique serait à inventer.

Aucun texte n'écarte les transactions en monnaie virtuelle des obligations fiscales en vigueur, en particulier, en matière d'imposition des bénéfices ou de collecte de la TVA. Cette situation a été rappelée par l'administration fiscale, le 11 juillet 2014.

La Banque de France a, d'abord, mis en garde contre les risques des monnaies virtuelles. L'intermédiation de monnaie virtuelle par une entreprise nécessite, au préalable, un agrément en tant que prestataire de services de paiement (recommandation 2014-P-01 de l' Autorité de contrôle prudentiel et de résolution -ACPR).

CHAPITRE 2

J 200 OPÉRATIONS DE CRÉDIT

Les opérations de crédit sont définies comme tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre ou prend, dans l'intérêt de celle- ci, un engagement par signature. Y sont assimilées les opérations de crédit-bail et de location avec option d'achat (art. L 313-1 CMF.).

J 210 PRÊT À INTÉRÊT

J 211 Définition et principes applicables

Un prêt d'argent est la remise à une personne d'une certaine somme, à charge pour elle de la restituer soit en un seul terme, soit par paiements échelonnés.

Pour que le prêteur puisse prétendre à des intérêts conventionnels, il faut que le taux soit fixé par écrit (art. 1907 C.civ.). Le montant de ce taux est généralement indiqué dans un contrat, mais peut figurer dans un autre document adressé par le prêteur à l'emprunteur (par exemple, décompte trimestriel d'agios). L'absence d'un écrit fixant le taux n'entraîne pas la nullité du contrat mais celle de la convention d'intérêts, ceux-ci étant alors calculés au taux de l'intérêt légal.

Dans le cas général, les contrats stipulent des remboursements échelonnés et prévoient à l'encontre de l'emprunteur la déchéance du terme en cas de non-paiement d'une seule échéance, c'est-à-dire l'exigibilité anticipée de la totalité des sommes dues.

Si, au cours d'un procès, des paiements sont intervenus avant la clôture des débats et que le prêteur n'a pas donné son accord sur leur montant ou leur imputation, la condamnation n'aura pas à en tenir compte mais devra être rendue, pour la somme demandée, "en deniers ou quittances valables". Ceci permettra au débiteur, au stade de l'exécution de la décision, de justifier des règlements déjà effectués par tout moyen de preuve, dont il appartiendra au juge de l'exécution d'apprécier la validité.

Il existe une réglementation des prêts consentis aux particuliers, incluse dans le code de la consommation mais qui n'est pas applicable aux opérations de commerce.

J 212 Taux de base bancaire

Le taux de base bancaire est le taux d'intérêt annuel fixé par une banque. Rarement modifié, il sert de référence à la détermination des taux de crédit qu'elle consent. Il est différent d'un établissement prêteur à un autre.

Bien que ce taux soit fixé unilatéralement par la banque, il n'est considéré comme potestatif que si l'emprunteur apporte la preuve que le prêteur a abusivement usé de la faculté qui lui était donnée de le fixer pour

majorer les conditions usuelles dans le but d'en tirer un profit illégitime, méconnaissant ainsi son obligation d'exécuter le contrat de bonne foi.

J 213 TEG (Taux effectif global) et Taux annuel effectif global (T.A.E.G.)

Le TEG est un taux annuel, à terme échu, calculé selon la méthode d'équivalence. On parlera aussi (mais pas obligatoirement) de TAEG ou de Taux Annuel Effectif Global pour le TEG des prêts à la consommation.

L'article L 313-2 du code de la consommation fait obligation aux établissements de crédit de préciser, dans tout écrit constatant un prêt, le taux annuel effectif global (T.A.E.G.) auquel il est consenti. Ce taux doit inclure les intérêts, frais, commissions ou rémunérations de toute nature, directs ou indirects, dus par l'emprunteur, y compris ceux payés ou dus à des intermédiaires intervenus de quelque manière que ce soit dans l'octroi des prêts (art. R 313-1 à 323-5 code consommation).

Cette règle s'applique à l'ensemble des opérations de crédit.

Lorsque le crédit ne fait pas l'objet d'un contrat préalable, la mention du TEG doit figurer sur les décomptes d'agios, bordereaux d'escompte ou relevés adressés au client.

La sanction, en cas d'absence d'indication du TEG, est l'application du taux légal et non la nullité du contrat.

J 213-1 Les frais entrant dans le calcul du TEG selon la jurisprudence

Doivent être compris dans le taux effectif global, l'ensemble des sommes nécessaires à l'obtention du crédit c'est-à-dire outre les intérêts

- les diverses commissions sur le dépassement ou le plus fort découvert, les commissions d'endos et de bordereau, la commission de confirmation,

- les frais de timbre et d'enregistrement ainsi que la TVA non récupérable.

-les frais d'inscription ou de constitution de garanties : inscription d'hypothèque, de privilège de prêteur de deniers, commission d'une société de caution mutuelle,…;

-la restitution effectuée en faveur de l'emprunteur par la société de caution en fin de prêt devrait aussi être intégrée dans le calcul du TEG lorsque cette restitution est automatique et systématique.

-les frais d'information des cautions : lorsqu'ils ne constituent pas une condition d'octroi du prêt, ils n'ont pas à être intégrés dans le calcul du TEG, qu'ils soient supportés par la caution ou l'emprunteur ;

-les frais de souscription de parts sociales. : si cette souscription est une condition imposée d'octroi du prêt, le montant doit être intégré au calcul du TEG ;

-les primes des assurances emprunteurs (décès, invalidité,…) : sont intégrées dans le calcul du TEG celles relatives à une assurance obligatoire proposée par le prêteur ;

-la participation au fonds de garantie d'une société de cautionnement mutuel : cette somme payée par l'emprunteur, et dont le montant est déterminé lors de la conclusion du prêt, est imposée comme une condition d'octroi de celui-ci de sorte qu'elle doit être prise en compte pour le calcul du taux effectif global ;

-les primes de l'assurance incendie : si cette souscription est une condition d'octroi du prêt, le montant de la prime doit être intégrée dans le calcul du TEG ;

-les commissions des courtiers et apporteurs de dossiers : généralement payées par l'établissement prêteur, elles sont intégrées au calcul du TEG quand elles sont à la charge de l'emprunteur (ce dernier n'ayant alors pas à régler de frais de dossier, le plus souvent).

J 213- 2 Les éléments exclus du calcul du TEG

Sont en revanche à exclure les commissions qui rémunèrent un simple service (par exemple, commission de tenue de compte, de manipulation, de mouvement ou de présentation des effets à l'acceptation, les primes et cotisations d'assurance, etc.) et qui ne sont pas associées au dit crédit.

Sont donc exclus du calcul du TEG :

-tous les frais qui ne sont pas une condition d'octroi du prêt

-tous les frais dont le montant ne peut être indiqué avec précision au moment de la signature de l'acte de prêt

- tous les frais et pénalités résultant d'un fonctionnement anormal du prêt comme l'existence de pénalités ou indemnités de retard, intérêts majorés pour cause d'impayés,…) de remboursement anticipé ou encore de mainlevées de garanties.

-les commissions d'intervention qui sont indépendantes du crédit : « les commissions d'intervention qui rémunèrent un service facturé conformément aux conditions indiquées à la convention tarifaire applicable aux

parties, ne sont pas liées à une opération de crédit et n'entrent pas dans le calcul du TEG » . (Cass. Civ 22 mars 2012 -n°11-10199).

J 213-3 Calcul du TEG

Le mode de calcul du TEG est défini par l'article R313-1 du code de la consommation. Sauf cas exceptionnel, il est conseillé d'utiliser la méthode actuarielle basée sur une année de 365 ou 366 jours et un calcul exact du nombre de jours entre chaque échéance, les intérêts étant payé à terme échu.

Le T.E.G. peut, pour les crédits consentis à des professionnels, être calculé selon la méthode proportionnelle (par exemple, pour un crédit remboursable par mensualités au taux de 0,75 % par mois, le T.E.G. annuel est de 0.75 x 12 = 9 %). Pour les consommateurs, la transposition d'une directive communautaire oblige à le calculer selon la méthode des intérêts composés ou méthode équivalente (taux actuariel effectif global) qui, dans le cas ci-dessus, est de 9,38 % l'an (art. L 311-3 3° et R 313-1 C. cons.).

J 213-4 Sanction d'un TEG erroné

Lorsque le crédit ne fait pas l'objet d'un contrat préalable, la mention du taux effectif global doit figurer sur les décomptes d'agios, bordereaux d'escompte ou relevés adressés au client.

La sanction, en cas de calcul erroné, est non la nullité du contrat mais la substitution du taux légal au taux conventionnel :

- dans chacun de ces actes ;
- à compter de leur souscription ;
- selon le taux légal en vigueur à leurs dates respectives. (Cass. Civ. 1 ; 15 octobre 2014, n°13-16555).

L'erreur portant sur le TEG n'est sanctionnée que si elle est supérieure à une décimale.(Cass.Civ.1 ;26 novembre 2014 ; n°13-23033).

Le délai de prescription est de 5 ans à compter de la date du contrat si le TEG n'est pas mentionné dans le contrat et si le TEG est mentionné mais qu'il est erroné, de 5 ans à compter du jour où l'erreur est révélée.

J 214 Taux de l'usure

Constitue un prêt usuraire tout prêt conventionnel consenti à un taux effectif global qui excède de plus du tiers le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit pour un prêt de même nature comportant des risques analogues.

Ces taux sont publiés chaque trimestre au Journal officiel, étant précisé qu'ils peuvent être corrigés en cours de trimestre en cas de variation soudaine et exceptionnelle du coût des ressources des établissements de crédit.

En cas de crédit à durée déterminée, le seuil d'usure à prendre en considération est celui du jour de la signature du contrat de prêt.

L'usure est passible de sanctions pénales. Mais, sur le plan civil, la stipulation d'intérêts usuraires n'entraîne pas la nullité de la convention d'intérêts. Les perceptions dépassant le niveau de l'usure doivent être imputées sur les intérêts normaux échus et subsidiairement sur le capital échu et impayé. Si la créance est éteinte, les intérêts indûment perçus doivent être remboursés à l'emprunteur, majorés de l'intérêt au taux légal.

La réglementation sur l'usure ne s'applique pas aux concours obtenus par des personnes morales se livrant à des activités professionnelles, commerciales ou non commerciales (art. L 313-3 C. cons.), à l'exception de ceux accordés sous forme de découvert en compte courant (art. L 313-5-1 CMF).

J 220 COMPTE COURANT

J 221 Caractéristiques du compte courant

Le compte courant, surtout pratiqué dans les rapports des commerçants avec leurs banquiers, est une institution originale. Il se définit comme une convention en vertu de laquelle un compte enregistre les remises réciproques des deux parties, remises qui s'y fondent, en perdant leur individualité, pour ne plus former qu'un solde exigible après clôture du compte.

Les trois caractères principaux du compte courant sont les suivants :

Effet novatoire : la créance qui entre en compte courant perd, dès son entrée, ses caractères propres pour n'être plus qu'un simple article de compte indifférencié. Si cette créance est assortie d'une sûreté qui lui est

propre, celle-ci disparaît donc. Pour éviter cet effet novatoire, les banques exigent conventionnellement, lorsqu'un prêt fait l'objet de garanties particulières, qu'il soit comptabilisé sur un compte distinct du compte courant ; de même, les effets escomptés revenus impayés sont logés dans un compte interne si le solde du compte ordinaire ne permet pas de les absorber, afin de permettre l'exercice des recours cambiaires.

Indivisibilité : aucune créance ou remise entrée en compte courant n'est individuellement exigible. Seul le solde dégagé par la clôture du compte (à ne pas confondre avec un simple arrêté périodique) est exigible.

Cours des intérêts : le compte courant débiteur produit de plein droit des intérêts au profit de la banque avec calcul et capitalisation périodique, le plus souvent trimestrielle, et sans stipulation spéciale au profit de la banque à un taux qui doit nécessairement être fixé par écrit (art. 1907 C. civ.) ; à défaut, le taux légal est seul applicable. Dans la pratique, le principal problème concerne la preuve du taux des intérêts applicables, la notion « d'approuvé de compte » qui peut intéresser bien d'autres articles du compte étant très importante.

Lorsqu'ils ouvrent un compte, les établissements de crédit doivent informer leurs clients des conditions d'utilisation du compte, du prix des différents services auxquels il donne accès et des engagements réciproques de l'établissement et du client (art R312-1 et suivants du CMF).

Cette information est réalisée, soit par la signature de conventions écrites définissant les conditions de fonctionnement des comptes, soit par affichage et par l'édition de relevés ou arrêtés mentionnant les taux appliqués pour les intérêts et les commissions (agios).

Remarque : L'article L 312-1-1 du code monétaire et financier, qui exige que la gestion d'un compte de dépôt soit réglée par une convention écrite, ne s'applique qu'aux comptes ouverts à des personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels.

J 222 Clôture d'un compte

Tout concours à durée indéterminée consenti par un établissement de crédit ne peut être réduit ou interrompu que sur notification écrite et à l'expiration d'un délai de préavis fixé lors de l'octroi du concours (art. L.313-12 CMF).

Ce délai de préavis ne peut être inférieur à 60 jours (décret du 30/12/2005). Cependant, l'établissement de crédit n'est pas tenu de respecter ce délai de préavis en cas de comportement gravement répréhensible du bénéficiaire ou au cas où la situation de ce dernier s'avérerait irrémédiablement compromise.

La rupture brutale d'un concours financier sans respect du préavis légal s'analyse en un trouble manifestement illicite ouvrant la compétence du juge des référés (cf. J 920)..

Sous réserve du respect de ce délai de préavis, un établissement financier est libre de prononcer la clôture d'un compte ou de mettre fin à un concours, sans motif. De même un établissement de crédit ne peut être contraint d'accorder un crédit par exemple de renouveler une autorisation de crédit.

Cependant, si le bénéficiaire de ce concours ou le titulaire du compte le demande, l'établissement de crédit doit indiquer le motif de sa décision de prononcer la clôture d'un compte.

Sous réserve de l'éventuelle application du délai de préavis de rupture de concours prévu par l'article L 313-12 du code monétaire et financier, la date à retenir pour la clôture du compte courant est celle de l'envoi de la lettre recommandée la notifiant. Ce n'est qu'à partir de la clôture que le solde du compte devient exigible et porte intérêt au taux légal, sauf convention contraire prévoyant l'application du taux antérieur dit « conventionnel ».

J 223 Opérations de crédit en compte courant

Le compte courant est le réceptacle habituel de remises réciproques faites par le banquier et son client ; parmi les remises qu'effectue le banquier, il peut y avoir des fonds mis à disposition selon des techniques diverses, à charge pour le client d'en assurer le remboursement soit par lui-même, soit par des paiements effectués par des tiers, et de se voir débité des agios.

Lorsqu'il y a convention de compte courant, c'est dans ce compte que se matérialisent la plupart des opérations de crédit ; le dénouement des opérations de crédit, éventuellement en cours, sera déversé dans ce compte qui, à sa clôture, reflétera le solde exigible, résultat de ces opérations.

Lorsque plusieurs comptes ont été ouverts pour une même entité et qu'il a été recueilli une « lettre de fusion » de ces comptes, il est procédé à des arrêtés en intérêts communs et leur clôture permet de dégager un solde unique.

CHAPITRE 3

J 300 CRÉDITS PAR CAISSE

J 310 OPÉRATIONS DE CAISSE

Pour les crédits à court terme destinés à pallier l'insuffisance temporaire de trésorerie d'un client, la pratique habituelle des banques consiste à laisser celui-ci rendre son compte débiteur dans des conditions verbalement ou contractuellement débattues en fonction de ses besoins prévisibles.

Selon l'utilisation qui en est faite, on distingue :

-Les facilités de caisse valables quelques jours par mois pour faire face à des décalages entre rentrées et sorties sur opérations courantes ; ces facilités, aussi appelées « crédits de caisse », sont ponctuelles, non obligatoires ou répétitives pour la banque ;

-Les crédits de campagne, concours à caractère saisonnier mais renouvelable, sur demande du bénéficiaire, de saison en saison ;

-Les découverts et les crédits relais qui sont destinés à faire face à un décalage de trésorerie (par exemple, apport de capitaux, réalisation d'actifs, etc.), qui se résout par la réalisation de l'événement escompté ;

-L'accréditif, qui consiste à faire tenir à disposition d'un client une certaine somme par une autre banque ou une autre agence que celle où son compte est tenu, lequel est immédiatement débité du montant correspondant.

Dès lors que le remboursement n'est pas effectué à la date prévue ou demandée, la banque, si l'opération concerne un compte courant, devra procéder à la clôture de celui-ci pour obtenir condamnation de son client à lui payer le solde débiteur figurant dans ses livres. Sous réserve du préavis à respecter (art. L 313-12 CMF), la banque doit adresser à son client à cet effet une lettre recommandée avec avis de réception. L'omission de cette formalité doit être sanctionnée en principe par son débouté, le solde du compte n'étant de ce fait pas exigible.

Toutefois, l'existence d'une lettre de dénonciation de concours et le non-fonctionnement subséquent du compte permettent de considérer que l'intention des parties était de mettre fin à leurs relations.

J 320 LITIGES PORTANT SUR LES AGIOS

J 321 Banquier demandeur en paiement d'agios (intérêt conventionnel, frais et commissions)

a) *Jusqu'à la clôture du compte,* les intérêts au taux conventionnel seront dus si l'une ou l'autre des conditions suivantes est remplie :

-il existe une convention préalable écrite indiquant le taux qui sera appliqué ainsi que les composantes du taux effectif global ou T.E.G. (tel que défini par l'article L 313-2 du code de la consommation) qui peuvent être déterminées à la date de la convention (cf. J 213) ;

-il n'existe pas de convention, mais le banquier a fait connaître à son client commerçant, par écrit, préalablement à l'existence d'un découvert, les conditions qu'il entendait appliquer, en précisant les éléments mentionnés ci-dessus sans que le client ait protesté dans les délais prévus par cet écrit ; de même en cas de variation des taux.

b) *Après la clôture du compte,* les intérêts conventionnels ne seront dus que s'il existe une convention écrite qui comporte les indications précisées ci-dessus et si cette convention a expressément prévu que les intérêts conventionnels seraient dus sur le solde débiteur après la clôture du compte.

Si les conditions énumérées ci-dessus ne sont pas remplies, on appliquera l'intérêt au taux légal.

Demande d'agios après clôture du compte
Accueil partiel mais rejet des intérêts conventionnels

La demande de la banque Isidore tend au paiement par Ignace de la somme de 17.351,54 €, solde débiteur de son compte courant tel qu'il ressort de la clôture dudit compte notifiée au défendeur par lettre du 15 février 2014, augmentée, à compter de la clôture, des intérêts conventionnels de fonctionnement du compte.

Ignace ne conteste ni le taux d'intérêt appliqué pendant le fonctionnement du compte ni le solde dont le paiement est réclamé par la banque ; cependant, il conteste devoir d'autres intérêts que ceux au taux légal après la clôture du compte.

Sur ce, le Tribunal.

Attendu que la banque Isidore ne justifie pas d'une convention passée entre elle et Ignace aux termes de laquelle ce dernier aurait expressément accepté que des intérêts conventionnels soient dus sur le découvert après la clôture ;

Attendu qu'il y aura donc lieu de débouter la banque de sa demande d'intérêts au taux conventionnel et de condamner Ignace au paiement de la somme de 17.351,54 € augmentée des intérêts au taux légal à compter du jour de la clôture du compte.

P.C.M.

Le Tribunal

Déboute la banque Isidore de sa demande de paiement d'intérêts au taux conventionnel,

La disant bien fondée pour le surplus, condamne Ignace à lui payer la somme de 17.351,54 €, avec intérêts au taux légal à compter du 15 février 2014,

J 322 Client demandeur en restitution d'agios

Sa demande ne sera accueillie que si les conditions énumérées ci dessus (cf. J 321a) n'ont pas été remplies au moment du débit. En outre, il pourra lui être opposé, le cas échéant, la prescription des intérêts des sommes prêtées, laquelle est de 5 ans (art. 2224, 2277 C. civ.).

Le demandeur devra justifier du bien fondé de sa demande dans son principe et dans son montant, selon le droit commun.

Pour la Cour de cassation (Cass. Civ. 1, 31 mars 2011, n° 09-69.963, FS-P+B+I), le prêteur qui n'a pas présenté au titulaire d'un compte bancaire ayant fonctionné à découvert depuis plus de trois mois une offre préalable de crédit, ne peut réclamer que le capital restant dû.

J 323 Validité des relevés de compte en cas de contestation

Lorsqu'un client conteste une opération sur son compte, la charge de la preuve appartient à la banque. Sont en effet interdites les clauses qui ont pour objet ou pour effet d'imposer au non professionnel ou consommateur la charge de la preuve qui, en vertu du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat, la banque (Décret n° 2009-302 du 18 mars 2009 ; C. cons.., art. R. 132-1). Dans la plupart des cas, le silence du client vaut, au bout d'un certain laps de temps, acceptation. Ce délai doit être mentionné par type d'opération dans les conditions générales appliquées au compte en question. En réalité, le silence gardé par le client, à la réception du relevé, pendant le délai prévu par le contrat, entraîne présomption d'approbation des opérations y figurant mais n'interdit pas au client de rapporter, pendant la durée de prescription légale, la preuve d'éléments propres à écarter cette présomption (Cass. Com., 3 nov. 2004, n° 01-16.238 ; Cass. Com., 22 nov. 2005, n° 04-12.900).

CHAPITRE 4

J 400 ESCOMPTE

J 410 GÉNÉRALITÉS

La notion d'escompte recouvre deux types de concours distincts :

-l'achat fait par un banquier à son client d'une créance représentée par un effet de commerce, un chèque ou un bordereau de cession de créances professionnelles qui permet un recours contre différentes personnes tenues en vertu de ces titres sur la base de la propriété de cette créance ;

-le mode de réalisation d'une opération de financement qui consiste à porter au crédit du compte d'un client le montant d'un billet à ordre souscrit par lui et le plus souvent renouvelable à son échéance jusqu'au terme convenu du concours (escompte d'effet financier).

Au plan juridique, seul le premier type peut être qualifié d'escompte ; on parle alors d'escompte commercial pour le différencier de l'escompte de chèque et de l'escompte de papier financier qui sera traité en fin de chapitre (cf. J 440).

Dans l'escompte commercial, le banquier crédite le compte du remettant d'un effet de commerce (lettre de change ou billet à ordre si ce dernier est souscrit par un tiers) avant son échéance et le débite d'agios calculés prorata temporis jusqu'à cette échéance. Le banquier acquiert ainsi la qualité de propriétaire de la provision, c'est-à-dire de la créance représentée par l'effet. Sous réserve de la régularité de ce dernier et d'un endos à son profit, il pourra actionner les personnes tenues en vertu de l'effet ; en cas d'irrégularité ou de prescription cambiaire, il pourra agir sur la base du rapport fondamental, c'est à dire du rapport commercial entre tireur et tiré ayant motivé la création de l'effet.

J 420 ESCOMPTE ET CONTREPASSATION

Outre les litiges qui peuvent naître dans le cadre du droit cambiaire (cf. J 120), l'opération d'escompte passée en compte peut soulever des difficultés lorsque, l'effet escompté n'étant pas payé à son échéance, le banquier escompteur exerce son recours contre le remettant et débite le compte de celui-ci du montant de l'effet : cette opération est une contrepassation.

J 421 Situation du banquier en cas de retour d'impayé

J 421-1 Remettant in bonis

Le banquier a les possibilités suivantes :

-contrepassation avec obligation de restitution de l'effet : la contrepassation valant paiement, le banquier est ainsi payé et devra restituer l'effet à son client ; il ne peut alors agir que sur la base du solde débiteur éventuel du compte de ce dernier ;

-conservation de l'effet et maintien des poursuites cambiaires : le banquier peut souhaiter conserver l'effet et exercer son recours contre un autre signataire (avaliste par exemple) plus solvable; cette faculté lui reste ouverte, la contrepassation ayant un caractère facultatif; si l'effet est impayé, il débite non pas son client mais un compte général d'impayés (impayés au remboursement). Remarque : il convient de s'assurer que le montant de l'effet a été passé à un compte général de la banque car, si le compte est au nom du remettant, il s'agit alors d'un sous-compte du compte principal et, en vertu du principe de l'indivisibilité du compte courant, le débit, même à un compte intitulé « impayé », vaudra paiement ;

-conservation à titre de gage de l'effet contrepassé : le banquier bénéficie dans la pratique, en vertu de ses conditions générales, d'une clause par laquelle il est autorisé par son client à conserver les effets contrepassés à titre de gage ;

-annulation du débit en compte : la jurisprudence a admis que si, par suite d'un traitement informatique, l'effet avait été débité automatiquement au compte du client, le banquier pouvait annuler cette écriture car il n'en avait pas expressément manifesté sa volonté de contrepasser l'effet, dès lors que l'opération d'annulation était réalisée dans les délais les plus rapides (48 à 72 heures maximum) ;

-escompte à nouveau : rien n'interdit au banquier d'escompter l'effet une seconde fois mais le reproche de mauvaise foi pourrait être opposé par le tiré ainsi privé de la possibilité d'opposer les exceptions qu'il a à faire valoir à l'encontre du tireur ;

-contrepassation après clôture du compte : elle est possible, même faisant apparaître un solde débiteur, et ne vaut pas paiement ; le banquier peut alors agir sur la base de l'effet.

J 421-2 Remettant faisant l'objet d'une procédure collective

Dans ce cas, la contrepassation ne vaut pas paiement et le banquier conserve à la fois le droit :

-de déclarer sa créance au titre de l'éventuel solde débiteur aggravé par la contrepassation contre son client remettant objet du jugement d'ouverture ;

-de poursuivre les autres signataires jusqu'à parfait paiement en conservant l'effet de commerce sans déduire les paiements faits par les autres signataires (théorie des coobligés).

Néanmoins, si le compte courant du remettant est suffisamment créditeur, la contrepassation vaudra paiement et l'effet sera restitué.

Le banquier, pour qui la contrepassation est facultative, peut y renoncer.

J 422 Cas particuliers

Le banquier ne peut contrepasser :

-des effets non encore échus, même en cas de cessation des paiements du remettant, sa créance n'étant pas à terme mais conditionnelle : la clause « sauf bonne fin » a seulement pour effet, indépendamment des recours cambiaires dont dispose le banquier, de permettre à celui-ci de revenir sur l'écriture d'escompte en compte courant lorsque l'effet est impayé à son échéance (condition résolutoire d'escompte).

-des effets sur lesquels il a stipulé la clause « sans recours » (escompte dit « ducroire ») renonçant ainsi explicitement à contrepasser l'effet à son client remettant.

L'article L362-1 et L362-2 du code des procédures civiles d'exécution dispose qu'en cas de saisie, la contrepassation peut avoir lieu dans un délai de 1 mois de la saisie attribution pour les effets de commerce et de 15 jours ouvrables pour les chèques crédités avant la saisie et revenus ensuite impayés

COMPTE COURANT - Contrepassation après clôture

Accueil

La demande de la banque Norbert tend au paiement de la somme de 18.000 €, montant du solde qui apparaît sur un arrêté au 15 mai 2013 de l'ancien compte courant n° ... de Nicodème, compte qui avait été clôturé le 27 avril 2013, outre les intérêts conventionnels depuis cette date. Nicodème conteste devoir la somme de 18.000 €, alors que le solde qui lui est réclamé est affecté par la contrepassation d'un effet de 7.000 €, impayé à son échéance le 15 avril 2013, tandis que ledit effet ne lui a pas été restitué par la banque ; il conclut donc au mal fondé de la demande à concurrence du montant de l'effet.

Sur ce, le Tribunal,

Attendu que, si l'effet est bien échu le 15 avril 2013, c'est-à-dire antérieurement à la clôture du compte, il résulte des pièces comptables contradictoirement versées aux débats que la banque, qui était libre du choix du recours à exercer et du moment de le faire, n'a contrepassé cet effet que le 30 avril 2013, c'est-à-dire postérieurement à la clôture du compte ;

Que la contrepassation d'un effet après clôture du compte courant n'équivaut à paiement que si elle peut être absorbée par le solde créditeur du compte clôturé ; qu'à défaut, le banquier escompteur, non payé, conserve tous ses recours et tous ses droits sur l'effet, qu'il n'a pas l'obligation de restituer ;

Attendu que, lors de la contrepassation de l'effet litigieux, postérieurement à la clôture du compte courant, ce dernier était déjà débiteur d'une somme de 11.000 € ; que cette contrepassation n'équivaut donc pas à paiement et que la banque Norbert était ainsi en droit de conserver l'effet ;

Attendu que la banque Norbert ne justifie pas que Nicodème ait accepté expressément que des intérêts soient dus au taux conventionnel après la clôture du compte ;

Qu'il y aura donc lieu de condamner Nicodème au paiement de la somme de 18.000 €, avec intérêts au taux légal à compter du 27 avril 2013 ;

P. C. M.

Le tribunal

Condamne Nicodème à payer à la banque Norbert la somme de 18.000 €, avec intérêts au taux légal à compter du 27 avril 2013,

Dit qu'il n'y aura lieu à restitution de l'effet par la banque qu'une fois le paiement effectué.

Condamne Nicodème aux dépens.

COMPTE COURANT- Contrepassation avant clôture

Demande de restitution d'un effet contrepassé

Accueil

La demande d'Onésime tend à la restitution d'un effet de 7.000 € au 30 mars 2014 tiré sur Louis, effet que retient la banque Octave bien que, l'effet étant impayé à son échéance, elle l'ait contrepassé le 5 avril 2004 au compte courant n°... d'Onésime.

La banque Octave résiste à la demande en soutenant que, le compte courant d'Onésime étant débiteur à la date de la contrepassation, elle n'a pas été effectivement remboursée et est donc en droit de conserver l'effet pour exercer toutes poursuites utiles contre les signataires de celui-ci.

Sur ce, le Tribunal,

Attendu qu'au jour de la contrepassation, le compte courant d'Onésime n'était pas clôturé et qu'ainsi, par la novation qui affecte toute remise en compte courant et en vertu du principe d'indivisibilité du compte courant, cette contrepassation équivalait à paiement ;

Attendu dès lors que la banque Octave, qui aurait dû rendre l'effet litigieux à Onésime, sera condamnée à le lui restituer;

P. C. M.

Le Tribunal

Condamne la banque Octave à restituer à Onésime l'effet de 7.000 €, tiré sur Louis, et resté impayé à son échéance du 30 mars 2014 ;

La condamne aux dépens.

COMPTE COURANT- Contrepassation avant échéance
Rejet

La demande de la banque Pétrarque tend au paiement de la somme de 27.000 €, montant du solde du compte n°... de Philomène, tel qu'il apparaît à la clôture du compte effectuée le 17 mai 2012, outre les intérêts au taux conventionnel depuis cette date.

Philomène conteste le montant qui lui est réclamé, alors que le solde au jour de la clôture est affecté par la contrepassation, effectuée le même jour d'un effet de 11.000 € tiré sur Léonard mais dont l'échéance n'est pas encore intervenue, en sorte que c'est à tort que la banque a effectué cette contrepassation. Elle conteste également l'application d'un taux conventionnel.

Sur ce, le Tribunal,

Attendu que l'opération d'escompte est irrévocable ; qu'il est seulement permis au banquier escompteur, si l'effet est impayé à son échéance d'exercer les recours cambiaires ou, usant de la clause « sauf bonne fin », de contre-passer l'effet au compte du remettant;

Que c'est donc à bon droit que Philomène reproche à la banque Pétrarque d'avoir procédé à une contrepassation avant échéance, qu'elle ne sera donc condamnée à payer à cette banque le solde de son compte que sous déduction de la somme de 11.000 €, montant de l'effet litigieux ;

Attendu que la banque Pétrarque ne justifie pas de l'acceptation par Philomène d'un taux conventionnel, qu'il ne sera donc alloué que les intérêts au taux légal ;

P. C. M.

Le Tribunal

Condamne Philomène à payer à la banque Pétrarque la somme de 16.000 €, avec intérêts au taux légal à compter du 17 mai 2012,

Dit la banque Pétrarque mal fondée en le surplus de sa demande et l'en déboute.

Condamne Philomène aux dépens.

J 430 PAIEMENT AU BANQUIER TIERS-PORTEUR

J 431 Inopposabilité des exceptions

Généralités

Lorsque la lettre de change n'est pas acceptée, le tiers porteur est, vis-à-vis du tiré, dans la même situation que le tireur lui-même ; il doit, pour obtenir paiement, faire la preuve de la réalité de la créance constituant la provision de l'effet qui la matérialise.

En revanche, lorsque l'effet est accepté, la présomption de provision qui est attachée à l'acceptation est dite irréfragable, c'est-à-dire qu'elle ne peut être détruite à l'égard du tiers porteur par la preuve contraire sauf mauvaise foi de ce dernier (artL 511-12).

Domaine d'application

Les exceptions qui demeurent opposables à tout porteur sont celles qui sont fondées sur :

-les rapports personnels pouvant unir le porteur à la personne actionnée, par exemple la compensation ;

-un vice de forme de la lettre de change ;

-l'absence de consentement (par exemple faux en écriture) sans faute ou imprudence du poursuivi engageant sa responsabilité à l'égard du porteur ;

-l'incapacité (sauf manœuvres dolosives de l'incapable), les autres signataires restant engagés (art. L 511-11)

Les exceptions opposables seulement au porteur dont la bonne foi n'est pas reconnue ou au tireur resté ou redevenu porteur sont celles fondées sur :

-le défaut de provision (absence de livraison ou de prestation justifiant la créance) ;

-la nullité du rapport fondamental entre tireur et tiré (vente, prestation de services, etc. à l'origine de l'émission de la traite) pour vice de consentement (dol), absence de cause ou cause illicite ou immorale (dette de jeu), etc. ;

-l'extinction postérieure à l'obligation cambiaire de ce même rapport fondamental par suite de résolution, compensation, paiement, remise de dette, etc. ;

-la nullité de l'obligation cambiaire elle-même pour vice de consentement, fausse cause ou cause illicite (effet de complaisance).

J 432 Mauvaise foi du porteur

a) Notion de mauvaise foi

Le porteur est de mauvaise foi si, au moment même où il acquiert la traite, il a connaissance :
-de l'existence d'une exception.
-du fait que cette exception persistera jusqu'à l'échéance, agissant ainsi sciemment au détriment du débiteur.
Il en résulte à l'inverse que, si la connaissance requise du porteur est postérieure à l'acquisition de la traite, la mauvaise foi ne peut être retenue

b) Critères de détermination

La jurisprudence exige que la preuve de la mauvaise foi ne s'induise pas de vagues présomptions, mais se déduise de faits précis et concordants traduisant la volonté du porteur d'agir sciemment au détriment du débiteur au moment de la transmission de l'effet.
Ces faits peuvent être trouvés dans l'analyse du comportement du porteur, de sa motivation, de sa connaissance de la situation plus ou moins obérée ou désespérée du tireur, de ses rapports avec ce dernier, de toutes circonstances antérieures, voire postérieures, à l'acquisition de l'effet.

C'est ainsi notamment qu'ont été reconnus de mauvaise foi :
-le banquier qui, au moment de l'escompte, savait qu'il existait un litige sérieux et persistant sur la validité de la vente par laquelle le tirage était causé ;
-le banquier qui avait escompté des effets non provisionnés en déduction du découvert de son client tireur en sachant ce dernier dans une situation financière si obérée qu'elle avait motivé sa décision de rompre ses relations avec lui ;
-le banquier victime d'un circuit de cavalerie qu'il n'avait pas voulu interrompre brutalement et qui avait accepté, en pleine connaissance de cause, d'escompter des effets de complaisance ;
-le banquier qui savait, en prenant une lettre de change à l'escompte, que celle-ci avait été acceptée pour une opération n'entrant pas dans l'objet social de la société tirée.

En revanche, ne suffisent pas à elles seules à constituer la mauvaise foi du tiers porteur :
-l'imprudence ou la négligence commise par lui en acquérant la lettre de change ;
-sa connaissance de difficultés de trésorerie du tireur, de son recours excessif au crédit ou de retours d'impayés ;
-le fait d'avoir escompté en réduction d'un découvert ou en période suspecte ;
-sa connaissance de l'état virtuel de cessation des paiements du tireur.

J 433 Preuve de la mauvaise foi

Conformément au droit commun, la bonne foi se présume : la charge de la preuve incombe donc à la personne actionnée en paiement. Cette preuve peut être rapportée par tous moyens, en particulier par présomptions.
Le juge dispose de ses propres pouvoirs d'investigation. Il peut enjoindre au demandeur de verser aux débats toutes pièces utiles pour l'établissement des faits allégués par le débiteur, tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus (art 11 C. P.C.) pour quelque cause que ce soit (par exemple, secret professionnel) ou désigner un expert en présence de faits établis et pertinents rendant vraisemblable la mauvaise foi.
Toutefois, le juge ne doit en aucun cas, au risque de nuire au crédit nécessaire de la lettre de change, ordonner une expertise en l'absence de tels faits, ce qui n'est d'ailleurs que la stricte application de l'article 146 C.P.C.

LETTRE DE CHANGE- PAIEMENT DEMANDE PAR TIERS PORTEUR
Lettre de change acceptée, mauvaise foi non alléguée

La demande de Gilbert tend au paiement de la somme de 6.000 €, montant d'une lettre de change à échéance du 30 avril 2014, acceptée par Gilles et dont le demandeur est tiers porteur.
Gilles conclut au mal fondé de la demande.

Sur ce, le Tribunal.

Attendu qu'en vertu de l'article L 511-12 du code de commerce, l'accepteur s'oblige à payer la lettre de change à l'échéance ;

Attendu que Gilles ne justifie d'aucun motif valable susceptible de renverser la présomption de dette qui lui est opposable ;

Que Gilles se doit à sa signature et qu'au surplus la mauvaise foi du tiers porteur, qui serait seule de nature à exonérer le défendeur, n'est pas alléguée ;

Qu'il convient en conséquence d'obliger le défendeur au paiement de la somme réclamée.

P.C.M.

Le Tribunal

Condamne Gilles à payer à Gilbert la somme de 6.000 € contre remise de l'effet.

Le condamne aux dépens.

LETTRE DE CHANGE- PAIEMENT DEMANDE PAR TIERS PORTEUR
Lettre de change acceptée, mauvaise foi alléguée mais non prouvée

La demande de Gilbert tend au paiement de la somme de 16.000 €, montant de la lettre de change à échéance du 30 avril 2014, acceptée par Gilles et dont le demandeur est tiers porteur. Gilles conclut au mal fondé de la demande et prétend que Gilbert est de mauvaise foi ; il soutient en effet que Gilbert aurait eu connaissance, en acquérant la lettre de change, du mauvais état des affaires du tireur.

Sur ce, le Tribunal,

Attendu qu'au sens de l'article L 511-12 du code de commerce : « la mauvaise foi du tiers porteur suppose que celui-ci avait, en acquérant l'effet, connaissance d'une exception que le tiré aurait pu opposer au tireur si celui-ci était resté porteur de la lettre de change » ; qu'en l'espèce, si le porteur a pu connaître le mauvais état des affaires du tiré, cette circonstance n'est pas suffisante pour prouver qu'il ait alors précisément su que le tiré disposait d'une exception opposable au tireur ;

Attendu que Gilles se doit à sa signature et qu'il convient en conséquence de l'obliger au paiement de la somme réclamée.

P.C.M.

Condamne Gilles à payer à Gilbert la somme de 16.000 € contre remise de l'effet.

Le condamne aux dépens.

J 440 ESCOMPTE DE PAPIER FINANCIER

Ce procédé de financement consiste à « escompter », c'est-à-dire à porter successivement au crédit du compte d'une personne, le montant de billets souscrits par celle-ci à l'ordre de la banque, généralement à échéance de trois mois maximum, en débitant le même compte d'agios calculés prorata temporis.

À chaque échéance, les billets sont débités au compte qui est aussitôt recrédité du billet nouvellement escompté ; à l'échéance du dernier billet, s'il n'y a pas provision suffisante pour en assurer le paiement, la banque doit éviter de le contre-passer en cas de garanties spécifiques, sous peine d'en perdre le bénéfice.

Ce crédit fait assez souvent l'objet d'un acte de prêt qui sert alors de fondement aux poursuites en cas de non-paiement, la détention d'un billet par la banque servant à établir ce dernier.

La technique est largement utilisée pour les crédits de trésorerie, crédits de campagne et financement à moyen terme. Dans ce dernier cas, elle correspond généralement à un crédit réalisé en compte spécial, même si le remboursement est effectué par le débit du compte ordinaire.

CHAPITRE 5

J 500 CESSION DE CRÉANCES PROFESSIONNELLES - BORDEREAU DAILLY

J 510 PRINCIPES

Les articles L 313-23 à L313-35 du code monétaire et financier (issus de la loi du 2 janvier 1981 dite loi Dailly) disposent que tout crédit accordé par un établissement de crédit à une personne physique ou morale dans l'exercice de son activité professionnelle peut donner lieu au profit de cet établissement, par la seule remise d'un bordereau, à la cession ou au nantissement par le bénéficiaire du crédit de toute créance que celui-ci peut détenir sur un tiers de droit privé ou public. Peuvent ainsi être cédées ou nanties les créances liquides et exigibles même à terme, ainsi que les créances résultant d'un acte déjà intervenu ou à intervenir dont le montant et l'exigibilité ne sont pas déterminés, à condition qu'elles soient suffisamment identifiables (créances dites « en germe »).

L'ordonnance du 16 février 2016 a profondément modifié le régime juridique des cessions de créances (art. nouveaux 1321 à 1326 C.civ.).

L'article 1321 nouveau du code civil issu de la réforme du droit des contrats dispose que :

«*La cession de créance est un contrat par lequel le créancier cédant transmet, à titre onéreux ou gratuit, tout ou partie de sa créance contre le débiteur cédé à un tiers appelé le cessionnaire.*

Elle peut porter sur tout ou partie d'une ou plusieurs créances présentes ou futures, déterminées ou déterminables.

Sauf clause contraire, elle s'étend aux accessoires de la créance.

Le consentement du débiteur n'est pas requis, à moins que la personne du créancier soit pour lui déterminante ou que la créance ait été stipulée incessible. »

Ainsi cette technique, dérivée de la cession de créance de droit commun (art. 1689 et s. C. civ.). et qui était réservée aux créances professionnelles dont le formalisme était allégé, notamment par une dispense de signification au débiteur cédé, est dorénavant d'ordre public.

Les articles du code monétaire et financier ne sont pas modifiés aussi en pratique la banque peut :

-soit se porter cessionnaire des créances inscrites sur un bordereau ;

-soit consentir des crédits sous toutes formes en affectant les créances du bordereau à la garantie de leur bonne fin : on parle alors de cession à titre de garantie.

Dans les deux cas, la banque (cessionnaire) est propriétaire des créances cédées et, sauf convention contraire, le client remettant (cédant) est garant solidaire du paiement de ces créances (art.L 313-24 CMF).

A noter que le nouvel article 1324 du code civil consacre la procédure de notification souvent refusée par les primo créanciers, qui craignent que leur client ne prenne la notification de la créance de la part de la banque comme une mauvaise appréciation de sa santé financière : « Le débiteur peut invoquer la cession dès qu'il en a connaissance, mais elle ne peut lui être opposée que si elle lui a été notifiée ou s'il l'a acceptée ».

J 520 INSTRUMENTS DE LA CESSION

J 521 Convention

Le cédant et le cessionnaire peuvent conclure une convention définissant leurs rapports, notamment la nature du transfert des créances (cession ou nantissement). Elle est alors signée dès la première opération et généralement pour une durée illimitée.

J 522 Bordereau de cession de créances

Le bordereau est l'instrument de la cession ou du nantissement des créances ; il permet par sa simple remise de transférer à la fois plusieurs créances, même si elles sont à échéances distinctes et sur des débiteurs différents. (cf art 1321 2e alinéa nouveau C.civ.). Il doit comporter des mentions obligatoires et être signé par le cédant ; il doit aussi être daté par le cessionnaire, cette date déterminant la prise d'effet de l'opération et l'opposabilité de la cession ou du nantissement aux tiers.

La loi dispose que, sauf convention contraire, la remise du bordereau entraîne de plein droit le transfert des sûretés même hypothécaires garantissant chaque créance ainsi que celui de tous leurs accessoires, par exemple, droit de préemption ou clause compromissoire (cf. E 430) sans qu'il soit besoin d'autre formalité.

Le nouvel article 1323 du code civil reprend l'ensemble en disposant que : « *entre les parties, le transfert de la créance s'opère à la date de l'acte.*

Il est opposable aux tiers dès ce moment.

En cas de contestation, la preuve de la date de la cession incombe au cessionnaire, qui peut la rapporter par tout moyen.

Toutefois, le transfert d'une créance future n'a lieu qu'au jour de sa naissance, tant entre les parties que vis-à-vis des tiers. »

Enfin, le code civil prenant en compte les progrès de l'informatique et disposant dans son nouvel article 1322 que : « *la cession de créance doit être constatée par écrit, à peine de nullité* », consacre la nécessité, au contraire de la pratique passée, de mentionner par écrit les créances individuelles cédées à peine de nullité.

J 523 Documents accessoires

Ces documents peuvent être des effets de commerce, factures, bons de commande et de livraison, listes de débiteurs, etc.

La cession ou le nantissement étant réalisé dès la signature du bordereau, pour autant que ce dernier soit régulier et notamment permette l'individualisation des créances cédées, les autres documents n'ont aucun caractère de nécessité ; en pratique, ils sont utiles pour démontrer, en cas de refus de paiement des débiteurs cédés, la réalité des créances alléguées contre eux ; ils sont également utiles pour parvenir à l'encaissement du prix s'il s'agit de moyens de paiement.

J 530 OPPOSABILITÉ AUX TIERS

La cession ou le nantissement devient opposable aux tiers à la date portée sur le bordereau. En cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du cédant, la position du cessionnaire est avantageuse car, la créance cédée étant sortie du patrimoine du cédant, il n'a pas à subir le concours d'autres créanciers.

Vis-à-vis des débiteurs cédés, cette opposabilité n'est en pratique effective qu'à compter de leur information ; celle-ci peut être faite par la notification (assujettie à des formes définies par le décret du 9 septembre 1981) qui a pour but de leur interdire de régler le cédant au détriment de l'établissement de crédit.

Toutefois, la jurisprudence ne fait porter sur le débiteur cédé aucune obligation de réponse, même si une clause ajoutée dans la notification tente de la lui imposer. En revanche, le comportement du débiteur cédé peut être fautif s'il a, par exemple, dans un premier temps, laissé espérer un paiement au cédant, puis négligé de le tenir informé de faits nouveaux réduisant ou annihilant sa dette.

L'établissement de crédit peut aussi demander l'acceptation du débiteur cédé ; dans ce cas, l'engagement de ce dernier doit être constaté, à peine de nullité, par un écrit dénommé « acte d'acceptation de la cession ou du nantissement d'une créance professionnelle » qui produit les mêmes effets qu'une acceptation cambiaire (J 431).

En pratique, cette acceptation formelle est rarement obtenue, en sorte que le banquier peut se voir opposer toutes exceptions, y compris l'existence d'avoirs, de remises et de compensation de créances dès lors que ces dernières sont certaines, liquides et exigibles (cf. G 620).

La rédaction du nouvel article 1324 du code civil reprend cette jurisprudence pour la consacrer : « *La cession n'est opposable au, s'il n'y a déjà consenti, que si elle lui a été notifiée ou s'il l'a acceptée* ».

Le débiteur peut opposer au cessionnaire les exceptions inhérentes à la dette, telles que la nullité, l'exception d'inexécution, ou la compensation des dettes connexes.Il peut également opposer les exceptions nées de ses rapports avec le cédant avant que la cession lui soit devenue opposable, telles que l'octroi d'un terme, la remise de dette ou la compensation de dettes non connexes.

Le cédant et le cessionnaire sont solidairement tenus de tous les frais supplémentaires occasionnés par la cession dont le débiteur n'a pas à faire l'avance.

Sauf clause contraire, la charge de ces frais incombe au cessionnaire ».

J 540 CONFLITS ENTRE CESSIONNAIRE ET AUTRES AYANTS DROIT

Si le cédant fait l'objet d'une procédure collective, le liquidateur, l'administrateur et/ou le débiteur peuvent entrer en conflit avec le banquier cessionnaire lorsque, à la date du jugement d'ouverture, les commandes n'ont pas été entièrement exécutées ; le banquier doit toutefois obtenir paiement de la partie de la créance correspondant aux prestations effectuées avant le jugement d'ouverture.

Si la cession d'une même créance a été consentie à plusieurs banques, l'application de la loi conduit à accorder le bénéfice de la créance au premier en date des cessionnaires car le créancier ne pouvait céder au second cessionnaire une créance qui ne lui appartenait plus.

Le banquier cessionnaire revendique parfois les paiements de débiteurs cédés auprès d'un banquier qui les a reçus de bonne foi. Ce dernier est en droit de conserver les fonds car il ne les a pas reçus pour son compte mais pour celui de son client qu'il a crédité de leur montant.

Le banquier cessionnaire peut se trouver en conflit avec un confrère escompteur d'un effet de commerce représentatif de la créance cédée. Dans ce cas :

-si l'effet est accepté, le banquier escompteur de bonne foi prime toujours le cessionnaire en raison de l'engagement cambiaire du cédé qui a créé, entre lui et le porteur de l'effet, un rapport direct distinct du rapport fondamental qui est la cause du tirage ;

-si l'effet escompté n'a pas été accepté, le banquier cessionnaire est préféré à l'escompteur si la date de la cession est antérieure à l'échéance de l'effet.

Le banquier cessionnaire peut être en concurrence avec un délégataire si la créance a été également déléguée (cf. G 424) ; la solution est déterminée par la comparaison de la date du bordereau d'une part, et de celle de l'engagement du délégué en faveur du délégataire d'autre part.

En cas d'affacturage, il y aura également lieu de comparer la date du bordereau avec celle de la quittance subrogative.

En cas de sous-traitance, le banquier peut voir ses droits contrariés par l'exercice de l'action directe (cf. H 453), alors que l'entrepreneur principal lui a cédé des droits sur le maître de l'ouvrage. Le sous-traitant sera préféré au cessionnaire car la cession lui est inopposable, même si sa date est antérieure à la mise en œuvre de l'action directe ; en effet, la loi du 31 décembre 1975, qui est d'ordre public, interdit à l'entrepreneur principal de céder la partie de sa créance correspondant aux travaux qu'il n'a pas effectués personnellement sauf si leur paiement est garanti par une caution bancaire.

Le mécanisme de la clause de réserve de propriété peut entraîner une concurrence, en cas de revente à un sous-acquéreur, entre le vendeur d'origine non encore payé, habilité à revendiquer le prix à l'égard de ce dernier et le banquier cessionnaire de la créance résultant pour le premier acquéreur de cette revente. Le vendeur d'origine est alors préféré au banquier, le prix se trouvant subrogé aux marchandises dont il était demeuré propriétaire jusqu'à la revente.

La banque peut être en conflit avec le titulaire d'un droit de rétention : ainsi, par exemple, un commissionnaire de transport bénéficiant d'un droit réel sur les fonds versés par l'acheteur débiteur cédé sera préféré à la banque dès lors que la créance garantie par ce droit préexistait à la création du bordereau.

Les nouveaux articles 1325 et 1326 du code civil reprennent dans la loi ces règles jurisprudentielles sans les modifier.

Art. 1325. – *Le concours entre cessionnaires successifs d'une créance se résout en faveur du premier en date ; il dispose d'un recours contre celui auquel le débiteur aurait fait de bonne foi un paiement.*

Art. 1326. – *Celui qui cède une créance à titre onéreux garantit l'existence de la créance et de ses accessoires, à moins que le cessionnaire l'ait acquise à ses risques et périls ou qu'il ait connu le caractère incertain de la créance.*

Il ne répond de la solvabilité du débiteur que lorsqu'il s'y est engagé, et jusqu'à concurrence du prix qu'il a pu retirer de la cession de sa créance.

Lorsque le cédant a garanti la solvabilité du débiteur, cette garantie ne s'entend que de la solvabilité actuelle ; elle peut toutefois s'étendre à la solvabilité à l'échéance, mais à la condition que le cédant l'ait expressément spécifié.

CHAPITRE 6

J 600 AUTRES FORMES DE CRÉDITS BANCAIRES

J 610 CRÉDITS A MOYEN ET LONG TERME

Il s'agit de crédits d'une certaine durée : à moyen terme de 2 à 7 ans, à long terme au-delà.

En outre :

-ils font généralement l'objet d'un acte de prêt ;

-ils sont le plus souvent assortis de garanties spécifiques.

Leur objet est normalement de financer des investissements mais il peut aussi bien être de reconstituer le fonds de roulement en attendant l'amélioration des résultats de l'entreprise.

La mise à disposition des fonds s'effectue selon les conventions intervenues, soit sous le contrôle de la banque prêteuse sur justification des dépenses, soit par paiement direct des fournisseurs par celle-ci, soit enfin à l'initiative de l'emprunteur.

Les prêts participatifs constituent une catégorie particulière réglementée par les articles L313-13 à L 313-20 du code monétaire et financier. Assimilés dans la comptabilité à des fonds propres, ils constituent juridiquement des dettes ; leur caractère original réside dans le fait, qu'en cas de procédure collective ou de liquidation amiable, ils ne sont remboursables qu'après désintéressement de tous les créanciers privilégiés ou chirographaires (on emploie le terme de créances « hypographaires »).

J 620 AVAL ET GARANTIES BANCAIRES

Il ne sera question dans cette section ni de l'aval d'une lettre de change, ni de celui d'un billet à ordre qui ont été traités dans les sections relatives à ces deux modes de paiement (cf. J 125 et J 130).

Les banquiers peuvent aider leurs clients sans pour autant être obligés de décaisser des fonds en accordant leur signature en vue d'opérations déterminées telles que l'obtention d'un crédit auprès d'un autre organisme financier, l'obtention d'un marché public, etc. Les engagements par signature les plus courants sont l'acceptation de banque, le ducroire, les avals et garanties diverses.

J 621 Crédit par acceptation

Ce crédit prend la forme d'une lettre de change tirée sur une banque au lieu d'être à son ordre et acceptée par elle ; l'effet sera ensuite escompté par une autre banque qui le présentera à l'échéance à la banque tirée, laquelle sera remboursée directement par le débiteur.

J 622 Ducroire

Dans cette opération, en général de commerce international, le banquier garantit un vendeur contre le défaut de paiement d'un acheteur dont le vendeur ne connaît pas la solvabilité.

J 623 Caution et garanties diverses

Les banques sont fréquemment amenées à donner leur garantie dans les rapports entre leurs clients et d'autres personnes privées ou publiques. L'octroi de cette garantie permet au bénéficiaire de différer son paiement et d'éviter d'avoir à fournir un cautionnement en espèces réclamé en vertu de règles administratives. C'est ainsi que les banques se portent caution de leurs clients auprès de l'administration des douanes (admission temporaire, entrepôt fictif, règlement différé des droits de douane avec souscription d'obligations cautionnées), des contributions indirectes (taxes indirectes et sur le chiffre d'affaires, droits d'enregistrement) ; elles sont aussi appelées à cautionner leurs clients entrepreneurs qui veulent participer à une adjudication de travaux (caution de soumission), qui désirent encaisser, avant l'expiration de la période de garantie contractuelle, le montant de la retenue de garantie convenue ou qui sont astreints à garantir la bonne exécution d'un marché (caution de bonne fin).

Il existe bien d'autres formes de garanties bancaires s'appliquant à des opérations à caractère économique très varié, sans compter les cautions judiciaires à fournir en cas de demande d'exécution provisoire de la décision lorsqu'elle en est assortie. En particulier, une place particulière doit être faite aux garanties autonomes à première demande, engagements directs du banquier auprès d'un bénéficiaire sans lien avec le contrat principal (cf. N 120).

Dans de nombreux cas, le banquier, qui a fourni sa garantie à un de ses clients, procède sur le compte courant de ce dernier au blocage d'espèces ou de titres pour la totalité ou une fraction de l'engagement donné. Le coût de l'intervention du banquier est débattu avec le client garanti et varie selon la qualité de ce dernier.

J 630 CRÉDITS LIÉS AUX OPÉRATIONS INTERNATIONALES

J 631 Avance en devises

L'avance en devises est consentie dans les mêmes conditions qu'une avance en euros ; elle comporte toutefois pour l'emprunteur un risque de change si, à l'échéance, le cours de la devise concernée a monté ; ce risque peut être évité par les techniques de couverture du risque de change (change à terme, options, etc.).

J 632 Crédit documentaire

Le crédit documentaire est une institution originale du commerce international qui a été conçue pour garantir, en même temps, au vendeur le paiement de sa livraison et à l'acquéreur la livraison de la marchandise contre remise du paiement. Afin de garantir une utilisation correcte et uniforme du crédit documentaire, la Chambre de commerce internationale a créé les Règles et Usances uniformes (RUU 600) qu'il conviendra de consulter pour régler tout litige.

En pratique, l'acheteur demande à son banquier d'ouvrir un crédit documentaire en faveur de son vendeur, c'est-à-dire de prendre vis-à-vis de ce dernier l'engagement de lui régler le prix de la marchandise contre remise des documents d'expédition (connaissement, lettre de voiture, documents douaniers, etc). Le

banquier adresse à son correspondant à l'étranger une lettre d'ouverture d'accréditif décrivant les modalités de l'opération et lui demandant de payer le prix de la marchandise sur présentation des documents. Le correspondant informe le vendeur de l'ouverture du crédit et ce dernier expédie la marchandise en étant certain d'être payé.

Le recours au crédit documentaire élimine les risques de non-paiement et de non-livraison, mais le risque de non-conformité de la marchandise subsiste car seule peut être discutée la conformité des documents. Toute autre contestation ne peut intéresser que les parties au contrat commercial: les litiges commerciaux sont sans incidence sur les droits et obligations des banques qui n'interviennent qu'en qualité de mandataires au paiement et ne peuvent avoir d'autres responsabilités que celles d'un mandataire qui a manqué aux termes stricts de son mandat. La banque émettrice du donneur d'ordre (acheteur), qui est dans l'obligation de s'adresser à une autre banque dans le pays du vendeur, n'est pas responsable des fautes ou négligences de ses correspondants, pas plus que le mandataire autorisé à se substituer d'autres mandataires n'est responsable des fautes de ceux-ci (art. 1994 C. civ.). Depuis la crise financière de 2008 et l'apparition de plus en plus fréquente de sanctions financières internationales à l'encontre de certains pays, le crédit documentaire souffre du manque de confiance entre les établissements bancaires des protagonistes.

CHAPITRE 7

J 700 AFFACTURAGE

J 710 GÉNÉRALITÉS

J 711 Définition

L'affacturage (ou factoring) est une convention dans le cadre de laquelle une entreprise (l'adhérent) transfère des créances commerciales à un établissement de crédit spécialisé (affactureur ou factor) qui se charge de les recouvrer moyennant une rémunération.

Les créances sont des factures qui peuvent être réglées par l'affactureur soit à leur échéance (affacturage à l'échéance), soit avant celle-ci (affacturage traditionnel).

L'affactureur assume normalement le risque de non-paiement. En cas d'impayé, il ne peut donc se retourner contre l'adhérent que si les créances étaient inexistantes, nulles ou viciées. S'il ne l'assume pas, l'affacturage est dit «avec recours».

Quand l'affactureur assume le risque d'impayé, l'opération ne porte que sur des factures sélectionnées dites «approuvées». Sur les factures non approuvées, l'affactureur n'a qu'un rôle de prestataire de service d'encaissement.

Outre le financement par règlement anticipé des factures, qui s'apparente à un escompte sans recours quand l'affactureur assume le risque d'impayé, celui-ci rend aux adhérents des services complémentaires : sélection de la clientèle, fourniture de renseignements commerciaux, gestion du compte clients, remise en banque des moyens de paiement reçus, relance des débiteurs, actions contentieuses etc. ; il joue à ce titre un rôle de prestataire de services.

J 712 Réglementation

Cette technique financière n'est régie par aucun texte légal ; en revanche, l'affacturage international a fait l'objet de la convention d'Ottawa du 28 mai 1988 signée par une cinquantaine d'États, dont la France qui l'a ratifiée par une loi du 10 juillet 1991.

La société d'affacturage a nécessairement la qualité d'établissement de crédit et doit bénéficier d'un agrément.

J 713 Nature et techniques juridiques

L'affacturage est un contrat synallagmatique, conclu à titre onéreux, innommé (car né de la pratique), à exécution successive et à durée soit déterminée, soit le plus souvent indéterminée.

Le transfert des créances est généralement réalisé au moyen de la subrogation conventionnelle (cf.G 441).Parfois, le transfert est opéré au moyen de la cession de créances professionnelles (cf. J 500) ; il pourrait également l'être par tout autre procédé de transmission. La convention d'Ottawa est fondée sur la cession de créances qui est utilisée par les affactureurs anglo-saxons.

Du fait du transfert de créances et du paiement qu'il effectue, l'affactureur devient créancier du débiteur de l'adhérent aux lieu et place de ce dernier.

J 720 OPÉRATIONS D'AFFACTURAGE

J 721 Convention

L'affacturer, après avoir sélectionné ses adhérents quant à leur moralité et à leur surface financière et commerciale, leur fait signer un contrat qui est soumis aux règles de droit commun, mais conclu intuitu personae et par conséquent de nature à être résilié en cas d'événement intéressant la personne de l'adhérent (incapacité, agissements gravement répréhensibles, ouverture de procédure collective sous réserve du respect des règles applicables en matière de poursuite des contrats, etc.).

Le contrat prévoit l'encours maximum accordé, la rémunération de l'affacturer et les dispositions destinées à permettre d'assumer le risque de non-paiement :

-la constitution d'un fonds de garantie sur lequel sont imputés les impayés ; le montant en est un pourcentage des encours (15% est un taux fréquent) ; il est alimenté par un prélèvement du même pourcentage sur les factures jusqu'à atteindre le pourcentage prévu des encours ;

-la clause d'exclusivité du traitement des créances de l'adhérent au profit de l'affacturer afin d'éviter que seules les mauvaises factures ne lui soient transmises ;

-les conditions dans lesquelles l'affacturer peut rejeter des factures (plafonds d'encours par débiteur, mauvaise notation du débiteur).

Le contrat comporte également une convention de compte courant où se dénouent toutes les relations entre l'adhérent et l'affacturer.

J 722 Règlement des factures

L'adhérent remet à l'affacturer un bordereau des factures approuvées :

• attestant qu'elles sont conformes aux stipulations du contrat ;

• sur lequel figure une déclaration de transfert de propriété des créances correspondantes ou, si l'affacturer a utilisé la technique de la cession de créances professionnelles, les mentions prescrites par la loi (art. 313-23 CMF).

À réception du bordereau, l'affacturer crédite le compte courant des factures remises et le débite des commissions d'affacturage, des intérêts précomptés jusqu'à l'échéance des factures et des dotations au fonds de garantie (éventuellement, il le crédite des reprises quand le plafond du fonds est dépassé).

Le bordereau contient également, lorsque la technique de la subrogation est utilisée, une demande de paiement en compte courant en contrepartie d'une quittance subrogative qui y est jointe.

J 723 Subrogation

Pour satisfaire aux prescriptions de l'article 1250-1 (1346-1 nouveau) du code civil, la mention de subrogation est portée sur les quittances contre remise desquelles le règlement par crédit du compte courant est effectué. Celui-ci valant paiement, la subrogation se trouve réalisée.

Elle est opposable aux tiers dès le même instant sans autre formalité ; étant un acte intervenu entre commerçants, elle n'a pas à être revêtue de la date certaine.

J 724 Conflits entre affacturer subrogé et autres ayants droit

a) Banquier escompteur : la situation de l'affacturer est la même que celle du cessionnaire de créances professionnelles (cf. J 540).

b) Banquier cessionnaire de créances professionnelles ou autre affacturer : le conflit se règle en faveur de celui des deux titulaires dont le titre (bordereau ou quittance) est le premier en date.

c) Créancier pratiquant une saisie : même solution, sur la base de la date de l'acte de saisie.

d) Sous-traitant exerçant l'action directe ou ayant demandé le paiement direct (cf. H 450 - I 542) : la situation de l'affacturer est la même que celle du cessionnaire de créances professionnelles (cf. J 540).

e) Banquier de l'adhérent auquel le débiteur a payé directement la facture : ce banquier est en droit de conserver les fonds car il ne les a pas reçus pour son compte mais pour celui du client dont il a crédité le compte.

f) Fournisseur de l'adhérent titulaire d'une réserve de propriété : il est préféré à l'affacturer qui n'a pas plus de droits que l'adhérent.

g) Administrateur judiciaire ou liquidateur d'une procédure collective à l'encontre de l'adhérent : si, avant l'ouverture de la procédure, l'affacturer a crédité l'adhérent d'une facture correspondant à une prestation

ou livraison effectuée après l'ouverture, il est en principe le créancier de la somme due par le client de l'adhérent, mais cette solution est parfois contestée au motif que la prestation ou livraison a eu lieu après l'ouverture de la procédure.

h) Commissionnaire de transport : ce dernier peut opposer son droit de rétention.

Remarque : pour le cas où l'affactureur n'a pas utilisé la subrogation mais la cession de créances professionnelles, se reporter aux développements consacrés à cette dernière (cf. J 500).

J 725 Notification de la subrogation au débiteur

L'adhérent doit, sous peine d'engager sa responsabilité, notifier à son débiteur qu'il devra régler directement l'affactureur. Cette notification n'est pas une condition d'opposabilité, mais c'est une précaution utile parce que, dans l'ignorance de l'affacturage, le débiteur pourrait de bonne foi régler directement l'adhérent et se trouver ainsi libéré de son obligation de payer.

Cette notification n'est soumise à aucune forme précise; il est toutefois nécessaire que la mention de subrogation soit bien apparente sans être pour autant signée ; elle est généralement portée par un cachet sur la facture envoyée au tiers débiteur.

J 726 Rapports entre affactureur et débiteur

Si les factures sont «approuvées», les créances correspondantes sont la propriété de l'affactureur. En conséquence :

• l'adhérent ne peut plus en disposer, par exemple en les cédant par bordereau de cession de créances professionnelles ; de même, une saisie attribution pratiquée entre ses mains serait inefficace ;

• l'affactureur a qualité pour exercer une action en paiement contre le débiteur, ce dernier ne pouvant se libérer valablement qu'auprès de lui (à moins que la subrogation ne lui ait pas été notifiée avant que le règlement soit effectué) ;

• les exceptions inhérentes à la créance (inexécution, mauvaise exécution, réserve de propriété, etc.) sont opposables à l'affactureur qui ne peut avoir plus de droits que l'adhérent, ceci même si le vice qui affecte la créance se révèle par la suite ;

• les exceptions extérieures à la créance ne lui sont opposables que dans la mesure où elles ont pris naissance à l'encontre de l'adhérent fournisseur avant la subrogation ; il en est ainsi de la compensation légale pour la même raison qu'à l'alinéa précédent.

Si les factures ne sont pas «approuvées», l'affactureur n'est qu'un simple mandataire à l'encaissement et le débiteur peut soulever toutes les exceptions dont il dispose à l'encontre du fournisseur.

J 727 Rapports avec les cautions

Si le solde débiteur du compte courant de l'adhérent est garanti par le cautionnement d'une personne physique, la société d'affacturage qui est un créancier professionnel au sens des articles L341-1 à L341-6 du code de la consommation doit respecter l'obligation d'information annuelle de l'article L 313-22 du code monétaire et financier (cf. N110).

CHAPITRE 8

J 800 CRÉDIT-BAIL ET LOCATION FINANCIÈRE

J 810 GÉNÉRALITÉS

J 811 Principes

a) Régi par les articles L 313-7 à L 313-11 du code monétaire et financier, le crédit-bail est une technique de financement (s'inspirant du "leasing" anglo-saxon) qui permet à un utilisateur, appelé crédit-preneur, de disposer d'un bien d'équipement mobilier ou immobilier à usage professionnel sans le payer comptant et, en principe, sans verser d'acompte à la commande ou même à la livraison.

b) C'est l'utilisateur qui choisit le bien lui convenant ainsi que le fournisseur. Il demande alors à un établissement de crédit, appelé crédit-bailleur, d'acheter ce bien pour le lui louer, moyennant un loyer déterminé, à périodicité mensuelle ou trimestrielle, pendant une durée convenue, correspondant en

général à la période d'amortissement du bien considéré.

c) Le bien reste ainsi la propriété du crédit-bailleur pendant toute la durée du bail. A son expiration, le preneur a la possibilité soit de s'en porter acquéreur pour un prix dit résiduel prévu au contrat, soit de le restituer, soit d'en demander une nouvelle location. C'est l'existence de cette option d'achat qui distingue le crédit-bail de la location financière (cf. J 880).

d) Le crédit-bail se différencie de la vente à crédit dans laquelle la propriété du bien est transférée à l'utilisateur dès la conclusion du contrat, ainsi que de la location-vente ou de la vente à terme avec réserve de propriété dans laquelle le transfert de la propriété est inéluctable, même s'il est différé.

e) Le crédit-bail est utilisé essentiellement pour le financement de matériels mais des immeubles ou des fonds de commerce peuvent également en faire l'objet.

J 812 Caractéristiques

a) Le crédit-bail est complexe puisqu'il combine à la fois un financement, une location et à terme une vente.

b) C'est une opération possédant ses règles propres qui ne peut être effectuée à titre habituel que par des entreprises commerciales soumises à la règlementation bancaire.

c) Le contrat comprend plusieurs conventions :

- par la première, le crédit-bailleur s'engage à passer commande d'un bien désigné par le crédit-preneur en vue de le lui donner en location ;
- la deuxième est le bail proprement dit, avec des conditions dérogatoires au droit commun
- la troisième se rapporte à l'option terminale du crédit-preneur.

d) Du point de vue économique :

- la société de crédit-bail est une entreprise de crédit et non une entreprise de location ; le code monétaire et financier qualifie d'ailleurs le crédit-bail d'opération de crédit ;
- toutefois, comme les termes de loyer ne sont pas des échéances de remboursement d'un crédit, aucun taux d'intérêt n'est stipulé et la réglementation sur le taux effectif global (T.E.G.) n'est pas applicable au crédit-bail ;
- l'article 18 du décret du 22 novembre 1971 précise que les opérations de crédit-bail n'étant pas considérées comme des locations, l'utilisateur (le preneur) assume dans le domaine pénal (infractions) et fiscal (taxe professionnelle) toutes les responsabilités du propriétaire du bien.

e) Il s'agit en général d'un contrat d'adhésion : aussi doit-il répondre à certaines exigences quant à son établissement et son application.

J 813 Opérations voisines du crédit-bail

Outre le crédit-bail mobilier et le crédit-bail immobilier, il se pratique cinq opérations voisines:

a) Crédit bail adossé (ou leasing adossé) : c'est un crédit-bail qui présente la particularité d'être consenti non à l'utilisateur, mais au fournisseur lui-même auquel le matériel est donc crédit-baillé afin qu'il le remette en sous-location à l'utilisateur final.

b) Cession-bail (ou lease back) : la société de crédit-bail achète le matériel non à un fabricant ou à un négociant revendeur, mais à l'utilisateur lui-même qui le reprendra en crédit-bail cumulant ainsi les qualités de fournisseur et de crédit-preneur. Cette formule est parfois utilisée, notamment dans le domaine immobilier, pour rétablir les fonds propres et la trésorerie d'une entreprise.

c) Location assortie d'une promesse de vente (ou L.P.V.) : c'est une opération de leasing ne s'appliquant pas à des biens professionnels, mais à des biens d'équipement personnels (articles électroménagers, voitures particulières, etc.) ; elle est réglementée par les articles L 311-2 et suivants du code de la consommation.

d) Leasing réalisé par une entreprise n'ayant pas la qualité d'un établissement financier

(fabricant lui-même, négociant revendeur, loueur professionnel, etc.).

e) Location financière (cf. J 880).

J 820 MISE EN PLACE ET DÉROULEMENT DE L'OPÉRATION DE CRÉDIT-BAIL MOBILIER

La mise en place d'un crédit-bail inclut les rapports avec le fournisseur et comprend la commande, la réception, la facturation et le paiement.

J 821 Commande

a) Le crédit-preneur choisit le bien en fonction de l'utilisation qu'il compte en faire, mais le crédit-bailleur en sera propriétaire pendant la durée de l'opération. Pour ce faire, la société de crédit-bail donne mandat à l'utilisateur de choisir le vendeur, d'agréer le bien dont elle deviendra propriétaire et d'en prendre livraison.

b) La commande du bien peut être faite soit par la société de crédit-bail, soit par l'utilisateur lui-même relayé ensuite par la société de crédit-bail. Dans ce dernier cas, si le crédit-bailleur refuse d'intervenir, l'utilisateur reste engagé vis-à-vis du vendeur dès lors qu'il n'a pas pris soin de préciser dans son bon de commande que le financement en serait fait par crédit-bail.

c) Dans l'un et l'autre cas, la nature et les caractéristiques du bien sont spécifiées dans le contrat de crédit-bail au titre de la convention par laquelle le crédit-bailleur s'engage à commander. Si, une fois le contrat signé, ce dernier se dérobe sans motif valable à son obligation d'achat, l'utilisateur dispose, en vertu de la théorie générale des contrats, d'une action en résolution du contrat entraînant dommages-intérêts à son profit.

d) Mandat d'ester en justice : généralement, le crédit-bailleur insère dans les conditions générales de l'opération une clause excluant sa propre garantie et, en contrepartie, une autre clause transférant à l'utilisateur toutes les garanties à l'encontre du vendeur résultant du contrat de vente.

A cette fin, il incombe au crédit-bailleur d'informer le vendeur sur son bon de commande du transfert de garanties pour qu'il lui soit opposable. L'utilisateur pourra ainsi agir directement contre le vendeur et devra tenir informé son crédit-bailleur de ses actions, par exemple en lui adressant copie de sa correspondance, ce qui facilitera l'assistance du crédit-bailleur.

Ce transfert de garanties avec mandat corrélatif au profit de l'utilisateur trouve son fondement dans le fait que la société de crédit-bail est un établissement financier et non un loueur ordinaire. Cependant, si un recours contentieux s'avère nécessaire avant que le bail n'ait pris effet, par exemple en cas de carence du vendeur qui ne livre pas le bien, il n'y a pas de mandat d'ester d'intérêt commun et le crédit-bailleur doit agir soit conjointement avec l'utilisateur, soit, s'il agit seul, en tenant l'utilisateur informé.

J 822 Réception

a) C'est l'utilisateur qui signe le procès-verbal de réception. Cette pièce est fondamentale car, aussi longtemps que le bien n'a pas été réceptionné, le contrat de crédit-bail ne prend pas effet et le crédit-bailleur n'est pas obligé de régler le vendeur. Normalement le procès-verbal de réception doit comporter, d'une part la date de livraison du vendeur, d'autre part celle de réception par l'utilisateur, ainsi que la signature et le cachet de chacun d'eux.

b) Au vu de cette pièce, dûment complétée, le crédit-bailleur règle le vendeur et adresse généralement au crédit-preneur un "avis de mise en force" du contrat, entraînant sa prise d'effet et précisant la date ainsi que le montant de la première échéance à payer.

c) Si le preneur refuse de prendre livraison, il faut distinguer deux cas :

- s'il n'a pas signé le procès verbal : le crédit-bailleur doit s'abstenir de payer le vendeur ;
- s'il a signé le procès verbal mais se rétracte : il devra tenir ses engagements si le crédit-bailleur a payé le vendeur ; dans le cas contraire, même solution si le vendeur exige le paiement, sauf

clause contraire du bon de commande.

d) Par ailleurs, des difficultés surgissent lorsque le procès-verbal est signé "avec réserves" car le contrat ne pourra prendre effet que lorsque les réserves auront été levées. Dans ces conditions le crédit-bailleur, d'une part ne doit pas régler le vendeur sauf à engager sa propre responsabilité et, d'autre part, en vertu du mandat d'intérêt commun inclus dans les conditions du contrat ainsi que dans son bon de commande au vendeur, doit agir de concert avec l'utilisateur pour un bon et prompt règlement du litige, a fortiori si un recours contentieux devient nécessaire.

e) Si le crédit-preneur se dérobe sans motif valable à son obligation de réception, le crédit-bailleur dispose d'une action en résolution du contrat, assortie de dommages-intérêts généralement fixés forfaitairement par une clause du contrat.

J 823 Facturation

Elle est faite au crédit-bailleur par le fournisseur et implique acceptation par ce dernier des conditions générales figurant au bon de commande, notamment la subrogation du crédit-preneur qui y est mentionnée comme indiqué ci-dessus (cf. J 821d).

J 824 Paiement

Il est fait par le crédit-bailleur au vendeur après réception et délivrance par le crédit-preneur des garanties annexes éventuellement convenues (par exemple, caution du dirigeant d'une société). Si le crédit-bailleur revient sur son accord de crédit (garanties non fournies, situation du preneur aggravée) il doit payer néanmoins le vendeur sauf clause contraire du bon de commande.

J 825 Déroulement de l'opération

Pendant la période irrévocable de location, les rapports entre les cocontractants sont ceux d'un bailleur et d'un locataire, mais les règles de droit commun du louage de meubles, telles que fixées par le code civil, ne sont pas toutes applicables à raison des clauses dérogatoires figurant au contrat.

a) Clauses soumises au droit commun du bail

• comme pour une location ordinaire : les clauses fixant la durée du bail, le montant du loyer (qui pourra être indexé), les dates des échéances ;

• le crédit-bailleur étant propriétaire du bien, l'utilisateur ne peut ni l'aliéner, ni constituer sur lui une sûreté, ni, si le contrat l'interdit, le déplacer ou le prêter à titre gracieux ; toutefois, s'il s'agit d'un matériel, il peut être mis à disposition du locataire gérant du fonds, sauf si cette location gérance ne sert qu'à dissimuler une sous-location du matériel ;

• la cession du bail et la sous-location sont en principe interdites, sauf dans le cas particulier du leasing adossé où la sous-location est autorisée ;

• si le crédit-bailleur cède le bien objet du contrat, le cessionnaire sera alors tenu vis-à-vis du crédit-preneur exactement comme l'était la société de crédit-bail, tant pour les conditions de location que pour la promesse de vente.

b) Clauses dérogatoires du droit commun du bail

• le crédit-preneur aura en général la charge de l'entretien et de toutes les réparations ;
• le crédit-bailleur s'exonère de même de sa responsabilité en cas de destruction du bien loué, même par cas fortuit ou force majeure, en imposant à l'utilisateur d'assurer ce bien ;
• le crédit-bailleur s'exonère de son obligation de garantie, même des vices cachés ;
• le crédit-bailleur se décharge sur l'utilisateur de certaines formalités administratives (par exemple, carte grise pour un véhicule) ou du paiement de certaines charges fiscales ; l'utilisateur assume toutes les responsabilités du propriétaire du matériel, les opérations de crédit-bail n'étant pas considérées à cet égard comme des locations (décret du 22 novembre 1971).

Ainsi par le jeu de toutes les clauses habituellement insérées au contrat, le crédit-bailleur réduit à l'extrême ses charges et obligations de loueur pendant la période irrévocable de location.

Toutefois, ces décharges du crédit-bailleur doivent être interprétées de façon restrictive : le bailleur n'est pas pour autant dégagé de ses obligations essentielles de propriétaire ; il lui appartient, en particulier, de revendiquer le bien entre les mains d'un tiers, ainsi que d'agir dans l'intérêt commun, par exemple en justice.

J 830 DÉNOUEMENT DE L'OPÉRATION DE CRÉDIT-BAIL

L'utilisateur qui désire lever l'option devra obligatoirement le faire avant l'expiration de la période irrévocable de location. Plusieurs solutions sont possibles.

J 831 Dénouement normal

Si le bail n'a pas été résilié, trois possibilités sont ouvertes à l'utilisateur.

a) Acquisition du bien

L'utilisateur qui désire lever l'option d'achat doit le faire savoir avant l'expiration de la période irrévocable de location.

Il doit ensuite, après s'être acquitté du dernier loyer, payer le prix convenu au contrat (dénommé "valeur résiduelle").

Le crédit-bailleur doit lui délivrer une facture et éventuellement effectuer les formalités administratives liées à la nature particulière du bien (par exemple, transfert de carte grise).

Le droit commun de la vente est applicable. Le crédit-bailleur est tenu à la garantie du fait personnel et à la garantie d'éviction. Il bénéficie en contrepartie du privilège du vendeur et de l'action résolutoire pour défaut de paiement.

b) Restitution du bien

A défaut de levée de l'option en temps utile, le contrat prend fin par la restitution du bien : le locataire peut être contraint à une telle restitution par le juge des référés qui est également compétent pour imposer une astreinte

L'utilisateur qui ne restitue pas le bien peut être condamné pour abus de confiance s'il s'est mis volontairement dans l'impossibilité de le restituer, mais le défaut de restitution dû à la simple négligence n'engage que la responsabilité civile de l'auteur et non sa responsabilité pénale.

c) Relocation du bien

Elle doit être expressément demandée par l'utilisateur. Dans ce cas, il s'agit d'un contrat distinct de la location irrévocable ; l'amortissement est normalement achevé et le locataire ne bénéficiera plus, à l'issue de cette nouvelle période de location, de la promesse de vente sauf clause contraire du contrat.

J 832 Résiliation du bail

a)Elle ne peut en général intervenir que du fait du crédit-bailleur. La plupart des contrats de crédit-bail prévoient une résiliation de plein droit, après mise en demeure restée sans effet, dans diverses hypothèses, telles que :

- inexécution de l'une des obligations à charge du preneur, par exemple, défaut de paiement des loyers ou diminution des garanties,
- sinistre total du bien (vol ou destruction),
- liquidation de l'entreprise du preneur,
- cession partielle de l'entreprise.

b) Cette résiliation entraîne l'obligation pour le preneur de restituer le bien, à défaut la possibilité pour le crédit-bailleur de le reprendre aux frais du preneur défaillant (par exemple, bien resté chez le fournisseur pour réparation).

c) Elle n'entraîne pas, en revanche, la disparition du mandat d'ester conféré au preneur, car ce mandat a eu pour contrepartie l'exonération de garantie du crédit-bailleur et ne saurait disparaître que si cette exonération prenait fin, ce qui n'est jamais le cas.

d) Sur le plan financier, les contrats prévoient généralement qu'en cas de résiliation du fait de la défaillance du crédit-preneur, celui-ci devra payer au crédit-bailleur les sommes suivantes :

1) Loyers échus (à la date de résiliation) et impayés dus avec intérêts moratoires à compter de leur date respective d'exigibilité au taux contractuel ; ils sont soumis à la prescription quinquennale de l'article 2224 (2277 ancien) du code civil ;

2) Indemnité de résiliation égale aux loyers non échus lors de la résiliation ; souvent appelée "échéances à venir", cette indemnité a un double caractère :

- elle est indemnitaire puisque le crédit-bailleur percevra intégralement les sommes prévues au contrat s'il s'était déroulé normalement ;
- elle est comminatoire puisqu'elle incite le preneur à exécuter la convention.

Compte tenu de son *caractère indemnitaire*, l'indemnité de résiliation porte intérêt au taux contractuellement prévu pour les intérêts de retard, à compter, soit de la date de la résiliation du contrat, soit de celle de la mise en demeure de payer adressée au débiteur défaillant ; elle n'est pas soumise à la prescription quinquennale.

Elle a en partie le caractère d'une *clause pénale* puisque le crédit-bailleur percevra immédiatement des sommes qu'il n'aurait dû encaisser qu'à terme et qu'elle a une fonction coercitive (cf. G 187).

Pour se déterminer sur son caractère excessif et la réduire éventuellement, le magistrat, s'il s'estime insuffisamment informé, peut se faire communiquer par le crédit-bailleur le plan d'amortissement financier de l'immobilisation que constitue dans son bilan le bien donné à bail et comparer le montant restant à amortir, qui correspond à sa créance financière en capital, avec le montant des échéances à venir.

Il peut également actualiser le montant des loyers non échus (restant à payer à la date de résiliation) à un taux de marché et considérer que le surplus par rapport au total des loyers à échoir constitue, avec les autres indemnités demandées (cf. ci-dessous pénalités), une clause pénale dont il convient éventuellement d'apprécier (et de justifier) le caractère excessif.

3) Valeur résiduelle du bien

Il convient, si le contrat le prévoit, d'ajouter au montant de l'indemnité due la valeur résiduelle du bien loué telle que fixée par le contrat. En revanche, il conviendra d'en déduire le prix de revente du bien, minoré des frais de revente.

Le prix de revente est souvent contesté par le débiteur, mais c'est à lui d'apporter la preuve qu'il y a eu fraude et que ce prix ne correspond pas à la valeur réelle du bien compte tenu de son état lors de la restitution et des conditions du marché. Dans la pratique, cette preuve est très difficile à apporter ; il pourra, par exemple, soutenir qu'il a présenté un acquéreur sérieux et solvable à un prix plus élevé.

Le débiteur ne peut reprocher au crédit-bailleur d'avoir vendu le bien sans l'avoir consulté que si cela était contractuellement prévu ; il ne peut davantage contester la vente si elle a été faite aux enchères publiques.

4) Pénalités

La pénalité prévue par le contrat (généralement de 8 à 10 %) n'indemnise pas le préjudice subi par le crédit-bailleur puisqu'il a déjà été compensé par le paiement de l'indemnité due au titre des échéances à venir. Elle n'a donc qu'un rôle comminatoire, ce qui la rend susceptible de faire double emploi avec l'avantage que constitue généralement le paiement anticipé des échéances.

Cette pénalité peut ainsi s'avérer sans objet et le juge peut alors la réduire par application de l'article 1152 al. 2 du code civil. Il ne faut donc accorder cette pénalité, en tout ou partie, que lorsque l'avantage résultant du paiement anticipé est trop faible, par exemple dans le cas où la rupture intervient peu avant la fin de l'exécution du contrat.

Remarque :

L'article 1231 ancien (1231-5 nouveau) du code civil (réduction partielle de la pénalité à proportion d'une exécution partielle) ne peut trouver application du fait que la somme restant due décroît au fur et à mesure de l'exécution du contrat et que les conditions de sa décroissance sont fixées par le

contrat.

5) Frais de justice

C'est au magistrat d'apprécier si le crédit-bailleur en a déjà été désintéressé par l'indemnité de résiliation. Si ce n'était pas le cas, le tribunal pourrait soit accorder la pénalité contractuelle en tout ou partie, soit accorder une indemnité sur le fondement de l'article 700 du C.P.C.

6) T.V.A.

Les indemnités qui constituent la contrepartie d'une prestation de services sont imposables à la TVA. En revanche, une indemnité qui a pour objet exclusif de réparer un préjudice commercial, fut-il courant, n'a pas à être soumis à cet impôt (instruction BOI-TVA-Base 10 du 15 novembre 2012).

En conséquence :

-sont soumis à TVA les loyers échus

-n'est pas soumise à TVA l'indemnité de résiliation (loyers à échoir, pénalités,…)

J 840 PUBLICITÉ DU CONTRAT DE CRÉDIT-BAIL MOBILIER

J 841 Publicité comptable

Les loyers versés doivent être mentionnés sur le compte d'exploitation du crédit-preneur, avec distinction entre les opérations de crédit-bail mobilier et immobilier. En outre, le montant total des charges restant dues doit apparaître en annexe du bilan. La violation de cette obligation est passible de sanctions pénales.

J 842 Publicité juridique

Les opérations de crédit-bail doivent faire l'objet d'une inscription prise sur un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce du lieu d'immatriculation à titre principal de l'utilisateur s'il est commerçant, ou du lieu d'établissement de l'utilisateur s'il n'est pas commerçant.

L'inscription est faite à la requête du crédit-bailleur. Elle fait état des renseignements d'usage sur l'identité des parties et comporte une description sommaire du matériel qui doit inclure, s'il en existe un, son numéro de série.

Toute modification des renseignements publiés doit faire l'objet d'une inscription en marge et éventuellement d'une transcription au greffe du nouveau tribunal territorialement compétent.

Toutefois, pour exercer son droit de suite à l'encontre d'un tiers acquéreur qui, en matière de meubles, peut se prévaloir de la présomption de l'article 2276 (2279 ancien) du code civil, le crédit-bailleur devra prouver l'identité entre le bien revendiqué et celui qu'il a loué. Or, la description sommaire du bien figurant au greffe du tribunal de commerce peut se révéler insuffisante. C'est pourquoi, par analogie avec le procédé prévu par les articles L 521-1 et suivants du code de commerce en matière de nantissement sur le matériel et l'outillage, le crédit-bailleur exige souvent l'apposition d'une plaque sur le matériel loué. Mais cette formalité n'est ni nécessaire ni suffisante pour assurer la publicité du contrat vis-à-vis des tiers.

Le défaut de publication rend inopposable aux tiers le droit de propriété du crédit-bailleur. Dans ce cas, le crédit-bailleur créancier d'une procédure collective, devra se comporter comme un bailleur ordinaire et revendiquer son bien dans les conditions prévues par les articles L 624-9 et suivants du code de commerce.

De même, pour opposer son droit de propriété sur un bien meuble à un créancier privilégié, tel que le bailleur d'immeuble, bénéficiaire d'un gage tacite sur les meubles garnissant les lieux loués, le crédit-bailleur devra avoir fait publier son contrat avant l'installation du matériel dans l'immeuble.

J 850 CAS PARTICULIERS

J 851 Destruction du bien loué

Si le preneur est fautif, le tribunal applique les clauses du contrat. S'il ne l'est pas, les indemnités à prévoir ne peuvent pas avoir de caractère comminatoire, mais doivent seulement compenser le préjudice subi, c'est-à-dire la perte éprouvée par le crédit-bailleur et le gain dont il a été privé (art. 1141 C. civ.). Elles peuvent par conséquent être réduites par le tribunal si elles comprennent des pénalités.

D'ailleurs, la plupart des contrats ne prévoient pas de pénalités fixes mais stipulent une actualisation des échéances à venir.

Les contrats imposent généralement au preneur une obligation d'assurance ; il peut s'agir :

- soit d'une assurance-dommage limitée à la valeur du bien loué, cas dans lequel la compagnie ne versera parfois qu'une somme inférieure à ce qui reste dû ;
- soit d'une assurance-crédit garantissant le paiement de la dette contractuelle.

J 852 Résolution de la vente pour non-conformité du bien

Le cas se présente le plus généralement lorsque le matériel livré n'est pas conforme à la commande et se trouve refusé par le client crédit-preneur qui l'a choisi sous sa responsabilité ; le preneur n'est pas fondé à mettre en cause le crédit-bailleur pour une défaillance technique ou une inadaptation du bien loué.

Par contre, il peut le mettre en cause au titre de son devoir de conseil ; notamment au plan juridique (explication du contrat, marche à suivre en cas de non conformité ou de vice caché).

Le preneur peut agir contre le fournisseur en résolution de la vente ; si le tribunal accueille sa demande, il doit ordonner le remboursement par le fournisseur au crédit-bailleur du prix du bien avec intérêts légaux.

La jurisprudence considère que, comme il y a eu résolution de la vente, le crédit-bail ne se poursuit pas. Mais elle admet que le contrat a existé puisqu'il contient, outre le bail, d'autres conventions qui subsistent. La résolution de la vente entraîne donc la résiliation du crédit-bail aux conditions prévues par le contrat en pareil cas (cf. J 834).

A défaut de clauses particulières, le tribunal doit fixer la date de résiliation (qui est celle de la résolution), dispenser le preneur des loyers postérieurs et déduire de la dette les sommes reçues du fournisseur.

Mais, de même qu'en cas de destruction du bien loué, la créance du crédit-bailleur doit être limitée au préjudice réellement subi, gain escompté inclus ; il ne saurait être appliqué au crédit-preneur des pénalités qui auraient un caractère comminatoire puisque le fait générateur de la résolution lui est étranger.

Le preneur qui agit seulement en résiliation du bail, sans requérir la résolution de la vente, verra donc sa demande repoussée si le crédit-bailleur ne l'accepte pas et ne demande pas lui-même la résiliation. (cf. J 886 : interdépendance des contrats)

J 853 Situation des cautions

a) Caution intéressée

Si la caution a un intérêt patrimonial dans l'entreprise cautionnée ou en est un dirigeant (caution dite "initiée" ou « intéressée ») elle est censée être parfaitement au courant du contrat, de ses clauses et de son déroulement (cf. N 112) ; elle doit intégralement garantir l'établissement de crédit des conséquences de la défaillance de l'entreprise qu'elle a garantie, sous réserve d'un plafond qui aurait pu être fixé contractuellement.

b) Caution désintéressée

Si la caution n'a pas d'intérêt patrimonial dans l'entreprise cautionnée et n'en est pas un dirigeant (caution dite "profane"), il conviendra de vérifier qu'elle avait bien eu connaissance du montant des

indemnités et pénalités ainsi que du taux des intérêts de retard dus par l'entreprise cautionnée en cas de défaillance et qu'elle les avait acceptés dans les conditions de forme prévues par l'article 1326 du code civil (cf. N 116-3).

c) Exceptions tenant au prix d'achat ou de revente du bien loué

La caution, qu'elle ait ou non un intérêt patrimonial, ne saurait opposer une exception tirée de la méconnaissance dans laquelle elle aurait été tenue des conditions d'achat au fournisseur du bien loué ou des conditions de sa revente pour obtenir une réduction quelconque de sa dette vis-à-vis du crédit-bailleur.

d) Information des cautions

Si *la caution est une personne physique*, comme elle garantit la dette professionnelle d'une entreprise, le crédit-bailleur doit l'informer :

- comme tout créancier, de la défaillance du crédit-preneur dans le mois de l'incident de paiement (art. 47-II al. 3 loi du 11 février 1994) ;
- en sa qualité de créancier professionnel, du montant cautionné par elle au 31 décembre de chaque année avant le 31 mars de l'année suivante (art. L 341-6 C. cons.).

Pour la sanction du non-respect de ces obligations cf. N 116.

Si *la caution est une personne morale*, le crédit-bailleur n'est tenu à aucune information car les seuls textes qui pourraient être invoqués (art. L 313-22 CMF et L 341-6 C. cons.) ne sont pas applicables à ce type de caution (le contrat de crédit-bail n'étant pas un concours financier).

J 854 Procédure collective du crédit-preneur

Le crédit bailleur, même s'il n'a pas encore enregistré d'impayés, doit déclarer sa créance au passif du crédit-preneur pour sauvegarder ses droits, quelle que soit la nature de la procédure (sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaires).

a) Déclaration initiale

Dans la mesure où le contrat a été publié, le crédit-bailleur doit recevoir, par lettre recommandée avec avis de réception, un avertissement personnel d'avoir à adresser sa déclaration de créance au représentant des créanciers (art. L 622-24.) ; en cas de carence de ce dernier, la forclusion ne lui est pas opposable (art. L 622-26).

Le contenu de la déclaration est fonction de la situation du contrat à la date du jugement d'ouverture ; s'il n'a pas été résilié auparavant, le cours des intérêts de retard sur les loyers impayés n'est pas arrêté car une opération de crédit-bail a, par nature, une durée supérieure à 1 an.

b) Poursuite du contrat

La situation, les obligations et les droits du crédit-bailleur pendant la période d'observation sont définis par la loi (art. L 622-13 et sq. pour la sauvegarde, art. L 631-14 pour le redressement judiciaire).

Il résulte en particulier de l'article L 622-13 al. 6 du code de commerce qu'aucune résiliation du contrat ne peut résulter du seul fait de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde. Le crédit-bailleur doit ainsi remplir ses obligations malgré le défaut éventuel d'exécution par le crédit-preneur d'engagements antérieurs au jugement d'ouverture, l'administrateur devant alors honorer, à compter de ce jugement, les engagements du crédit-preneur et donc payer les loyers (la totalité des sommes dues s'il souhaite acheter le bien loué). Si l'administrateur (ou le débiteur en procédure simplifiée sans administrateur) n'exige pas expressément la poursuite du contrat, le paiement d'un seul loyer établit son option pour la continuation.

A la fin de la période d'observation, s'il y a continuation de l'entreprise dans le cadre d'un plan de redressement, le crédit-bailleur devra subir pour les impayés antérieurs au jugement d'ouverture les délais de paiement accordés au débiteur. Ces délais prennent fin si le crédit-preneur lève l'option d'achat, ce qui implique le règlement des sommes dues sous déduction des remises acceptées (art. L 626-18).

En cas de cession de l'entreprise, le tribunal détermine les contrats de crédit-bail nécessaires au maintien de l'activité ; le jugement qui arrête le plan emporte cession de ces contrats même si le plan de cession de l'entreprise débute par une location-gérance (art. L 642-7).

c) Résiliation du bail

• Procédure de résiliation

Si la liquidation judiciaire est prononcée ou si, l'activité continuant, l'administrateur renonce à la poursuite de l'exécution du contrat soit de façon formelle, soit en n'honorant pas les engagements de l'utilisateur, après une mise en demeure restée plus de 1 mois sans réponse, la résiliation du bail interviendra de plein droit, ce que constatera le juge-commissaire en fixant la date de résiliation. Le crédit-bailleur conservera les loyers reçus depuis le jugement d'ouverture et disposera d'un délai supplémentaire de 1 mois à compter de la résiliation de plein droit ou de la notification de la décision de résiliation pour effectuer la déclaration de sa créance.

• Restitution du bien

Dès lors que le contrat de crédit-bail a été publié, le crédit-bailleur est dispensé de faire reconnaître son droit de propriété et d'exercer une action en revendication pour disposer à nouveau du bien (art. L 624-10) ; toutefois, il doit adresser une demande en restitution par lettre recommandée avec avis de réception à l'administrateur ou, à défaut, au représentant des créanciers/liquidateur ; en cas de désaccord ou de contestation, le juge-commissaire tranchera (art. R 624-14).

• Régime juridique des sommes dues après résiliation

Lorsque le contrat a été normalement poursuivi pendant la période d'observation, les termes de loyer bénéficient du privilège de l'article L 622-17 du code de commerce ; il n'en est pas de même des indemnités et pénalités (à l'exception des indemnités de jouissance en cas de crédit-bail mobilier et d'occupation en cas de crédit-bail immobilier) qui devront faire l'objet d'une déclaration modificative.

J 860 ACTUALISATION DE L'INDEMNITÉ DE RÉSILIATION

L'indemnité de résiliation, qui correspond à la somme des loyers non échus et à la valeur résiduelle de fin de contrat, est particulièrement lourde quand la résiliation intervient au début d'un contrat souscrit pour une durée relativement longue.

Le juge peut alors constater que cette indemnité, au titre de laquelle le crédit-bailleur prétend au remboursement anticipé des sommes non échues, a le caractère d'une clause pénale et que son montant apparaît manifestement excessif. Sans dénaturer le contrat, il peut donc la modérer en l'actualisant à un taux raisonnable fixé, non pas en fonction du taux d'intérêt sur la base duquel le contrat de crédit-bail a été établi, mais d'après les conditions économiques du moment.

Le calcul "économique" de l'indemnité de résiliation ne s'oppose pas à l'application d'une indemnité complémentaire en vertu d'une clause pénale contractuelle distincte, par exemple, un certain pourcentage des sommes dues. Ce sera au juge d'apprécier, en fonction notamment de la bonne foi des parties, s'il y a lieu de l'accorder.

Exemple : Pour une indemnité de résiliation de 58.000 € représentant lors de la résiliation 10 loyers trimestriels à échoir de 5.000 € et une valeur résiduelle de 8.000 €, à actualiser au taux de 9 % l'an :

a) actualisation des loyers :
5.000 x 10 = 50.000 x 0,888 : 44.400 €

b) actualisation de la valeur résiduelle :
8.000 x 0,789 : 6.312 €

Total 50.712 €

De cette indemnité ainsi actualisée, il convient de déduire, le cas échéant, le prix de revente du bien ou sa valeur de relocation (actualisation, au même taux, des loyers du nouveau contrat).

Le solde porte intérêt, à compter de la résiliation, au taux contractuellement fixé pour les intérêts moratoires ou, à défaut, au taux légal.

J 870 PARTICULARITÉS DU CRÉDIT-BAIL IMMOBILIER

Selon l'article L 313-7 du code monétaire et financier, un crédit-bail immobilier ne peut intervenir qu'entre certaines personnes, ne porter que sur certains biens et doit établir certains rapports de droit déterminés.

J 871 Parties au contrat de crédit-bail immobilier

Contrairement à l'utilisateur de crédit-bail mobilier, l'utilisateur de crédit-bail immobilier doit nécessairement être commerçant en raison de la nature du bien financé (cf. J 872).

Une ordonnance du 28 septembre 1967 a créé pour les entreprises de crédit-bail immobilier un statut spécifique mais facultatif : les sociétés immobilières pour le commerce et l'industrie ou SICOMI.

Les opérations de crédit-bail immobilier ne peuvent donc être pratiquées que par les sociétés de crédit-bail ordinaires ou les SICOMI. Il existe des règles communes à ces deux catégories.

a) Règles communes à toutes les sociétés de crédit-bail

Les entreprises qui pratiquent le crédit-bail à titre habituel et les SICOMI sont soumises aux dispositions du code monétaire et financier relatives à l'activité et au contrôle des établissements de crédit.

b) Statut particulier des SICOMI

Le statut des SICOMI est contraignant ; en contrepartie, elles bénéficient d'un régime fiscal de faveur.

J 872 Immeubles objet du crédit-bail

Les opérations de crédit-bail immobilier ne peuvent porter en principe que sur des immeubles bâtis ou à bâtir ; on admet cependant que les meubles devenant immeubles par destination puissent faire l'objet d'un crédit-bail immobilier.

Il doit s'agir exclusivement d'immeubles à usage professionnel servant à des professions dont les revenus sont imposables dans la catégorie des bénéfices industriels et commerciaux : usines, bureaux d'une entreprise industrielle, magasins, cliniques, hôtels, etc. ; en conséquence les immeubles destinés à l'exercice d'une profession libérale, à l'exploitation agricole ou à l'habitation sont exclus.

J 873 Formation du contrat

a) Droits et obligations des parties

Le contrat de crédit-bail contient des clauses très détaillées qui doivent en principe suffire à trancher les problèmes.

• Droits et obligations de l'utilisateur

En règle générale, la société de crédit-bail finance l'opération, mais laisse à l'utilisateur la charge de l'exécution. Il appartient à ce dernier de traiter avec les entreprises du bâtiment, de surveiller les travaux et d'accomplir toutes démarches administratives.

Pour charger l'utilisateur de l'exécution de l'opération, les parties concluent, soit un contrat de mandat, soit une convention d'entreprise. Le choix de l'une ou l'autre solution a des conséquences dans les rapports des parties avec les tiers.

Dans la première hypothèse, les tiers ont un recours direct contre le crédit-bailleur ; dans la seconde, ils ne disposent pas à son égard d'une action directe, mais seulement d'une action oblique (cf. G 430).

• Droits et obligations de la société de crédit-bail

Le crédit-bailleur exerce un pouvoir de contrôle mais il s'exonère contractuellement d'un grand nombre de responsabilités qui devraient lui incomber notamment en se couvrant, le plus souvent, contre le risque d'inachèvement des travaux et de refus de délivrance du certificat de conformité, le contrat de crédit-bail étant alors conclu sous réserve de ces deux conditions suspensives.

Si les travaux n'étaient pas achevés ou si le certificat de conformité était refusé, le contrat de crédit-bail ne prendrait pas effet et l'utilisateur devrait acquérir l'immeuble, qu'il soit achevé ou non.

En outre, le crédit-bailleur s'exonère fréquemment de sa garantie en cas de vices de construction, puisque c'est l'utilisateur qui dirige les travaux.

b) Cas de l'utilisateur propriétaire du terrain

Lorsque l'utilisateur est propriétaire du terrain sur lequel il veut édifier l'immeuble financé par le crédit-bailleur, il a trois possibilités :

- il peut recourir à la pratique de la cession-bail ou lease-back (cf. J 813) ;
- il peut limiter le contrat de crédit-bail à la construction de l'immeuble et conserve alors la propriété du sol sur lequel il consent au crédit-bailleur soit un bail emphytéotique, soit un bail à construction (loi du 16 décembre 1964), dont la durée correspond à celle de l'opération de crédit-bail ;
- il peut créer avec le crédit-bailleur une S.C.I. qui devient propriétaire de l'immeuble ; le crédit-bailleur est alors le gérant de la société, tandis que le crédit-preneur détient une fraction prépondérante des parts ; cette société écran loue l'immeuble au crédit-preneur, qui pourra acquérir les parts du crédit-bailleur à la fin de la période de location.

J 874 Déroulement de l'opération

a)Préloyers

Il existe une particularité en matière immobilière : le crédit-bailleur doit financer l'immeuble pendant toute la durée de la construction ; il est donc généralement convenu que, pendant cette phase de l'opération, l'utilisateur devra verser un "préloyer".

b) Droit à résiliation du crédit-preneur

La loi oblige le crédit-bailleur à consentir au crédit-preneur un droit à résiliation mais les contrats contiennent en général une clause n'autorisant la résiliation à la demande du preneur qu'après une période irrévocable de location assez longue (généralement 10 ans).

c) Non-application du statut des baux commerciaux

Les textes régissant le crédit-bail immobilier ne comportent expressément que deux dérogations au régime des baux commerciaux (pas de faculté triennale de résiliation pour le preneur et obligation de prévoir les conditions de résiliation à la demande du preneur) ; toutefois, en matière de contrat de crédit-bail immobilier, la jurisprudence a écarté l'application des dispositions du statut des baux commerciaux (art. L 145-1 à L 145-60).

J 875 Transfert de la propriété de l'immeuble à la fin de la période de location

a) Transfert par levée de la promesse unilatérale de vente

Comme en matière mobilière, le transfert de propriété peut se réaliser par la levée de la promesse unilatérale de vente.

La promesse unilatérale de vente (c'est-à-dire le fait pour le bénéficiaire de prendre acte de l'offre de vente sans s'engager à acheter) doit être enregistrée dans les 10 jours de son acceptation par le bénéficiaire, à peine de nullité de l'acte qui la constate.

b) Autres modes de transfert

Contrairement aux règles applicables en matière mobilière, le contrat de crédit-bail immobilier ne contient pas nécessairement une promesse unilatérale de vente.

En effet, le transfert de l'immeuble peut également se réaliser par l'acquisition directe ou indirecte des droits de propriété du terrain sur lequel a été édifié l'immeuble (hypothèse de la cession des parts de S.C.I. appartenant au crédit-bailleur) ou par le jeu de l'accession de plein droit à la propriété des constructions édifiées sur le terrain appartenant au preneur.

J 876 Publicité du contrat de crédit-bail immobilier

Le décret du 4 juillet 1972 prévoit une publicité comptable et, au plan juridique, le contrat de crédit-bail immobilier fait l'objet d'une publicité foncière au bureau des hypothèques, conformément aux dispositions des articles 28 et 37 du décret du 4 janvier 1955.

Cette publicité est, selon les cas, obligatoire ou facultative : les contrats de crédit-bail de plus de 12 ans sont soumis à la publicité foncière, à peine d'inopposabilité aux tiers et ceux d'une durée inférieure à 12 ans sont admis à la publicité foncière.

Pour être publié, le contrat de crédit-bail doit être constaté par acte authentique, c'est à dire notarié.

J 880 LOCATION FINANCIÈRE

J 881 Définition et caractéristiques

La location financière est une location simple de moyenne durée (généralement de 48 à 60 mois) d'un bien d'équipement, qui met en présence trois personnes : un fournisseur-loueur, le client locataire, une société de location financière.

La location financière permet de financer aisément des biens connaissant une rapide obsolescence, voire des prestations incorporelles qui s'amortissent rapidement (cas du matériel informatique et des logiciels), ce qui explique son succès par rapport au crédit-bail.

La location financière ne relève,

- ni des articles du code monétaire et financier relatifs au crédit-bail,
- ni du code de la consommation, dès lors qu'il s'agit du financement des besoins d'une activité professionnelle.

La location financière relève du louage de chose (art. 1709 et ss. C. civ.). Elle diffère

-de <u>la location simple</u>, car elle met en jeu trois personnes : le vendeur (ou fournisseur), la société de financement et le locataire ;

-du <u>crédit-bail</u>, qui est une location avec option d'achat et relève des articles L. 313-7 à L. 313-11 du code monétaire et financier ; en effet :

- le locataire n'a pas la faculté d'acquérir le bien loué à l'issue de la location, sous peine de requalification du contrat ; il doit restituer le bien au loueur en fin de contrat ;
- l'activité de location financière n'est pas soumise, théoriquement, à la réglementation bancaire : le loueur peut ne pas être un établissement de crédit ;
- la location financière n'est pas soumise à publicité, contrairement au crédit-bail.

En fait, elle est le fruit d'une construction de la jurisprudence qui se fonde sur son aspect financier (le loueur amortit et rentabilise son investissement sur la durée de la location qui correspond généralement à celle à l'expiration de laquelle le bien aura perdu toute valeur marchande) et sur les règles de droit commun des contrats (art. 1134 et s. anciens ; 1101 et sq nouveaux C. civ.).

Comme pour le crédit-bail, la location financière bénéficie du transfert de garanties permettant au locataire d'exercer contre le fournisseur tous les recours utiles en cas de défaillance ou de vice caché du bien.

La location financière est souvent accompagnée de prestations de services annexes (par exemple télésurveillance) ou accessoires (approvisionnement et entretien du distributeur de boissons, maintenance du photocopieur… exécutés en général par le fournisseur). Le loueur prélève alors, en même temps que le loyer proprement dit, le prix des prestations, lequel s'incorpore au loyer : ici, la prestation de service est l'accessoire

direct de la location, le client est assuré de l'entretien et du fonctionnement du photocopieur loué, du bon approvisionnement des consommables pour les appareils distributeurs de boissons…

J 882 La signature du contrat

C'est souvent à la suite du démarchage par un distributeur/fournisseur que le commerçant, futur utilisateur, choisit le matériel (distributeur de boissons, photocopieur…) ou le bien immatériel (logiciel,…) selon ses besoins.

1ère variante : le fournisseur et le client signent le contrat de location, dans lequel est prévu le transfert du bien à la société de location financière qui en devient propriétaire pour le louer au client ; le contrat est adressé à cette société qui le signe et paie le prix du bien au vu de la facture présentée par le fournisseur et du procès-verbal de réception signé sans réserve par le client locataire ; le contrat est alors tripartite.

2ème variante : le fournisseur peut aussi conclure avec le client le contrat de location, dont il cède ensuite les droits à la société de location financière à laquelle il vend le bien loué (facture), celle-ci devenant alors le loueur ; il y a alors cession de contrat.

Ayant constaté l'exécution de l'obligation de délivrance au vu de la facture et du procès-verbal de livraison signé sans réserve par le locataire, la société de location adresse ensuite l'échéancier de loyers (ou facture échéancier) au locataire, puis encaisse les loyers par prélèvements mensuels sur le compte bancaire du locataire, qui avait signé un ordre de prélèvement (souvent en blanc, car il ne connaissait pas le futur loueur lorsqu'il a signé le contrat).

La cession de créance ou de contrat est conclue entre le fournisseur cédant et la société de location financière ; à ce stade elle est inopposable au client locataire, tiers au contrat, qui peut donc refuser de payer les loyers si son cocontractant n'exécute pas lui-même ses obligations, opposant ainsi l'exception d'inexécution. Le juge doit s'assurer que le débiteur cédé (le client locataire) a accepté la cession, acceptation qui peut être tacite, pourvu qu'elle ne soit pas équivoque (problème de preuve – appréciation du juge du fond).

J 883 Les obligations des parties

J 883-1 Les clauses usuelles du contrat de location financière

En général, ces contrats prévoient :

-l'exclusion de tout recours contre le loueur ou de responsabilité du loueur : dès lors que le procès-verbal de réception a été signé sans réserve par le client, l'obligation de délivrance, obligation essentielle du bail et d'ordre public est alors remplie ;

A noter : « l'obligation de délivrance de machines complexes n'est pleinement exécutée qu'une fois réalisée la mise au point effective de la chose vendue, même si un procès-verbal de réception a été signé » (Cass.Com. 10 février 2015 – n°13-24501).

-Le locataire a la garde de la chose : il est responsable de la perte ou de la détérioration de celle-ci et doit l'assurer. Si le loueur doit donner jouissance paisible au locataire, cette obligation n'est pas d'ordre public : il peut y être dérogé. Mais les clauses dérogatoires peuvent être annulées si elles exonèrent le loueur de toute obligation, ce qui rendrait les obligations du locataire sans contrepartie ;

-Un mandat est donné au locataire par le loueur, pendant la durée de la location, pour toute action ou recours contre le fournisseur ou les tiers à raison des difficultés tenant au bien loué (vice caché, non-exécution par le fournisseur ou tout prestataire de leurs obligations…) ;

-En cas de prestations de service s'ajoutant au matériel loué, le paiement au loueur d'un « loyer » unique, qui assure le financement global, le loueur rétrocédant au prestataire une quote-part du loyer ; dans certains cas, le prix des prestations futures a été intégré au prix du matériel payé par le loueur au fournisseur-prestataire ;

-Dans certains contrats, la reconduction tacite du contrat de location.

J 883-2 Les obligations respectives des parties

Ces obligations, qui découlent de ces clauses, sont les suivantes :

A la charge du fournisseur/prestataire de service :

-l'obligation de délivrance, accomplie dès la signature par le locataire du PV de réception du bien sans réserve (mais la signature d'un PV de réception pour des prestations futures n'est pas valable),

-l'obligation de garantie du vendeur à l'égard du loueur,

-les obligations de conseil et de diligence ;

A la charge de la société de location financière :

-la vérification de la signature sans réserve du PV de réception,

-le paiement de la facture du fournisseur ;

A la charge du client locataire :

-le paiement des loyers,

-l'assurance du bien,

-le maintien du bien en bon état de conservation : propriété du loueur, le bien doit être restitué à ce dernier en fin de contrat.

J 884 Application du code de la consommation

En général, le commerçant signe le contrat pour les besoins de son activité professionnelle ; le droit de la consommation n'a donc pas vocation à s'appliquer, sauf dans certains cas :

La protection contre le démarchage

Les articles L. 221-18 et suivants du code de la consommation sur le démarchage, qui prévoient un droit de rétractation, ne bénéficient qu'aux consommateurs. Est consommateur toute personne physique qui agit à des fins n'entrant pas dans le cadre de son activité commerciale, agricole ou artisanale (article liminaire du code de la consommation). Cette qualification relève de l'appréciation souveraine du juge du fond (Cass. Civ1. 27 septembre 2005 –n°02-13935).

La protection contre les clauses abusives

Elle est prévue par l'article L. 212-1 du code de la consommation et ne bénéficie qu'aux consommateurs. Elle ne protège donc ni un professionnel si le contrat conclu a un rapport direct avec son activité professionnelle, ni une société commerciale.

Cependant, l'article 1171 nouveau du code civil confère une protection analogue à tous les professionnels ayant souscrit à un contrat d'adhésion (voir cf. H 224).

La reconduction tacite

Les clauses de reconduction tacite du contrat sont souvent présentes dans les contrats de location financière ; la disposition protectrice de l'article L. 215-1 du code de la consommation (qui prévoit une information préalable du consommateur) ne peut être invoquée par le locataire que s'il est un consommateur.

J 885 La résiliation du contrat pour non-paiement fautif des loyers

Très généralement, une clause contractuelle prévoit la résiliation du contrat de location en cas de défaut fautif de paiement des loyers ; par exemple, à l'expiration d'un délai de 8 jours suivant réception de la mise en demeure restée infructueuse ; le juge n'a alors qu'à la constater. Elle prend effet à l'issue du délai contractuel, date à laquelle doivent être arrêtés les montants dus.

Si le contrat ne contient pas de clause résolutoire, le juge prononcera, en cas de non-paiement fautif, la résiliation avec effet, au plus tôt, à la date de l'assignation si elle est demandée, sinon à celle du jugement. C'est à cette date que doivent être arrêtés les montants dus.

La résiliation entraîne les demandes suivantes :

-le paiement des loyers échus (à la date de résiliation) ; ceux-ci doivent être réglés avec intérêts contractuels à compter de leur date respective d'exigibilité

-la restitution du bien en bon état, avec ou sans astreinte ; l'astreinte doit tenir compte du temps nécessaire à la restitution, de la nature du matériel, des diligences du loueur en vue de la restitution. Au besoin, il sera fait droit à la demande de prise en charge par le locataire des frais de remise en état.

-le non paiement des loyers entraine la déchéance du terme qui permet au bailleur de demander le paiement de tous les loyers à échoir jusqu'à la fin du contrat de location ; les contrats prévoient en outre, généralement une indemnité de résiliation, des pénalités de retard, des indemnités compensatrices de frais.

Cependant, la majoration des charges financières qui résulte d'une part de l'anticipation, à la date de résiliation du contrat, de l'exigibilité des loyers restant à échoir, d'autre part des pénalités de retard et/ou des indemnités compensatrices de frais ou de l'indemnité de résiliation, celle-ci étant souvent majorée elle-même d'une « pénalité », constitue une clause pénale. Il en est de même d'une indemnité d'immobilisation (ou de jouissance) qui, s'ajoutant à l'exigibilité des loyers restant à échoir, viendrait sanctionner le retar mis ppar le locataire à restituer le bien loué (Cass. Com. 14 juin 2016 n° 15-12734).

La clause pénale a une double vocation, comminatoire et indemnitaire ; le juge du fond peut la réduire, même d'office, (art. 1152 alinéa 2 ou 1231 –art.1231-5 nouveau C.civ.), à condition qu'elle soit manifestement excessive, ce que le juge doit motiver par référence au préjudice effectivement subi.

Imposition à la TVA : voir J 832 §6

J 886 L'interdépendance des contrats

Souvent, les conventions stipulent une stricte indépendance des contrats de fourniture, de location ou de prestation de service en sorte que :

•le locataire ne pourrait demander la résiliation au bailleur, même si le bien est impropre à son usage ou si le prestataire de services de la maintenance est défaillant ;

•le paiement des loyers ne pourrait être suspendu pour ces mêmes motifs.

J 886-1 L'interdépendance des contrats

Cependant, dans le cas où le locataire a conclu un contrat de prestations avec le fournisseur et un contrat de location avec le loueur (directement ou par cession par le fournisseur à ce dernier du bien loué), il y a lieu de retenir l'interdépendance de ces contrats, consacrée par deux arrêts de la Cour de cassation, rendus le 17 mai 2013 (Cass.Chambre mixte, n°11-22.927 et n° 11-22.768) : « Attendu que les contrats concomitants ou successifs qui s'inscrivent dans une opération incluant une location financière, sont interdépendants ; que sont réputées non écrites les clauses des contrats inconciliables avec cette interdépendance… ».

L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, applicable le 1er octobre 2016, consacre la caducité, en cas d'interdépendance des contrats (art 1186 et 1187 nouveaux C.civ.):

Art. 1186.-« *Un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît.*

« Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie.

«La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement »

Art. 1187. « *La caducité met fin au contrat.*

« Elle peut donner lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9. »

La jurisprudence retient ces principes, même pour des contrats antérieurs à la mise en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016 (Cass.Com. 12 juillet 2017 -n°15-23552, 15-27703 et 16-14014).

J 886-2 Les conditions de l'interdépendance

Lorsque le loueur assigne le locataire en paiement des loyers, mais que celui-ci excipe de la défaillance du prestataire de service pour justifier du non paiement des loyers, le locataire doit :

-démontrer l'interdépendance des contrats de location et de prestation de services (ou de maintenance)

-demander la résiliation du contrat de prestation de services (ou de maintenance) avant de soulever la caducité du contrat de location financière

-respecter le principe de contradiction

a) P*our que les contrats soient interdépendants*, il faut qu'ils s'inscrivent dans l'opération incluant la location financière, ce que rappelle la chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt du 17 novembre 2015 (n° 14-13152) : « … qu'en se déterminant ainsi, sans préciser à quel titre le contrat de location d'espace publicitaire s'inscrivait dans l'opération incluant la location financière, la cour d'appel a privé sa décision de base légale… ».

L'interdépendance des contrats n'est pas une évidence : dans sa motivation, le juge doit préciser en quoi tel contrat s'inscrit dans l'opération incluant la location financière.

Le juge relèvera, par exemple, qu'il s'agit d'une opération unique, les contrats de prestations de service et de location étant négociés par le seul prestataire, pour son compte mais aussi en exécution d'un mandat confié par la société de location financière, formalisés dans un seul acte, conclus pour une même durée, prévoyant un seul loyer rémunérant la location et la prestation ; on examinera si la location du matériel n'est plus d'aucune utilité si les prestations de services indispensables ne sont pas assumées.

b) « …*L'anéantissement du contrat principal est un préalable nécessaire à la caducité*, par voie de conséquence, du contrat de location » (Cass.Com. 4 novembre 2014, n°13-24270).

Par des arrêts importants du 12 juillet 2017, la Cour de cassation a dit que la résiliation de l'un quelconque de ces contrats entraine la caducité des autres contrats, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que l'un est principal et les autres secondaires (Cass.com. 12 juillet 2017 ; n° 15-27703, 16-14014-15-23552).

Dans tous les cas, il est nécessaire d'établir l'anéantissement d'un contrat avant de demander la caducité des autres contrats interdépendants.

Par exemple, le locataire doit prouver que le prestataire a failli à ses obligations, (ex. : constat d'huissier, lettre(s) recommandée(s), courriels de réclamation au prestataire…) ; le contrat liant le locataire au prestataire sera alors résilié pour faute du prestataire. Les contrats interdépendants (contrat de location financière, par exemple) seront déclarés caducs.

Les clauses des contrats caducs stipulant une indemnité de résiliation sont inapplicables. Mais la partie à l'origine de l'anéantissement de l'ensemble des contrats peut être condamnée à indemniser le préjudice causé par sa faute (Cass.Com. 12 juillet 2017 précités).

A noter : la liquidation judiciaire du prestataire de service n'entraîne pas par elle-même la résiliation (ou la résolution) du contrat de prestations de service (cf. 2 arrêts du même jour : Cass.Com. 9 décembre 2014, n° 13-24807 et n° 13-22677), sauf si la liquidation a été décidée sans poursuite de l'activité, la résiliation prenant effet à ccette date (Cass.Com. 12 juillet 2017 n°16-14014).

c) *Respect du principe de la contradiction* (art. 16 CPC)

La résiliation du contrat de maintenance ou de prestation de services ne peut être prononcée en l'absence de celui qui assure cette prestation (Cass.Com. 4 novembre 2014, n° 13-24270). Il en va de même si est formulée une demande de réparation pour faute d'un des co-contractants. Il est donc indispensable d'appeler le prestataire dans la cause pour que ce dernier puisse se défendre, sauf à violer le principe de la contradiction.

Si le prestataire est en difficulté (sauvegarde, redressement judiciaire ou liquidation judiciaire), l'organe de la procédure compétent (administrateur ou liquidateur judiciaire selon le cas et selon les pouvoirs d'assistance ou de représentation qu'il détient) doit être appelé, d'où la nécessité d'obtenir l'extrait Kbis du prestataire pour le vérifier.

En tout état de cause, le principe de la contradiction doit être respecté ; le juge « peut inviter les parties à mettre en cause tous les intéressés dont la présence lui paraît nécessaire à la solution du litige… » (art. 332 al. 1 CPC). Ainsi, le tribunal ne pourrait retenir la faute d'un prestataire qui n'aurait pas été appelé dans la cause.

J 887 Evolution de la location financière

Depuis plusieurs années, on constate, avec le développement des systèmes et prestations liés à l'informatique et à l'internet, la multiplication de pratiques qui peuvent soulever des interrogations. Ainsi, par exemple :

Un prestataire de service fait signer à un commerçant :

-un « contrat de location et de prestations de services », voire un « contrat de location de prestations de services informatiques » (sic) ayant pour objet, d'une part, la création d'un site internet et la prestation de

services associés (hébergement, dépôt de nom de domaine, référencement sur les moteurs de recherche, e-mails illimités, administration du site…) et, d'autre part, la fourniture d'un ordinateur portable, d'une imprimante couleur et d'un appareil photographique numérique, ces matériels étant présentés comme quasiment gratuits, livrés en plus des prestations internet,

-un ordre de prélèvement automatique, souvent en blanc,

-un procès-verbal de réception du nom de domaine et de l'espace d'hébergement, le « locataire » déclarant en avoir contrôlé le fonctionnement et les accepter sans réserve; un tel PV de réception ne peut être considéré comme valable : par définition, le client ne peut avoir réceptionné des prestations futures. ;

Le prestataire adresse ensuite à la société de location financière une facture du seul matériel, pour un prix sans rapport à sa valeur réelle, et le PV de réception du matériel et du site, signé par le client ;

La société de location financière paie le prestataire et se voit céder le contrat ; puis elle adresse un échéancier de loyers au commerçant locataire, appose alors son cachet sur l'autorisation de prélèvement signée en blanc et prélève des loyers pendant 48 mois sur le compte bancaire du locataire. Le montant des « loyers » (du bien) correspond à celui des échéances de prestations de services annoncées au départ par le prestataire.

Dans certains cas, le client signe avec le fournisseur un contrat de location, qui évoque le matériel et des services, puis un nouveau contrat de location est signé avec la société de location financière au même prix, mais qui n'évoque plus que le matériel.

On remarque alors une inversion de l'objet principal de l'opération contractuelle : ce que recherche le client, c'est la fourniture du site internet et les prestations de services annexes. Mais cet objet disparaît dans le rapport entre le client et la société de location financière, cessionnaire du seul contrat de location : la location du matériel qui n'était que l'accessoire des prestations de service proposées devient alors, par la cession du contrat, le contrat principal. La société de location financière perçoit ensuite des « loyers » qui sont hors de proportion avec ceux qui devraient correspondre à la valeur dudit matériel… Il revient alors au juge saisi d'un litige d'examiner attentivement tous les éléments qui lui sont soumis, les contreparties, les qualifications des contrats...

CHAPITRE 9

J 900 RESPONSABILITÉ CIVILE DES BANQUES

On distingue la responsabilité au titre des opérations de banque en général et la responsabilité en matière de crédit ou d'investissement qui, selon le cas, peut être mise en cause soit par l'emprunteur lui-même, soit par des tiers, soit par les deux. Il s'y ajoute le respect des devoirs de non-ingérence, d'information, de mise en garde et de conseil.

J 910 RESPONSABILITÉ AU TITRE DES OPÉRATIONS DE BANQUE EN GÉNÉRAL

J 911 Vérifications à effectuer lors de l'ouverture d'un compte

Lors de l'ouverture d'un compte, la banque doit s'assurer de la réalité et de l'exactitude des renseignements qui doivent lui être fournis par le client, en particulier son identité et son domicile, ce dernier afin de permettre aux tiers qui recevraient des chèques de pouvoir prendre contact avec le tireur en cas d'impayé.

Pour les sociétés en formation qui n'acquièrent la personnalité morale que par leur immatriculation au RCS, la banque doit vérifier l'identité et l'adresse des fondateurs.

En outre, dans tous les cas, la banque doit s'assurer de l'exactitude de l'adresse qu'elle fera figurer sur les chéquiers. Pour ce faire, les banques expédient aux futurs clients une "lettre d'accueil" à l'adresse qu'ils ont indiquée.

S'il advenait que cette précaution n'ait pas été prise et qu'un tiers subisse un préjudice par suite de l'inexactitude des renseignements figurant sur les chèques qui seront délivrés, la banque en devrait réparation ; il en va de même si les circonstances sont de nature à jeter la suspicion sur les informations fournies (notamment les adresses) et si, dans ce cas, des vérifications complémentaires n'ont pas été effectuées.

J 912 Délivrance de chéquiers à un interdit bancaire

Avant toute délivrance de chéquiers, la banque doit s'assurer auprès de la Banque de France qu'aucune interdiction d'émettre des chèques ne frappe le futur titulaire du compte ou plus généralement le demandeur. Si la banque délivre un ou plusieurs chéquiers à un interdit bancaire ou judiciaire et si celui-ci remet à des tiers des chèques qui se révèlent sans provision, la banque est tenue de payer, malgré l'absence, l'insuffisance ou l'indisponibilité de la provision. Plus généralement cette obligation de la banque s'étend à tout chèque émis au moyen de formules que l'interdit n'aurait pas dû détenir et dont la banque ne justifie pas avoir tenté de se les faire restituer (art. L.131-81 CMF).

J 913 Avis tardif d'impayé

Soit par l'effet de clauses expresses de limitation de responsabilité insérées dans les bordereaux de remise à l'escompte ou à l'encaissement, soit, plus rarement, la banque peut soutenir que sa responsabilité, en vertu d'un usage constant, n'est pas engagée:

- en cas de retard de traitement par la banque du titre à l'escompte ou à l'encaissement ;
- en cas d'information tardive du client de ce qu'un effet de commerce ou un chèque n'a pas été payé à présentation.

Une telle convention de limitation de responsabilité ne peut faire disparaître la responsabilité de la banque si le retard est tel que l'on peut y voir une faute lourde : elle ne peut couvrir que des retards assez faibles par rapport au délai normal, qui peut lui-même varier selon l'éloignement du lieu de paiement et la plus ou moins grande complexité du circuit de recouvrement auquel la banque doit recourir. Il convient de rappeler à cet égard qu'en matière d'encaissement sur l'étranger, la banque présentatrice n'est avisée d'un impayé qu'après de longs délais pouvant parfois atteindre plusieurs semaines.

Encore faut-il que la faute du banquier, si elle est établie, ait causé au remettant un préjudice qu'il lui appartiendra de prouver.

AVIS TARDIF D'IMPAYE
Accueil partiel

La demande de Robert tend au paiement par la banque Romuald d'une somme de 17.000 €, à titre de dommages-intérêts, en réparation du préjudice que la banque lui a causé en ne l'informant que le 24 avril 2013 de ce que l'effet au 20 mars 2013 tiré sur Louis et qu'il lui avait remis à l'encaissement le 10 mars 2013 n'avait pas été payé à son échéance.

Robert expose que, croyant cet effet régulièrement payé, il a effectué à Louis deux nouvelles livraisons de 6.000 € et 11.000 €, respectivement le 26 mars et le 11 avril 2013, livraisons dont il n'a pas été payé, Louis ayant d'ailleurs déposé son bilan le 19 avril.

Sur ce, le Tribunal,

Attendu qu'en vertu d'une clause figurant sur le bordereau de remise à l'encaissement utilisé par Robert, il était convenu que la banque Romuald ne serait pas responsable des conséquences des retards éventuellement apportés à aviser Robert du défaut de paiement des effets confiés à la banque ;

Mais attendu que nul ne peut s'exonérer de sa faute lourde ;

Attendu que l'effet était domicilié sur la même place, en sorte que, même en admettant que la banque ait été contractuellement excusable de ne pas s'appliquer à aviser Robert dans les meilleurs délais, c'est bien avant un délai de cinq semaines qu'elle aurait pu et dû avertir son client que l'effet n'avait pas été payé ; que ce retard inexplicable est constitutif d'une faute lourde, dont la banque ne saurait s'exonérer ;

Attendu, par ailleurs, que les livraisons mentionnées par Robert sont établies et qu'il est certain que, si Robert avait connu les difficultés de Louis par un plus rapide avis de non-paiement de l'effet au 20 mars, il ne les aurait pas effectuées alors qu'il n'est pas établi qu'il ait eu lui-même connaissance du caractère particulièrement obéré de la situation de Louis ; qu'il convient seulement d'observer, eu égard notamment à la clause rappelée ci-dessus, que la livraison du 26 mars ne saurait être imputée à faute à la banque ;

Attendu, en revanche, que celle du 11 avril n'a été rendue possible que par la faute lourde de la banque, qui sera en conséquence condamnée à indemniser Robert, en lui versant la somme de 11.000 €.

P. C. M.

Le Tribunal
Condamne la banque Romuald à payer à Robert la somme de 11.000 € à titre de dommages-intérêts,
Dit Robert mal fondé en le surplus de sa demande, l'en déboute,
Condamne la banque Romuald aux dépens.

J 914 Responsabilité du banquier escompteur

Le paiement de la lettre de change peut être refusé au banquier escompteur si, en l'acquérant, il a agi sciemment au détriment du débiteur (art. L 511-12). Pour la Cour de cassation il doit être établi que la banque était de mauvaise foi et savait à la date où elle a escompté la lettre de change " que les provisions de celles-ci ne seraient pas constituées à leurs échéances ou que la situation de son client, le tireur, était irrémédiablement compromise et qu'ainsi, elle avait conscience d'empêcher le tiré de se prévaloir de l'exception du défaut de provision." (Cass.Com. 20 février 1990 n° 87-19839 et 88-12148 ; Cass.Com.16 janvier 1996 n° 94-10633; Cass. Com. 23 juin 2004 n°01-12217). La banque est alors sanctionnée par la perte des recours cambiaires sans préjudice d'éventuels dommages et intérêts.

J 915 Paiement de chèques et autres moyens de paiement (virements, prélèvements)

a) Obligation de ne décaisser que sur un ordre dont la régularité a été vérifiée

*chèque contrefait

En tant que dépositaire, le banquier n'est valablement libéré que s'il remet les sommes ou titres qui lui ont été confiés au titulaire du compte ou à celui qu'il a désigné, en tout cas sur la signature du titulaire du compte ou de son mandataire.

Dès lors, le banquier, même en l'absence de faute de sa part, est responsable du paiement d'un chèque, d'un effet commercial ou de l'exécution d'un ordre de virement sur une fausse signature. Sur la preuve que la signature de l'ordre contesté n'est pas celle du titulaire du compte, le banquier doit recréditer le compte débité.

Le banquier peut échapper à sa responsabilité s'il démontre que l'établissement du faux ordre de paiement a été rendu possible à la suite d'une faute du titulaire du compte, ou de l'un de ses préposés agissant dans l'exercice de ses fonctions (par exemple, imprudence dans la garde du carnet de chèques, absence d'opposition en temps utile,…). Dans l'hypothèse d'une faute du déposant, le banquier peut néanmoins être tenu envers lui s'il a lui-même commis une négligence et ce pour la part de responsabilité en découlant.

* Chèque falsifié

En revanche, lorsqu'un chèque est valablement signé mais a été falsifié postérieurement, le banquier peut être considéré comme s'étant valablement libéré s'il n'est pas prouvé qu'il a commis une faute en ne décelant pas une falsification qu'un examen simple lui eût permis de remarquer. Il est donc indispensable que l'original du chèque soit produit aux débats.

CHÈQUE FAUSSEMENT SIGNÉ

Accueil

Serge demande que la banque Simon soit condamnée à rétablir son compte indûment débité le 17 mai 2013 d'un chèque n° … de 2.500 €, établi sur une formule qui lui a été volée et revêtu d'une signature qui n'est pas la sienne ; il ajoute que, le 11 mai 2013, il avait signalé à la banque le vol de son chéquier et fait opposition au paiement des chèques qui pourraient être établis sur les formules qu'il contenait.

Sur ce, le Tribunal,

Attendu qu'en tant que dépositaire, le banquier ne peut valablement se dessaisir de fonds que sur la signature du déposant ;

Qu'en cas d'opposition formulée pour un motif prévu à l'article L 131-35 du code monétaire et financier, il doit refuser le paiement du chèque qui en est l'objet, sans vérifier que le motif a été justement invoqué ;

Attendu qu'il est établi que la signature n'est pas celle de Serge et que celui-ci a fait opposition en temps utile pour vol ; que la banque ne prouve, ni même n'allègue, aucun fait propre à établir une faute de Serge ;

Qu'ainsi la banque Simon ne s'est pas valablement libérée de la somme de 2.500 € dont elle devra créditer le compte de Serge, alors que, en l'absence de faute établie à la charge de ce dernier, elle ne peut réduire ou supprimer les conséquences de cette obligation par la créance d'indemnité qu'elle aurait pu avoir contre Serge.

P.C.M.
Le Tribunal
Condamne la banque Simon à créditer le compte de Serge d'une somme de 2.500 €,
La condamne aux dépens.

CHÈQUE FAUSSEMENT SIGNÉ

Rejet

Tristan demande que la banque Théodule soit condamnée à rétablir son compte indûment débité le 21 juin 2013 d'un chèque n° .... de 1.500 €, établi sur une formule à lui volée et revêtue d'une fausse signature.

Il fait valoir, qu'en sa qualité de dépositaire, la banque ne devait pas payer un chèque sur une fausse signature.

Sur ce, le Tribunal,
Attendu que tout dépositaire de fonds ne peut se dessaisir de ceux-ci que sur l'ordre du déposant ;
Attendu qu'il est établi que la signature n'est pas de la main de Tristan ; que c'est donc à tort que la banque a débité son compte ;
Mais attendu que Tristan a commis une faute en ne signalant pas à la banque la perte ou le vol de son chéquier ;
Que l'imitation de la signature n'étant pas aisément décelable, c'est la faute commise par Tristan qui est la cause première de l'escroquerie dont la banque a été victime ;
Que c'est donc Tristan qui devra en supporter les conséquences par le maintien du débit du chèque à son compte.

P. C. M.

Le Tribunal
Dit Tristan mal fondé en sa demande et l'en déboute.
Le condamne aux dépens.

CHÈQUE FALSIFIÉ

Rejet

Ulysse demande la condamnation de la banque Urbain à lui restituer la somme de 3.000 €, qu'elle a payée à tort sur un chèque émis pour 1.500 €, et dont le montant lors de la présentation avait été porté à 4.500 €, par suite d'une falsification grossière qui n'aurait pas dû échapper à sa vigilance.
La banque Urbain soutient que la falsification a été habilement faite, le « 1 » dans la mention en chiffres ayant été aisément transformé en « 4 » et la mention en lettres ayant été complétée du mot « quatre », placé avant le mot « mille », ce qui a été facile Ulysse n'ayant pas pris la précaution d'écrire la somme en lettres juste contre le dernier mot imprimé « Chèque » ; elle ajoute que les falsifications sont écrites avec une encre de même couleur que les mentions authentiques et d'une écriture qui ne se distingue pas de celle du rédacteur du chèque.

Sur ce, le Tribunal,

Attendu qu'il n'est pas contesté que le chèque est signé par Ulysse, en sorte que la banque s'est valablement libérée sur cette signature, sa responsabilité ne pouvant être engagée que s'il apparaissait qu'elle a commis une faute dans l'examen normal du chèque auquel elle est tenue en sa double qualité de dépositaire et de mandataire de son client ;
Qu'il est établi que les diligences normalement effectuées par une banque ne pouvaient pas, en l'occurrence, permettre de soupçonner la fraude ;
Qu'Ulysse est donc mal fondé en sa demande et en sera débouté.

P.C.M.
Le Tribunal
Dit Ulysse mal fondé en sa demande et l'en déboute.
Le condamne aux dépens.

b) Obligation de diligence

Dès qu'il a pris les précautions nécessaires pour s'assurer de l'authenticité de l'ordre, le banquier est astreint à une obligation de diligence.

Tout retard peut en effet causer un préjudice au client émetteur (incident avec un bénéficiaire qui n'effectuerait pas la prestation promise au motif d'un non-paiement), voire directement au bénéficiaire (non exécution due à la disparition de la provision sur le compte pendant le délai écoulé). En l'occurrence, il est fait dans les deux cas application des règles de responsabilité relatives au mandat (art. 1984 et sq. C. civ.).

J 916 Refus de paiement sur un compte à découvert

le banquier est en droit de refuser le paiement d'un chèque ou de tout autre moyen de paiement dont le règlement engendrerait un solde débiteur, à moins qu'il n'ait accepté formellement et antérieurement de consentir un découvert à son client, cet accord constituant une véritable ouverture de crédit et valant provision.l

Il arrive souvent que les titulaires d'un compte bancaire considèrent que le fait que leur banque n'ait pas réagi lorsqu'ils ont tiré un chèque à découvert constitue une acceptation tacite d'un crédit de caisse qu'ils estiment, à tort, acquis. En réalité, le refus de paiement du banquier est parfaitement licite et aucune faute ne peut lui être reprochée si ces précédents ont été exceptionnels et assortis d'une mise en garde écrite de la part du banquier d'avoir à cesser les tirages anormaux.

J 917 Délivrance de renseignements commerciaux

Les banquiers sont souvent sollicités par leurs clients afin d'obtenir des renseignements commerciaux sur les entreprises avec lesquelles ils veulent travailler. La délivrance de ces renseignements peut, le cas échéant, être rémunérée.

Le banquier, professionnel du risque, engage sa responsabilité en fournissant à des tiers des renseignements sur des entreprises sans avoir procédé aux vérifications les plus approfondies afin de s'assurer de l'authenticité et de la fiabilité des renseignements fournis, qu'il puise le plus souvent dans son propre réseau ou auprès de confrères en relation avec l'entreprise objet de la demande.

A défaut, il engagerait sa responsabilité si le destinataire de ces renseignements erronés engageait un mouvement d'affaires avec l'entreprise, objet des renseignements, avec un crédit fournisseur qui apparaîtrait par la suite irrécouvrable, cette entreprise se révélant insolvable.

De même des renseignements trop restrictifs pourraient lui valoir une action en dommages-intérêts à l'initiative du tiers, objet des renseignements, s'il vient à en connaître la source.

Si le banquier n'a pas vérifié lui-même les renseignements, il doit faire des réserves expresses auprès de son client pour attirer son attention sur la fragilité de l'information.

J 918 Conséquences d'un T.E.G. erroné

Cf. J 213-3

J 920 RUPTURE DES CONCOURS BANCAIRES

On se gardera de confondre la rupture de crédit avec le refus d'accorder un crédit ou celui d'accroître l'encours en fonction de l'augmentation de l'activité du client.

L'octroi d'un crédit nouveau ou l'augmentation du crédit déjà accordé est une décision que le banquier prend librement. Le crédit est, en effet, un contrat conclu intuitu personae, c'est à dire en fonction de la confiance qu'inspire le client.

En revanche, la suppression ou la réduction d'un crédit accordé est soumise à une réglementation stricte.

Les concours bancaires peuvent être à durée indéterminée ou déterminée.

J 921 Concours à durée indéterminée

Il s'agit de ceux pour lesquels aucune échéance précise n'a été fixée (c'est le cas de la plupart des crédits de fonctionnement). La loi (art.L 313-12 CMF) dispose que tout concours à durée indéterminée, autre qu'occasionnel (Cass.Com. 27 janvier 2015 ; n° 13-26475), qu'un établissement de crédit consent à une entreprise ne peut être réduit ou interrompu que sur notification écrite, à l'expiration d'un délai de préavis fixé lors de l'octroi du concours, et que le non-respect de ces dispositions peut entraîner la responsabilité pécuniaire de l'établissement de crédit.

J 921-1 Modalités des concours à durée indéterminée

1) Établissement de leur existence

Celle-ci peut être contestée par la banque s'il n'y a pas d'écrit. Il revient donc au client de prouver par tous moyens qu'il existait bien une ouverture de crédit en sa faveur. La constitution de sûretés peut prouver l'existence d'une ouverture de crédit s'il est établi que la sûreté en question ne garantissait pas d'autres crédits accordés par ailleurs.

En ce qui concerne les crédits de caisse, la jurisprudence considère l'ouverture de crédit comme établie lorsque le solde du compte se révèle régulièrement débiteur ; la règle s'appliquant à toutes les formes de crédit, l'analyse des utilisations passées fondera le plus souvent la décision du juge sur ce point.

2) Nature et montant des concours

La preuve de l'existence d'une facilité ne suffit pas. Il faut en établir la nature (escompte, découvert, crédit revolving, etc.) et le montant par l'examen des opérations répétitives effectuées sur le compte. En fait, la difficulté majeure consiste dans la détermination du montant du crédit lorsqu'il n'est intervenu aucun écrit. En la matière, la jurisprudence retient généralement l'encours moyen ou, plus exactement, cherche à déterminer le niveau du crédit habituellement consenti en tenant compte de son caractère périodique.

Les pointes extrêmes ne sont donc pas prises en considération, à condition qu'elles aient conservé un caractère exceptionnel confirmé, par exemple, par des courriers de la banque acceptant des tolérances en précisant qu'elles ne sont qu'occasionnelles et passagères.

3) Concours non concernés par la loi

Certains découverts constatés peuvent toutefois n'être qu'apparents (découvert résultant d'un simple décalage d'écriture entre les débits passés au compte et les remises en couverture effectuées le jour même, mais comptabilisées le lendemain) ou occasionnels (dépassements ou passages débiteurs non systématiques suivis de lettres de rappel à l'ordre adressées par la banque). Ils ne constituent donc pas des concours soumis à l'article L 313-12 du code monétaire et financier.

J 921-2 Formalisme à respecter pour mettre fin à un concours

1) Notification avec préavis

La loi prévoit que la rupture d'un crédit doit être précédée d'une notification écrite et assortie d'un délai afin de permettre au client de rechercher des moyens de financement de remplacement.

En matière de notification, la volonté de réduire ou d'interrompre le concours doit être clairement exprimée (une simple lettre d'interdiction bancaire est insuffisante en tant que notification). Il n'est pas obligatoire qu'elle soit motivée. (Cependant, à la demande de l'intéressé, la banque doit donner le motif de l'interruption de concours).

La durée du préavis doit être fixée lors de l'octroi du crédit et ne peut, sous peine de nullité de la rupture, être inférieure à 60 jours pour tous les concours à durée indéterminée (L 313-12 CMF.).

La rupture de la convention de compte courant, s'il n'y a pas eu autorisation de découvert, n'est pas soumise aux dispositions de l'article L313-12 du Code monétaire et financier. Elle obéit au droit commun des contrats : elle peut intervenir à tout moment et sans motif, à la seule condition de respecter un préavis suffisant.

Le droit du banquier de résilier une autorisation de crédit ne doit pas donner lieu à abus. Une rupture de concours effectuée en observant les conditions de notification et de délai prévues à l'article L 313-12 du code monétaire et financier peut être fautive :

- si, pendant le délai de préavis, la banque a refusé au client la possibilité d'utiliser la partie encore disponible de l'autorisation ;
- si elle est effectuée dans une intention malicieuse ; le client doit alors prouver l'intention de la banque de lui nuire ou de tirer un avantage de ses difficultés.

2) Notification sans préavis

L'établissement de crédit n'est tenu à respecter aucun délai en cas de comportement gravement répréhensible du débiteur ou de situation irrémédiablement compromise.

- Comportement gravement répréhensible

Parmi les comportements gravement répréhensibles, il convient de citer le refus de donner les garanties promises à l'origine, les remises de chèques ou de traites sans cause (isolément ou en série : il s'agit alors de "circuits de cavalerie"), le double financement, la mobilisation de factures fictives ou éteintes, l'émission de chèques postérieurement à une interdiction, etc. Il en va de même de la production de faux bilans, de comptes inexacts, ou même de manœuvres visant à dissimuler des informations permettant au banquier d'apprécier la situation réelle de son débiteur ou de la caution.

- Situation irrémédiablement compromise

Le banquier est également dispensé de donner un préavis lorsque la situation du débiteur se révèle irrémédiablement compromise. En cas de contestation du client, il appartient à la banque de faire la preuve de cette situation. En principe, on pourrait admettre qu'une situation est irrémédiablement compromise à partir du moment où le prêteur perd tout espoir sérieux de remboursement. En fait, la jurisprudence se réfère généralement à des critères moins subjectifs ; par exemple l'importance du passif social et fiscal rendant l'arrêt de l'exploitation inévitable ou l'impossibilité de rétablir la rentabilité et les fonds propres.

Il en va ainsi lorsque la cessation des paiements acquise ou potentielle rend inévitable une liquidation judiciaire.

J 922 Concours à durée déterminée

L'ouverture de crédit à durée déterminée prend fin à l'arrivée du terme convenu, sauf application de l'exception d'inexécution si le client ne remplit pas ses propres engagements. Les parties peuvent à cet égard prévoir dans le contrat de prêt divers cas de résiliation anticipée (sauf l'ouverture d'une procédure collective). Si les clauses de dénonciation sont trop nombreuses ou trop imprécises, l'ouverture de crédit à durée déterminée pourrait être requalifiée en ouverture à durée indéterminée.

En tout état de cause, l'article L 313-12 du code monétaire et financier autorise la résiliation immédiate du concours, même consenti à durée déterminée, en cas de comportement gravement répréhensible ou de situation irrémédiablement compromise du bénéficiaire.

J 923 Conséquences de la rupture de crédit

En cas de rupture de crédit, même non fautive, le banquier a l'obligation de payer les chèques dont il est prouvé qu'ils ont été émis avant la prise d'effet de la révocation, ce dans la limite du crédit de caisse précédemment accordé (le bénéficiaire est en effet propriétaire de la provision dès l'émission). En revanche, il n'est pas tenu de payer les effets domiciliés tirés par son client et présentés après révocation, la domiciliation d'effets ne conférant au porteur aucun droit sur les fonds en compte.

La faute du banquier, qui réduit ou interrompt un crédit dans des conditions anormales, est de nature contractuelle vis à vis de son débiteur et quasi délictuelle vis-à-vis des tiers. Mais le préjudice subi par le débiteur ainsi que son lien de causalité avec la faute doivent être clairement établis.

J 924 Rupture de crédit et procédure collective

a) Sort des autorisations existant avant le jugement d'ouverture

L'administrateur a la faculté d'exiger la continuation des contrats en cours à la date du jugement de sauvegarde ou de redressement judiciaire (art. L. 622-13 pour la sauvegarde et L. 631-14 pour le redressement judiciaire). Cette règle s'applique également en liquidation judiciaire, notamment en cas de poursuite d'activité (L 641-11-1). L'administrateur (ou le liquidateur) peut à ce titre demander la continuation, pendant la période d'observation, des conventions de compte courant et d'ouverture de crédit sous toutes les formes qui sont en cours au jour du jugement de redressement (Cass.Com. ; 4 juin 2013, n°12-17203).

Afin de respecter l'interdiction de paiement des créances antérieures sous peine de sanctions (L. 622-7), un solde provisoire est établi à la date de l'ouverture de la procédure. Si le compte est débiteur, le montant devra être arrêté en capital et intérêts (compte tenu des écritures qui peuvent être en suspens) et déclaré au passif. Si le solde du compte, après arrêté, est créditeur, il sera repris sur un compte généralement intitulé « compte Sauvegarde » ou « compte RJ ».

Cette poursuite des concours s'entend dans la limite non utilisée de l'autorisation (expresse ou de fait) ; pour les concours "autoliquidatifs" (escompte, cession de créances professionnelles), l'autorisation disponible se reconstitue au fur et à mesure des paiements, aux échéances prévues des tirés ou débiteurs cédés.

Le juge-commissaire au visa de l'art. L. 621-9 du code de commerce et le juge des référés au visa des articles 872 et 873 du Code de Procédure Civile sont compétents pour imposer le maintien ou le rétablissement des concours litigieux. Le crédit ainsi maintenu est soumis à l'article L 313-12 du code monétaire et financier. Le banquier peut donc le rompre avec préavis sans avoir à se justifier, voire le réduire ou le supprimer sans préavis en cas de comportement gravement répréhensible ou de situation irrémédiablement compromise (par exemple, dans le cas de liquidation judiciaire). Les créances nées de la poursuite de ces contrats doivent être payées à leur échéance (L622-17). Si elles ne le sont pas, elles bénéficient d'un privilège.

En cas de cession, le co contractant dont le contrat n'a pas été cédé peut demander au juge commissaire qu'il en prononce la résiliation si la poursuite de son exécution n'en est pas demandée par le liquidateur (art. L.642-7, al.7).

La clôture de la procédure de rétablissement professionnel entraîne effacement des dettes à l'égard des créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure et portée à la connaissance du juge commis par le débiteur (L.645-11).

b) Régime des crédits accordés pendant la procédure collective

Le droit commun des obligations et l'article L. 313-12 du code monétaire et financier s'appliquent aux crédits accordés dans le cadre d'une procédure préventive ou pendant la période d'observation. Il en est de même après cette période, ainsi qu'en cas de liquidation pour les crédits nécessaires à la poursuite temporaire de l'activité (art. L.622-7)

Lorsqu'un plan de cession est adopté, le tribunal détermine les contrats de fourniture de services nécessaires au maintien de l'activité (art. L. 642-7). La cession forcée des autorisations non utilisées n'est pas possible en vertu de leur caractère intuitu personae. En revanche, la charge des sûretés immobilières et mobilières spéciales garantissant le remboursement d'un crédit consenti à l'entreprise pour financer le bien cédé sur lequel portent ces sûretés est transmise au cessionnaire qui est tenu de régler les échéances au créancier, sauf accord avec ce dernier (art. L. 642-12).

J 930 CRÉDIT ET SOUTIEN ABUSIFS

On doit distinguer le crédit abusif accordé à un emprunteur in bonis, du soutien abusif généralement soulevé par un débiteur qui fait l'objet d'une procédure collective.

J 931 Crédit abusif

Il arrive qu'un débiteur in bonis engage une action à l'encontre de la banque qui l'a financé. Une telle demande ne peut en principe prospérer au titre du crédit abusif, l'emprunteur étant a priori mal placé pour se plaindre d'un crédit qu'il a lui-même sollicité.

Aussi, dans un tel cas, les emprunteurs mettent-ils généralement en avant leur qualité d'emprunteur non averti et le devoir de mise en garde de la banque (cf. J 950) qui en découle. Il leur revient alors de prouver, dans le cadre d'une responsabilité contractuelle du banquier, que le crédit inapproprié consenti leur a causé un préjudice. La charge de la preuve de l'observation du devoir de mise en garde repose sur la banque. Il revient aussi éventuellement à cette dernière de contester le caractère non averti de son emprunteur, la banque n'étant responsable, à l'égard de l'emprunteur averti, que des circonstances connues d'elle-même que son client ignorait.

Une caution est fondée à obtenir des dommages et intérêts à titre reconventionnel lorsque, actionnée par la banque, elle peut prouver que celle-ci n'a pas observé son devoir de mise en garde ou qu'un crédit abusif consenti au débiteur lui a causé un préjudice. Dans ce cas également, l'étendue de la responsabilité de la banque variera selon que la caution peut ou non être considérée comme non avertie.

J 932 Soutien abusif

L'accusation de soutien abusif peut être soutenue *en dehors d'une situation de procédure collective* du débiteur. Dans ce cas, c'est la conception très générale de la faute et la jurisprudence antérieure à la loi du 25 juillet 2005 qui devraient être retenues.

Le soutien abusif peut également être invoqué *dans le cadre d'une affaire non bancaire*, par exemple dans le cas d'un constructeur automobile accusé d'avoir inconsidérément soutenu un concessionnaire dont la situation était irrémédiablement compromise.

Mais l'action en soutien abusif est normalement engagée au nom de l'ensemble des créanciers, *dans le cadre d'une procédure collective*, par le mandataire judiciaire, le liquidateur ou le commissaire à l'exécution du plan. Constitue un soutien abusif l'octroi d'un concours financier alors que la banque savait ou pouvait savoir que la situation du créancier était irrémédiablement compromise

Les créanciers ne peuvent engager individuellement de poursuites que pour des préjudices qui leur seraient personnels mais la notion de préjudice collectif est si extensive en jurisprudence qu'elle absorbe généralement toute notion de préjudice individuel.

Jusqu'en 2006, les actions en soutien abusif engagées dans le cadre d'une procédure collective étaient relativement fréquentes. Il revenait aux créanciers collectivement de prouver que la banque avait engagé sa responsabilité quasi-délictuelle à leur égard en consentant directement ou indirectement des crédits à un emprunteur dont elle savait, ou aurait dû savoir du fait de son devoir de s'informer, que la situation était irrémédiablement compromise. Ceci étant établi, les dommages et intérêts alloués étaient égaux à la partie de l'insuffisance d'actif du débiteur résultant de l'intervention de la banque.

Ces procédures de soutien abusif, même assez peu couronnées de succès, ont eu pour effet de conduire les banques à une attitude restrictive en matière de crédit à des entreprises faisant face à des difficultés conjoncturelles. Aussi le législateur, désireux de ne pas les dissuader de soutenir les entreprises en difficulté, a-t-il, par la loi du 26 juillet 2005 modifiée par l'ordonnance du 18 décembre 2008 (art. L.650-1), considérablement réduit le champ de la responsabilité des banques en la matière.

Aux termes de l'article L. 650-1 du code de commerce, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis à leurs clients qu'en cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties réelles ou personnelles prises en contrepartie des concours sont disproportionnées aux concours consentis, à la condition que les concours consentis soient en eux-mêmes fautifs (Cass Com. ;27 mars 2012, n°10-20077).

L'article L650-1 ne précise pas la notion de fraude. On peut penser qu'un dispositif de crédit qui aurait pour but d'améliorer la situation de la banque et non d'aider l'emprunteur à sortir d'une situation difficile serait qualifié de fraude. Il en serait ainsi, par exemple, d'un crédit de restructuration permettant de rembourser des découverts au moyen de crédits à moyen terme assortis de garanties réelles, s'il était prouvé qu'au moment de l'octroi des crédits la banque avait connaissance de la situation irrémédiablement compromise de son client.

La sanction de la faute de la banque consiste en des dommages et intérêts proportionnels au préjudice qu'elle a causé. S'y ajoute ou s'y substitue désormais une nullité facultative des garanties prises ou la possibilité pour le juge d'en décider la réduction.

J 940 PRINCIPE DE NON-INGÉRENCE

Le banquier, en tant que professionnel, est astreint vis à vis de sa clientèle à respecter certaines obligations dans le cadre des prestations qu'il lui apporte : prudence, diligence, information, conseil. Il ne doit cependant pas sortir de son rôle et en venir à se substituer aux dirigeants de l'entreprise qui doivent conserver leur autonomie et leur libre arbitre ; la jurisprudence a donc consacré l'existence d'un principe de non-ingérence.

L'ingérence (ou immixtion) ne doit pas être confondue avec le soutien abusif du crédit ; il est ici reproché à la banque, soit d'être intervenue de manière effective dans la gestion de l'entreprise, soit d'y avoir opéré des contrôles excessifs quels que soient la nature, le volume et les sûretés exigées en garantie des financements consentis, soit d'avoir donné des conseils faussant le jugement du chef d'entreprise ou accompagnés de menaces ou d'injonctions le privant de son libre arbitre.

Pour être déclaré responsable, le banquier devra s'être comporté en dirigeant de fait, c'est à dire

- avoir eu une participation effective à la gestion ;
- avoir exercé cette activité en dehors de toute soumission aux décisions des véritables dirigeants ;
- avoir, dans ce cadre, commis des fautes préjudiciables à l'entreprise en agissant par exemple de manière à influer sur les décisions sociales dans son seul intérêt.

Cette attitude peut être sanctionnée de trois manières :

- sur le fondement de l'article L 650-1 du code de commerce concernant l'immixtion ou la prise de garantie disproportionnée ;
- sur le fondement de l'article L 651-2 du code de commerce s'il peut être démontré que la banque s'est comportée en dirigeant de fait. Cet article permet de condamner un dirigeant de fait au paiement de tout ou partie du passif pour faute de gestion ;
- quelque soit la situation de l'entreprise, par application des règles de responsabilité de l'article 1382 du code civil et à l'initiative de tout intéressé (débiteur, caution, etc.).

.

J 950 OBLIGATION D'INFORMATION, DE MISE EN GARDE OU DE CONSEIL

Les obligations d'information, de mise en garde ou de conseil s'appliquent aux banques et établissements financiers, mais aussi, en ce qui concerne les services d'investissement, aux prestataires de conseils en investissements financiers (CIF), aux gestionnaires de portefeuille pour compte de tiers et aux prestataires de services d'investissement (PSI).

J 951 Obligation d'information

Une banque a un devoir d'information de ses clients avant et pendant la fourniture d'un service ou d'un produit. Le devoir d'information consiste en la fourniture d'une information objective et claire permettant au client de se faire une idée précise du produit ou du service proposé.

Cette obligation était sanctionnée par la jurisprudence sur la base de l'article 1147 ancien du code civil. L'ordonnance du 10 février 2016 a introduit une disposition d'ordre public (art. 1112-1 nouveau) affirmant un devoir général d'information. Enfin le Code monétaire et financier prévoit des obligations particulières d'information en ce qui concerne les services d'investissement. Les informations à fournir aux clients particuliers sont définies dans le Code de la consommation (L 311-10 et L312-8 et sq).

Le devoir d'information varie en fonction de la nature de l'opération et du degré de qualification du client (professionnel/non professionnel). Dans la phase pré-contractuelle, cette information peut être de type générique. En cours de contrat, elle doit parfois aussi être personnalisée en fonction de la situation individuelle des clients.

En matière de services bancaires, les obligations suivantes concernent tous les clients :

- communication des conditions générales de banque appliquées au fonctionnement d'un compte lors de l'ouverture de celui-ci ainsi que des engagements respectifs de la banque et de son client (art. L. 312-1-1 du CMF);

- l'art. L. 331-8 du code de la consommation impose à l'établissement de crédit qui propose un crédit à la consommation de fournir à l'emprunteur les explications lui permettant de déterminer si le contrat de crédit est adapté à ses besoins et à sa situation financière, et d'attirer son attention sur les caractéristiques essentielles du crédit ou des crédits proposés et sur les conséquences que peuvent avoir ces crédits sur sa situation financière.

- information sur les taux d'usure correspondant aux prêts proposés (art. D.313-8 du code de la consommation et art. D.313-2 CMF) ;

- information des entrepreneurs individuels sur les sûretés réelles demandées en garantie du prêt consenti (art. L.313-21 CMF) ;

- remise par la banque de la notice établie par la compagnie d'assurances du groupe dont fait partie la banque qui propose ce contrat d'assurances et présentation des risques assurés/non assurés (art. L. 311-19 du code de la consommation) ainsi que de la procédure à suivre en cas de survenance d'un sinistre, s'agissant d'un crédit immobilier (art. L.312-9 du code de la consommation).

En matière de cautionnement : cf. N 112-2

En matière de services d'investissement, les obligations d'information de la banque, lorsqu'elle propose des produits ou des services financiers, ont été renforcées par la Directive européenne MIF transposée en droit français par l'ordonnance du 12 avril 2007 (art. 314-10 et suivants du Règlement Général de l'AMF et art. L.533-11 à 20 CMF):

La banque doit fournir des informations sur les caractéristiques des instruments financiers dont la négociation est envisagée par la remise au client, avant toute souscription, de la notice d'information visée par l'AMF dont le contenu doit être "exact, clair et non trompeur" (L 533-12 CMF).

Concernant *les OPCVM*, les sociétés de gestion de portefeuille doivent transmettre à l'AMF et mettre à jour, au moins une fois par an et dans les conditions prévues par une instruction de l'Autorité des Marchés Financiers, des informations donnant une image fidèle des types de contrats financiers, des risques sous-jacents, des limites quantitatives ainsi que des méthodes choisies pour estimer les risques associés aux opérations sur les contrats financiers. L'information doit être cohérente avec l'investissement proposé (Cass.Com. 24 juin 2008 ; n° 06-21798 ; Cass.Com 19 septembre 2006 ; n° 05-15304).

En matière de *produits financiers*, la banque qui intervient en tant que PSI doit fournir à son client une « information adaptée » à l'évaluation de la situation financière de ce client, de son expérience en matière d'investissement et de ses objectifs (Cass.Com. ; 10 janvier 2012 ; n°10-28800). Elle doit donc préalablement réunir les informations nécessaires auprès de son client pour effectuer cette évaluation adaptée.

Il faut constater cependant que l'extension des obligations qui pèsent sur les prestataires de services d'investissement au titre de l'obligation d'information a pour effet de rapprocher cette obligation de l'obligation de mise en garde.

c) La banque a la charge de prouver, le cas échéant, l'exécution de son obligation d'information, exécution dont la preuve se fait par tous moyens et résulte de tout fait ou acte ayant pu informer le client. Il appartient aux juges du fond de caractériser la mauvaise qualité des informations fournies, le cas échéant.

J 952 Devoir de mise en garde

Le devoir de mise en garde est une création prétorienne (deux arrêts Cass. Chb mixte 29 juin 2007 n° 05-21104 et 06-11673). La Cour de Cassation l'a défini en le distinguant du devoir d'information et de conseil. Il a pour objet de prévenir un risque de dommage et consiste pour la banque en une obligation d'alerter le client d la banque sur les risques encourus au regard de ses capacités financières et des risque de l'endettement né de l'opération proposée.

a) Ce devoir n'existe qu'envers *les emprunteurs non avertis (cf.N 112-1)*. A l'égard des clients avertis, la banque ne pourra voir sa responsabilité engagée que s'il peut être prouvé qu'elle détenait des informations que les clients eux-mêmes n'avaient pas (sur leur situation financière et/ou les risques du projet à financer).

En application de la jurisprudence de la Cour de cassation (deux arrêts de la chambre mixte du 29 juin 2007), les banques doivent classer leurs clients en deux catégories : avertis et non avertis (profanes). Cette obligation a d'ailleurs été renforcée par la transposition de la Directive MIF (art.314.4 du Règlement général de l'AMF).

Les clients avertis sont ceux qui disposent des compétences nécessaires pour apprécier la nature et la portée des risques encourus du fait des crédits sollicités. Cette qualification de client averti ne peut se présumer. Elle s'analyse en fonction des circonstances particulières de chaque situation.

La notion de non averti (profane) ne se confond pas avec la notion d'emprunteur non professionnel. Comme critères d'appréciation du caractère averti ou non averti de l'emprunteur, il convient de distinguer :

- les qualités et les connaissances de l'emprunteur ;
- les caractéristiques et la complexité de l'opération de crédit.

Le juge du fond apprécie souverainement si l'emprunteur ou la caution est non averti au vu des indices produits. Cette appréciation « in concreto » de chaque situation particulière doit se traduire dans la motivation, ce qui exclut des motivations générales du type : « Attendu qu'il résulte de l'ensemble des pièces produites que l'emprunteur ou la caution était non averti(e)".

La banque est fondée à se fier aux informations fournies par son client, sauf incohérence apparente et flagrante avec les informations dont elle peut disposer par ailleurs.

Par ailleurs, l'emprunteur qui refuse de fournir les informations demandées par la banque pour étudier le dossier de crédit et de collaborer avec la banque ne peut invoquer le bénéfice du devoir de mise en garde.

b) *En matière de cautionnement*, (cf. J 930 et N 111-2), l'obligation de mise en garde doit notamment s'appliquer en cas de disproportion des engagements de caution par rapports aux biens et revenus de la caution.

Si la disproportion est établie, le créancier professionnel ne peut plus se prévaloir de l'engagement de caution (sauf retour à meilleure fortune) ; la perte de chance est considérée comme égale au montant de la caution.

A l'inverse, en l'absence de disproportion, la caution ne peut se prévaloir d'un manquement à l'obligation de mise en garde du banquier (Cass.Civ 1 ; 12 novembre 2015- n°14-21725).

c) *En matière de crédit*, le devoir de mise en garde s'applique à un crédit de montant excessif ou consenti à des conditions anormales (cf. J 930 a).

L'appréciation du caractère excessif du crédit est différente selon que l'emprunteur est une personne physique ou une personne morale : dans le cas d'une personne physique, il sera tenu compte de la situation présente de l'emprunteur et de ses perspectives prévisibles tandis que dans le cas d'une entreprise, il sera d'abord examiné si le projet à financer est viable et si la prise de risque est raisonnable.

Les litiges les plus fréquents surviennent en raison de la défaillance de l'emprunteur à satisfaire à son obligation de rembourser le crédit. La banque assigne alors l'entreprise et/ou la caution. Souvent, l'entreprise et/ou la caution invoquent en défense la responsabilité du banquier qui n'aurait pas satisfait à son obligation de mise en garde au moment de la mise en place du prêt, origine de la défaillance de l'emprunteur.

L'emprunteur ou la caution non averti doit prouver l'existence d'un risque caractérisé tenant à sa capacité financière et démontrer que le préjudice subi est dû à la carence de mise en garde.

Le plus souvent, il s'agira de prouver que :

* l'endettement est excessif en volume
* l'endettement est trop onéreux en charge
* le remboursement est très aléatoire parce que les revenus du bien financé le sont.

Le devoir de mise en garde impose à la banque d'alerter son client sur les risques financiers que comporte le projet. Il appartient à la banque de prouver qu'elle a attiré l'attention de l'emprunteur ou de la caution sur le danger de l'opération. Après avoir mis en garde son client, la banque n'a toutefois pas l'obligation de refuser un crédit dont elle considère qu'il pourrait excéder les capacités financières du client. Si l'emprunteur accepte de souscrire le crédit malgré les risques et donc en toute connaissance de cause, la responsabilité du banquier ne peut être mise en cause.

d) Mise en garde de l'investisseur ou du souscripteur d'un contrat financier

Par principe, une mise en garde ne se conçoit qu'en présence de risques : selon la jurisprudence, l'obligation de mise en garde est limitée aux opérations de caractère spéculatif effectuées par un client non averti.

La réalisation d'opérations boursières classiques par le client d'une banque ne met pas à la charge de la banque, en vertu du principe de non-immixtion, d'obligation particulière en matière de mise en garde.

Une opération peut être qualifiée de « spéculative » lorsque le client est exposé à un risque illimité. En revanche, une opération dont les risques sont limités et identifiés n'est pas une « opération spéculative » (Cass.Com. 17 mars 2015 ; n° 13-25142).

Un swap d'intérêts consistant pour chacune des parties à prendre en charge les intérêts dus par l'autre (échange d'un taux fixe contre un taux variable) n'est pas considéré comme une opération spéculative. (Cass.Com.19 juin 2007 ; n°05-22.037).

De manière générale, il peut être posé comme principe que l'obligation de mise en garde du banquier croît en fonction de la complexité de l'opération projetée et décroît en fonction des connaissances, de la pratique et de l'expérience de son client.

En matière de services d'investissement, l'ordonnance du 12 avril 2007 transposant la Directive MIF a précisé les obligations de la banque. L'article L.533-13 II du code monétaire et financier issu de cette ordonnance exige des prestataires de services d'investissement , lorsqu'il s'agit de fournir un service autre que le conseil en investissement ou la gestion de portefeuille pour compte de tiers, une mise en garde préalable des clients, lorsque ceux-ci, notamment les clients potentiels, ne communiquent pas des informations sur leur connaissances et leur expérience en matière d'investissement ou lorsque la banque estime, sur la base des informations fournies, que le service ou l'instrument ne sont pas adaptés.

J 953 Devoir de conseil

Le devoir de conseil du banquier est souvent confondu avec le devoir d'information et le devoir de mise en garde. Le devoir d'information implique la neutralité du banquier dans les explications qu'il fournit et le devoir de mise en garde exige qu'il attire l'attention de son client sur les risques que présente une opération.

Le devoir de conseil consiste en la fourniture d'*une recommandation personnalisée* au client orientant sa décision en tenant compte de ses caractéristiques et besoins propres. A cette fin, la banque a également un devoir de s'informer sur le profil de ses clients afin de leur fournir des services adaptés.

Cette distinction est importante car il n'y a pas d'obligation générale de conseil à la charge du banquier dispensateur de crédit. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a en effet rappelé que : " sauf disposition légale ou contractuelle contraire, la banque n'est pas tenue à une obligation de conseil à l'égard de son client et n'est susceptible d'engager sa responsabilité que dans le cas où elle a fourni un conseil inadapté à sa situation dont elle a connaissance " (Cass.Com.13 janvier 2015 ; n°13-25856).

Autrement dit *en matière de crédit*, le banquier n'est tenu à un devoir de conseil -sauf disposition législative expresse- que dans les limites des informations dont il dispose sur son client ou si un contrat spécifique prévoyant ce conseil a été conclu avec ledit client.

En revanche *en matière de service d'investissement,* il en va autrement puisqu'aux termes de l'art. L.533-13 I du code monétaire et financier, les prestataires de services d'investissement avant de fournir un service en conseil d'investissement ou en gestion de portefeuille pour le compte de tiers doivent s'enquérir auprès de leur clients, notamment leurs clients potentiels, de leurs connaissances et de leur expérience en matière d'investissement, ainsi que de leur situation financière et de leurs objectifs d'investissement, de manière à pouvoir leur recommander les instruments financiers adaptés ou gérer leur portefeuille de manière adaptée à la situation. A cet égard, la Cour de Cassation considère que la déclaration d'un client se reconnaissant la qualité d'investisseur qualifié disposant des connaissances suffisantes ne suffit pas pour établi le profil du client. Il appartient à la banque de déterminer ce profil en recueillant les informations requises et en les analysant.

Lorsque les clients ne communiquent pas les informations requises, les prestataires doivent s'abstenir de recommander des instruments financiers ou de leur fournir le service de gestion de portefeuille.

Quand ce devoir de conseil est dû, en l'état actuel de la jurisprudence, il est retenu que :

*le manquement au devoir de conseil du banquier est plus strictement sanctionné:

- si le banquier est spécialisé dans les opérations concernées par les concours accordés ;
- si son client est peu averti de la vie des affaires et des problèmes financiers (par exemple, commerçant qui s'installe pour la première fois et manque d'expérience) ;

Par exemple en matière de crédit documentaire, le banquier, en cas de réception de documents non conformes aux conditions d'ouverture des crédits, ne peut pas se limiter à demander des instructions à un client pouvant être considéré comme "non averti", mais doit lui exposer les risques encourus en cas de levée pure et simple des réserves, afin de lui permettre de prendre sa décision en toute connaissance de cause.

*ce devoir se limite au domaine de son expertise, c'est à dire les problèmes de caractère financier ; ainsi le banquier ne saurait se voir reprocher un projet économique ou social inadapté (par exemple dans un business plan produit par le client dans la spécialité professionnelle qu'il dit être la sienne) mais il serait responsable d'avoir octroyé un crédit trop coûteux, soit qu'il ne convienne pas aux capacités prévisibles de remboursement de l'entreprise, soit qu'il ait existé des formes de financement moins onéreuses.

Pour les crédits comme pour les autres services bancaires, le devoir de conseil est limité par le principe de non-ingérence du banquier dans les affaires de son client à qui il ne doit pas se substituer. Le client ne saurait reprocher à sa banque de lui avoir fourni un crédit ne correspondant pas à ses besoins ou à ses capacités que s'il peut démontrer une erreur de choix grossière et le fait que la banque a pu en avoir conscience.

J 954 Indemnisation du préjudice

La jurisprudence qualifie de « perte de chance » le préjudice subi par l'emprunteur non averti pour l'inexécution de l'obligation d'information, de mise en garde ou de conseil.

En tant que tel, le préjudice n'est pas nécessairement intégralement compensé (Cass. Com ; 4 octobre 2011 ; n° 10-25077 ; Cass.Com. 13 septembre 2011 ; n° 10-20644). Le plus souvent, l'indemnisation se situe entre 15% et 30% de la perte subie.

La banque a la charge de prouver, le cas échéant, l'exécution de ses obligations. La preuve se fait par tous moyens et résulte de tout fait ou acte ayant pu informer le client. Il appartient aux juges du fond de caractériser la mauvaise qualité des informations ou du conseil fournis, le cas échéant.

Titre K

SOCIETES

CHAPITRE 1

K 100 GÉNÉRALITÉS SUR LES SOCIÉTÉS

K 110 CADRE LÉGISLATIF

La définition de la société est donnée dans l'article 1832 du code civil : « La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie… ». Elle est à la fois contrat et institution. Une fois immatriculée, elle donne naissance à une personne morale.

Il existe plusieurs types de sociétés : sociétés civiles, commerciales, agricoles, etc.

Les sociétés commerciales sont régies par deux séries de textes :

- les articles 1832 à 1844-17 du code civil qui contiennent les dispositions générales applicables à l'ensemble des sociétés ;
- le livre deuxième du code de commerce (articles L. 210-1 à L. 252-12 et R. 210-1 à R. 252-1).

Les textes de base régissant la matière sont la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales et son décret d'application du 23 mars 1967. Ces textes ont été intégrés dans le code de commerce (lettres L. et R.). Ils ont été modifiés à de multiples reprises par un grand nombre de lois et de décrets, dont notamment la loi du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du code civil, la loi sur les nouvelles régulations économiques (dite « NRE ») du 15 mai 2001, la loi du 26 juillet 2005 pour la confiance et la modernisation de l'économie (« loi Breton »).

Ce mouvement législatif et règlementaire s'est considérablement accéléré, d'une part pour mettre notre droit en conformité avec les directives communautaires européennes, d'autre part par la volonté du législateur, face à la croissance considérable de l'épargne publique en titres de sociétés, d'assurer une plus large information et une meilleure protection des actionnaires, en particulier des minoritaires, mais aussi des tiers.

Les nouvelles évolutions législatives, souvent disparates, tendent également à simplifier les conditions de création et de fonctionnement des sociétés.

K 120 FORMES DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES

On classe les sociétés commerciales en deux catégories :

- Les sociétés de personnes dans lesquelles chaque associé a la qualité de commerçant et est indéfiniment et solidairement responsable avec ses coassociés des dettes de la société : la principale société de personnes est la société en nom collectif (SNC).
- Les sociétés de capitaux dans lesquelles chaque actionnaire n'est en principe engagé à l'égard des tiers qu'à concurrence de son apport. Les sociétés de capitaux sont essentiellement:

-la société anonyme (SA) dont le capital est divisé en actions ;

-la société par actions simplifiée (SAS) dont le capital, divisé en actions, est fixé par les statuts sans minimum obligatoire, mais pour laquelle demeure l'interdiction de faire appel à l'épargne publique

La société à responsabilité limitée (SARL) participe à la fois des sociétés de capitaux (responsabilité limitée des associés) et des sociétés de personnes (capital social librement fixé, divisé en parts sociales dont la cession à un tiers est soumise à agrément). Son capital est librement fixé par les statuts sans obligation d'un quelconque minimum.

Il existe également :

- La société en commandite qui comporte deux types d'associés :
  - les commandités qui ont la qualité de commerçants et répondent indéfiniment et solidairement des dettes de la société dont ils conduisent seuls la gestion ;
  - les commanditaires qui ne sont engagés à l'égard des tiers qu'à concurrence de leur apport mais ne participent pas à la gestion de la société ; les associés commanditaires sont en réalité les bailleurs de fonds de la

société, leur apport étant divisé en parts sociales (société en commandite simple) ou en actions (société en commandite par actions).

• L'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) et la société par actions simplifiée à associé unique (SASU) qui n'ont qu'un seul associé et dont les règles de fonctionnement et de constitution reprennent celles de la SARL et de la SAS en les adaptant à leur singularité.

Il existe enfin des sociétés dépourvues de la personnalité morale : ce sont les sociétés en participation et les sociétés créées de fait. Elles seront évoquées avec les groupements d'intérêt économique et les associations (cf. K 400).

CHAPITRE 2

K 200 VIE DES SOCIÉTÉS

K 210 CONSTITUTION

La société existe entre les associés dès la signature des statuts, mais n'acquiert la personnalité morale qu'à la date de son immatriculation au registre du commerce et des sociétés.

Les actes accomplis pour le compte de la société en formation avant la signature des statuts, lors de cette signature ou après cette signature, mais avant l'immatriculation, n'engagent que leurs signataires. La reprise de ces engagements par la société (art 1843 C. civ. ; art. L. 210-6) est soumise à de strictes conditions de fond et de forme :

-l'acte doit avoir été explicitement conclu *au nom de la société* en formation ;

-la reprise est régularisée par l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés, si les statuts donnent en annexe une liste précise des engagements qui doivent être repris par la société ;

-la reprise est régularisée si les associés ont donné, dans les statuts ou par acte séparé, mandat à l'un d'entre eux de prendre pour eux des engagements déterminés dont les modalités sont précisées ;

-postérieurement à l'immatriculation, cette reprise ne peut découler que d'une décision spéciale prise, sauf clause contraire des statuts, à la majorité des associés.

Si ces engagements sont repris, ils sont réputés avoir été souscrits dès l'origine par la société.

Si ces engagements ne sont pas repris par la société ou si la société n'est pas immatriculée, la société n'est pas engagée et les personnes qui ont pris les engagements en restent tenues solidairement et indéfiniment.

Chaque associé doit faire un apport. Le plus souvent il est en numéraire ou en nature. Il peut être en industrie (sauf dans les S.A.). L'apport de créances est également possible (cf G 420 : nouvelles dispositions à compter du 1° octobre 2016).

Le capital doit être immédiatement libéré à hauteur de la moitié pour les S.A. et du cinquième pour les SARL ; le surplus doit être libéré dans les 5 ans pour les S.A. (art. L. 225-3) et les S.A.R.L. (art. L. 223-7).

	SARL	EURL	SA	SAS	SASU	SNC
Nb minimum d'associés	2	1	2 (7 pour les sociétés cotées)	2	1	
Nb maximum d'associés	100	1			1	
Capital minimum	1€	1€	37000 €	1€	1 €	1 €
Libération du capital à la constitution	20%		50%			
Délai de libération du solde	5 ans		5 ans			
Assemblée générale extraordinaire Majorité	3/4 ou 2/3(après 2005)		2/3	Statuts		

Quorum	1/4 puis 1/5		1/4 puis 1/5			
Assemblée générale ordinaire Majorité Quorum	1/2 + une 1/5 puis aucun		1/2 + une 1/ 5..puis aucun	Statuts		

K .220 FONCTIONNEMENT

K 221 Organes de la société

Les statuts déterminent pour chaque type de société, dans les limites fixées par la loi, la nature, la composition, les règles de nomination et de révocation, les règles de fonctionnement, ainsi que les pouvoirs des différents organes de la société.

K 221-1 La SARL

La SARL ne peut comprendre plus de cent associés (art. L. 223-3). Le capital social, fixé par ses statuts sans minimum légal, peut n'être libéré que du cinquième de son montant à la constitution, le solde devant l'être dans un délai de cinq ans.

L'organe souverain de la société est l'assemblée générale de ses associés. L'assemblée générale ordinaire (AGO) nomme et révoque le ou les gérants. Elle statue une fois par an sur les comptes de l'exercice écoulé et affecte les résultats de cet exercice. L'assemblée générale extraordinaire (AGE) a compétence pour modifier les statuts de la société. L'AGO et l'AGE se différencient par leurs règles de quorum et de vote, ces règles étant strictement définies par la loi. L'assemblée générale ordinaire prend ses décisions à la majorité plus une des parts sociales, tandis que l'assemblée générale extraordinaire se prononce à la majorité des trois quarts au moins des parts sociales (ou, pour les sociétés constituées après le 3 août 2005, à la majorité des deux tiers des parts détenues par les associés présents ou représentés). Les statuts peuvent prévoir des quorums ou une majorité plus élevés sans pouvoir toutefois exiger l'unanimité (art. L. 223-30).

La gestion de la société est assurée par le ou les gérants, nécessairement des personnes physiques, associés ou non associés. Ce ou ces gérants sont désignés dans les statuts ou par un acte postérieur adopté par des associés représentant plus de la moitié des parts sociales (art. L. 223-18).

La loi du 11 juillet 1985 a autorisé la constitution d'une SARL ne comprenant qu'un seul associé dénommée Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée (EURL).

L'EURL peut être créée ex nihilo ou résulter de la réunion de toutes les parts d'une SARL en une seule main.

La gérance peut être exercée soit par l'associé unique soit par un tiers.

Les décisions de l'associé unique intéressant la vie sociale doivent, à peine de nullité qui peut être demandée par tout intéressé, être répertoriées dans un registre.

K 221-2 La société anonyme S.A.

Depuis une ordonnance du 10 septembre 2015, la S.A. dont les titres ne sont pas admis sur un marché réglementé (« non cotée ») peut ne comprendre que deux actionnaires. Le minimum de sept actionnaires a été maintenu pour les sociétés cotées (art. L. 225-1). Le capital social est fixé par les statuts ; il est au minimum de 37 000 € (225 000 € pour les sociétés cotées). Il doit être libéré à hauteur de 50% à la constitution (le solde dans les 5 ans).

Il existe deux modes de fonctionnement des S. A. : soit avec conseil d'administration (art.L 225-17 à 56), soit avec un conseil de surveillance et un directoire (art.L 225-57 à 93).

L'assemblée générale ordinaire des actionnaires nomme et révoque les administrateurs ou les membres du conseil de surveillance. Elle statue une fois par an sur les comptes de l'exercice écoulé et affecte les résultats de cet exercice. L'assemblée générale extraordinaire (AGE) a une compétence exclusive pour modifier les statuts de la société.

L'assemblée générale est convoquée par le conseil d'administration ou par le directoire ou le conseil de surveillance. Exceptionnellement, la convocation peut émaner des commissaires aux comptes ou d'un mandataire désigné en justice à cette fin.

Dans la SA à conseil d'administration, cet organe, dont les membres (3 au minimum) sont désignés par l'assemblée générale, nomme et révoque son président, personne physique choisie parmi les administrateurs. Les statuts offrent le choix suivant :

- soit le président cumule la présidence du conseil d'administration et la direction générale de la société ; il est alors couramment appelé P.D.G. ;
- soit il se limite à diriger les travaux du conseil et à veiller au bon fonctionnement des organes sociaux (art. L. 225-51 ; « président non exécutif »). Dans ce cas, la direction de la société est assurée par un directeur général, qui peut n'être ni actionnaire ni administrateur, nommé par le conseil d'administration ; il est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toutes circonstances au nom de la société (comme le PDG).

Le directeur général, qu'il soit ou non président du conseil d'administration, peut être assisté de un à cinq directeurs généraux délégués nommés par le conseil d'administration.

Dans la SA à directoire et conseil de surveillance, le conseil de surveillance désigné par l'assemblée générale (3 membres au moins) nomme les membres du directoire, personnes physiques, qui assurent collégialement la direction générale de la société. Le conseil nomme également le président du directoire qui représente la société à l'égard des tiers. Les membres du directoire ne peuvent être révoqués que par l'assemblée ou, seulement si les statuts le prévoient, par le conseil de surveillance. La direction générale de la société peut également être non collégiale et assurée par un directeur général unique.

Ces organes sociaux sont dotés de pouvoirs légaux. Si les statuts les réduisent, ces limitations sont inopposables aux tiers mais les personnes qui ne les respecteraient pas engageraient leur responsabilité dans l'ordre interne (à l'égard de la société et des autres actionnaires en cas de préjudice).

Le contrôle des comptes et celui de la régularité des décisions prises par les différents organes, est assuré par un commissaire aux comptes titulaire et un suppléant (ou deux si la SA établit des comptes consolidés). Leur nomination est obligatoire dans les sociétés anonymes et les commandites par actions (à la différence de la SARL et de la SAS où leur nomination ne s'impose que si certains seuils sont atteints).

K 221-3 La société par actions simplifiée-SAS

La société par actions simplifiée (SAS) instaurée par la loi du 3 janvier 1994 (art. L. 227-1 à L. 227-20 modifiés à plusieurs reprises), peut être créée par une ou plusieurs personnes physiques ou morales, que l'on appelle associés et non pas actionnaires, pour bien marquer l'intuitu personae qui anime ce type de société. Contrairement à la SA, elle ne peut pas faire appel public à l'épargne. Son capital est librement fixé par les statuts. Il peut être d'un seul euro. Des apports en industrie peuvent être effectués, les actions qui les représentent sont inaliénables (art. L. 227-1, al. 4).

Elle peut être créée ab nihilo ou par transformation d'une société d'une forme différente mais, dans ce dernier cas, la décision de transformation doit être prise à l'unanimité des associés (art. L. 227-3).

A l'exception de quelques mentions obligatoires (durée, dénomination sociale, siège social, objet social, présidence) et de quelques dispositions d'ordre public, le ou les fondateurs de la SAS décident librement dans les statuts des règles d'organisation et de fonctionnement. Cette société, à la différence de la S A et même de la SARL, laisse une très grande souplesse d'organisation.

Le seul organe imposé par la loi est en effet le président, personne physique ou morale, qui représente la société et qui est investi des pouvoirs les plus étendus dans les seules limites de l'objet social. Ses pouvoirs ne subissent donc aucune limitation légale et les limitations statutaires sont toutes inopposables aux tiers.

La responsabilité du président et des éventuels autres dirigeants des SAS est régie par les règles légales applicables à la responsabilité des administrateurs et membres du directoire des sociétés anonymes.

De même, s'appliquent aux S.A.S. les dispositions du code de commerce concernant les SA relatives à la constitution, le régime des nullités, la dissolution…

En revanche, ne s'appliquent pas aux S.A.S. les articles L. 224-2, L. 225-17 à L. 225-126, L. 225-243 et L. 233-8-1, concernant notamment le capital social, la direction de la société et les assemblées générales. En particulier, la règle de proportionnalité entre le capital et les droits de vote ne s'applique pas, de telle sorte qu'il

est possible de créer des actions à vote multiple, ce qui permet de distinguer le capital du pouvoir au sein de ce type de société.

La liste des décisions collectives prises par les associés est librement fixée par les statuts, à l'exception de l'approbation des comptes, de la distribution des résultats et des modifications statutaires qui doivent être décidées collectivement. Les assemblées peuvent être remplacées par des « consultations écrites ou des actes signés par tous les associés ».

Les statuts peuvent prévoir une clause d'agrément (art. L. 227-14) pour toute cession, y compris entre associés (même dans le cas de fusion), une clause d'inaliénabilité pour une durée n'excédant pas dix ans (art.L. 227-13), une clause d'exclusion (art. L. 227-16). Ces clauses ne peuvent être adoptées ou modifiées qu'à l'unanimité des associés, leur violation entraînant la nullité de la cession.

Un commissaire aux comptes n'est obligatoire que pour les SAS dépassant certains seuils (art. R. 227-1).

La loi du 23 juin 1999 a autorisé la constitution de société par action simplifiée unipersonnelle (SASU) (art L. 227-1). La SAS unipersonnelle est comme l'EURL (entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée) une structure d'entreprise individuelle ayant une personnalité morale distincte de celle de son associé. La SASU est notamment utilisée comme structure d'organisation de groupes, la société mère étant le seul associé de ses filiales.

L'associé unique d'une SASU, personne physique ou morale, exerce seul les pouvoirs dévolus aux associés lorsqu'est prévue une prise de décision collective mais il doit constater ses décisions sur un registre spécial.

K 221-4 La société en nom collectif - SNC

Dans une SNC, les associés ont tous la qualité de commerçant et répondent indéfiniment et solidairement des dettes sociales (art L. 221-1). La société est toujours commerciale quel que soit son objet (art L. 210-1).

Elle réunit au moins deux associés, personnes physiques ou morales. La loi ne fixe pas de capital social minimum.

Tous les associés sont gérants (art. L. 221-3), mais les associés peuvent désigner, soit dans les statuts soit par acte séparé, un gérant associé ou non associé.

La cession de parts n'est possible qu'avec le consentement de tous les associés : toute clause contraire est réputée non écrite (art. L. 221-13). L'associé qui entre dans la société répond du passif qui existait au moment de son entrée. L'associé qui quitte la société reste tenu à l'égard des tiers du passif existant au jour de son départ.

Ces dispositions sont applicables aux sociétés en commandite simple, sous réserve des règles prévues aux articles L.222-1 à L.222-12.

K 221-5 La société européenne

La société européenne (SE) est issue du Règlement (CE) 2157/2001 du 8 octobre 2001, intégré dans notre droit national par la « loi Breton » du 26 juillet 2005. Elle est régie par les articles L. 229-1 à L. 229-15, L. 244-5 et R. 229-1 à R. 229-2 du code de commerce. Elle permet aux entreprises ayant des intérêts dans plusieurs Etats membres de disposer d'une seule structure juridique sur l'ensemble du territoire de l'Union Européenne.

C'est une société de capitaux par actions dont le capital minimum est de 120 000 euros. Elle est dirigée par un directoire de 7 membres au plus (art. L. 229-7).

Elle est immatriculée dans l'Etat membre où elle a son siège statutaire, et acquiert la personnalité juridique le jour de son immatriculation. Elle peut transférer librement son siège social dans un autre Etat membre, par décision prise en AGE et après avoir déposé le projet de transfert au greffe du tribunal de commerce, ce projet devant faire l'objet d'une publicité.

Le Règlement prévoit quatre modalités de constitution :

- par fusion de sociétés anonymes d'au moins deux Etats membres, cette fusion est soumise au contrôle d'un notaire ;
- par constitution d'une société holding entre SA et SARL provenant au moins de deux Etats membres ;
- par constitution d'une filiale de sociétés provenant au moins de deux Etats membres ;

• par transformation d'une SA en SE, à condition qu'elle possède depuis au moins deux ans une filiale dans un autre Etat membre.

Les statuts de la SE sont établis par les fondateurs et doivent suivre le droit des sociétés anonymes de l'Etat membre dans lequel la SE a son siège statutaire.

L'immatriculation de la SE est conditionnée à la signature d'un accord conclu entre les dirigeants des sociétés participant à la création de la SE et le groupe spécial de négociation représentant les salariés, dont les modalités de création et de fonctionnement sont définies aux articles L. 2351-1 à L. 2353-31 du code du travail.

La S E ne connaît qu'un succès limité en France.

Une autre société européenne plus souple fait l'objet d'un projet de règlement adopté par la Commission européenne le 25 juin 2008 : la société privée européenne (SPE). Cette structure plus légère devrait servir de cadre juridique à des PME qui souhaitent améliorer leur présence et leur compétitivité à l'intérieur de l'Union européenne.

K 230 DISSOLUTION

K 231 Cas généraux de dissolution

Les cas de dissolution d'une société sont fixés de façon limitative par l'article 1844-7 C. civ. :

• l'expiration du temps pour laquelle elle a été constituée, sauf prorogation effectuée conformément à la loi (art. 1844-6 C. civ.) ;

• la réalisation ou l'extinction de son objet social ;

• l'annulation du contrat de société (cf. K 410) ;

• la dissolution anticipée décidée par les associés, décision qui doit être prise dans les conditions prévues pour la modification des statuts ;

• la dissolution anticipée prononcée par le tribunal à la demande de tout intéressé en cas de réunion de la totalité des parts dans une seule main (art. 1844-5 C. civ.) ; cette disposition ne s'applique ni aux SARL ni aux SAS, ces dernières devenant, de facto, EURL ou SASU ;

• la liquidation judiciaire ou la cession totale des actifs de la société ordonnée par un jugement ;

• toute autre cause prévue par les statuts.

La dissolution anticipée de la société peut aussi être prononcée à la demande d'un associé par le tribunal pour juste motif (art 1844-7-5° C. civ.), notamment en cas d'inexécution de ses obligations par un associé ou, cas le plus fréquent, de mésentente entre associés. Dans ce dernier cas, la mésentente doit provoquer la paralysie de la société : des désaccords entre associés ne justifient pas la dissolution judiciaire si la société fonctionne normalement. L'action de l'associé à l'origine du désaccord est recevable (Cass. Com. 16 septembre 2014, n°13-20 083), mais sa faute ne constitue pas un « juste motif » (Cass. Com. 14 décembre 2004, n° 02-14 749).

K 232 Cas particuliers de dissolution

Le code de commerce prévoit des cas particuliers de dissolution pour chaque forme de société commerciale :

a) Pour *la société en nom collectif*, la loi dispose que la société prend fin :

-par le décès d'un associé à moins que le pacte social ne prévoie sa continuation, celle-ci étant alors possible sous certaines conditions (art. L. 221-15) ;

-par la révocation du gérant dans certains cas (art. L. 221-12) ;

-s'il est prononcé à l'égard d'un des associés l'interdiction d'exercer une profession commerciale ou une mesure d'incapacité, à moins que la continuation ne soit prévue par les statuts ou que les autres associés ne la décident à l'unanimité (art. L. 221-16).

b) Pour *la société en commandite simple*, le décès ou la défaillance d'un associé commandité peut entraîner la dissolution de la société dans des conditions pratiquement similaires à celles prévues pour la société en nom collectif (art. L. 222-10 et L. 222-11).

c) Pour *la société anonyme*, la loi prévoit la possibilité de sa dissolution judiciaire à la demande de tout intéressé :

-si le capital est réduit au-dessous du minimum légal (art. L. 224-2) ;

-lorsque le nombre d'actionnaires est inférieur à 7 depuis plus d'un an (art. L. 225-247) pour les sociétés cotées et inférieur à deux pour les sociétés non cotées ;

-si, du fait des pertes constatées, les capitaux propres deviennent inférieurs à la moitié du capital social sans qu'il y ait eu consultation des associés sur la poursuite de l'activité, ou si, en cas de poursuite de l'activité, la société n'a pas reconstitué ses capitaux propres à la clôture du deuxième exercice suivant celui au cours duquel la constatation des pertes est intervenue (art. L. 225-248).

d) Pour *la société à responsabilité limitée*, la loi prévoit sa dissolution :

•si le nombre des associés devient supérieur à 100 et si, dans un délai d'un an, elle n'est pas transformée en société anonyme ou si, dans ce même délai, le nombre d'associés n'est pas devenu égal ou inférieur à 100 (art. L. 223-3) ;

•si, du fait des pertes constatées, les capitaux propres deviennent inférieurs à la moitié du capital social, dans les mêmes conditions que pour les sociétés anonymes (art. L. 223-41).

La dissolution volontaire d'une SARL s'analyse en une modification de la durée statutaire ; elle peut parfois être constitutive d'un abus de majorité. L'opération doit être décidée par l'assemblée générale des associés à la majorité des trois quarts au moins du nombre de parts sociales (pour les sociétés constituées après le 3 août 2005, à la majorité des deux tiers des parts détenues par les associés présents ou représentés) (art. L. 223-30).

e) Pour *la société en commandite par actions*, les causes de dissolution sont celles prévues par la loi pour les SARL et les SA, auxquelles s'ajoutent celles prévues pour les sociétés en commandite simple.

K 233 Formalités légales après dissolution

La dissolution de la société entraîne sa liquidation. Une société dissoute doit accomplir les formalités légales consécutives à sa dissolution telles que la nomination de son liquidateur et sa radiation du registre du commerce et des sociétés. Elle peut y être contrainte par le tribunal sur requête du ministère public ou de tout intéressé si elle n'y a pas procédé dans les trois ans suivant la date de la dissolution.

La responsabilité civile du liquidateur peut être engagée, par la société, par un associé ou par des tiers, pour toutes les fautes dommageables commises dans l'exercice de ses fonctions (art. L. 237-12), notamment si la clôture de la liquidation est constatée alors que toutes les dettes n'avaient pas été honorées.

CHAPITRE 3

K 300 AUTRES ENTITES

K 310 SOCIÉTÉ EN PARTICIPATION

Une société en participation (SEP) est une société que ses associés ont décidé de ne pas immatriculer (art.1871 à 1872-2 du code civil). Du fait de cette absence d'immatriculation, la SEP n'a pas la personnalité morale. Il en résulte :

- qu'elle n'a pas de patrimoine,
- qu'elle n'a ni engagements, ni responsabilité,
- qu'elle ne peut agir en justice,
- qu'elle ne peut être mise en redressement ou liquidation judiciaire.

La SEP est une véritable société et ses associés (au moins deux) conviennent entre eux d'un objet social, des apports effectués par chacun d'eux, de la répartition des bénéfices et des pertes. Les associés doivent être animés de "l'affectio societatis", c'est-à-dire de la volonté de collaborer ensemble à la réalisation de l'objet social.

N'étant soumise à aucune obligation de publicité, la SEP peut, au choix de ses membres, rester occulte ou se faire connaître des tiers. Cependant, des associés peuvent dévoiler leur qualité de membres de la S.E.P. et agir au vu et au su des tiers. Dans ce cas, ils sont responsables avec les autres associés des actes de la S.E.P. qu'ils ont accomplis en leur qualité de membres (solidairement si la SEP a un objet commercial).

La société en participation est civile lorsqu'elle a un objet civil ; elle est commerciale quand son objet est commercial ; son fonctionnement est proche de celui des SNC.

L'organisation interne est déterminée par les statuts. La SEP est gérée par un ou plusieurs gérants dont la nomination, les pouvoirs et la rémunération sont librement définis par le pacte social. Les associés contrôlent la gestion du gérant et approuvent les comptes.

Le gérant accomplit, généralement seul, les actes de la SEP et, dans ce cas, il est le seul responsable à l'égard des tiers.

La constitution et le fonctionnement d'une SEP présentent des avantages de simplicité et de souplesse. La forme de la SEP est souvent choisie pour des opérations ponctuelles : par exemple, la réalisation d'un film en coproduction ou la réalisation d'un ouvrage de travaux publics. Mais le risque de responsabilité solidaire ne doit pas être négligé si la société à objet commercial est révélée aux tiers.

K 320 SOCIÉTÉ CRÉÉE DE FAIT

La société créée de fait, visée par l'article 1873 du code civil, diffère de la SEP en ce qu'elle résulte d'une association de personnes qui, sans en avoir pleinement conscience, se comportent entre elles et à l'égard des tiers comme de véritables associés, alors qu'elles n'ont pas voulu créer une société.

Pour qu'il y ait société créée de fait, il faut qu'il y ait des apports faits par tous les associés (souvent en industrie), leur participation aux bénéfices (ou aux économies) et aux pertes ainsi que leur affectio societatis. Lorsque la preuve de la société doit se faire entre associés ou, le plus souvent, entre ex-associés, chacun des éléments constitutifs doit être établi séparément. Ils ne peuvent se déduire les uns des autres (Cass.Com. 23 juin 2004, n° 01-10106). En revanche, quand cette preuve incombe à des tiers, par exemple des créanciers, elle est facilitée par le recours à l'apparence qui s'apprécie globalement, indépendamment de la révélation de chacun des éléments.

Paradoxalement, la société créée de fait n'accède à la vie juridique que pour disparaître. Il s'agit en effet de régler les conséquences de la rupture entre associés ou de désintéresser les créanciers sociaux.

En pratique, sont souvent confondues les notions de « société créée de fait » et de « société de fait ». La distinction est cependant la suivante : la société créée de fait est la situation dans laquelle deux ou plusieurs personnes se sont comportées en fait comme des associés, mais sans entreprendre les démarches nécessaires à la constitution d'une société. En revanche, la société de fait est la situation dans laquelle une société, voulue par les participants, mais entachée d'un vice de constitution, a cependant fonctionné avant son annulation (infra K 410).

K 330 INDIVISION

Comme la SEP et la société créée de fait, l'indivision n'a pas de personnalité morale. Mais, à la différence des associés d'une société, les membres d'une indivision n'ont pas une mentalité d'entrepreneurs ; ils ne prennent pas de risques en vue du plus grand profit ; ils agissent en « bon père de famille », pour assurer la conservation du bien indivis et d'en percevoir les fruits.

L'indivision est un état précaire auquel il peut être mis fin à tout moment, sauf si elle est convenue pour une durée déterminée qui ne peut être inférieure à 5 ans. En revanche, dans une société, les biens communs ne peuvent être partagés tant que la société n'est pas dissoute.

K 340 GROUPEMENT D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE

Le groupement d'intérêt économique, GIE, est réglementé par les articles L. 251-1 à L. 251-23 du code de commerce. C'est une structure originale créée pour permettre aux entreprises qui ont des intérêts communs de "mettre en œuvre tous les moyens propres à faciliter ou à développer leur activité économique, à améliorer ou accroître les résultats de cette activité". Le GIE n'a donc pour objet que le prolongement de l'activité économique de ses membres. Il jouit de la personnalité morale et de la pleine capacité juridique dès son immatriculation au registre du commerce et des sociétés.

Contrairement à la société, son but n'est pas de réaliser des bénéfices pour lui-même, mais rien ne l'empêche d'en faire et de les partager entre ses membres.

Le GIE peut être constitué avec ou sans capital.

Ses membres (au moins deux personnes physiques ou morales) sont solidairement responsables des dettes, de sorte que les actions en paiement contre le GIE sont souvent accompagnées d'une action identique à l'encontre de chacun de ses membres. Ceci est également vrai en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'un GIE, le tribunal ouvrant alors une procédure distincte pour chaque membre ou associé du GIE (cf. Tome II - Procédures collectives). Cette lourde responsabilité a été un frein au développement des GIE.

Le régime juridique du GIE, comme celui de la SAS, est très souple. Il est dirigé par un ou plusieurs administrateurs (L 251-11) et, hormis quelques mentions obligatoires, les membres du GIE fixent librement dans le contrat du groupement les règles de fonctionnement et les conditions de dissolution ou de liquidation.

Le régime des nullités du GIE est calqué sur celui des sociétés commerciales (cf. K 400). L'article L. 251-5 du code de commerce étend au GIE une partie des dispositions du code civil sur les nullités (article 1844-12 à 1844-17 C. civ.).

K 350 GROUPEMENT EUROPÉEN D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE

Le groupement européen d'intérêt économique (GEIE) est régi par le Règlement (CE) 2137-85 du 25 juillet 1985 et par les articles L. 252-1 à L. 252-12 du code de commerce.

Le GEIE constitue le premier instrument juridique supranational permettant la coopération interentreprises entre personnes morales ou physiques des États membres, alors qu'auparavant elle ne pouvait s'insérer que dans un droit national déterminé.

Très largement inspiré du G.I.E. de droit français, le GEIE a, comme lui, pour but de faciliter ou développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité. Il n'a pas pour but de réaliser des bénéfices pour lui-même. Son activité doit se rattacher à l'activité économique de ses membres et ne peut avoir qu'un caractère auxiliaire par rapport à celle-ci (art. 3 du Règlement de 1985).

Le GEIE a des caractéristiques et des règles de constitution et de fonctionnement similaires à celles du G.I.E.

C'est le lieu où le GEIE a son siège social qui détermine la loi applicable et le tribunal compétent pour connaître des litiges le concernant, mais le siège social peut être transféré librement d'un Etat à l'autre. Ainsi les litiges relatifs aux demandes en nullité d'un contrat de groupement ou encore d'actes ou de délibérations d'un GEIE immatriculé en France seront jugés par les tribunaux français statuant en matière commerciale.

Il existe cependant des particularités propres au GEIE :

- impossibilité pour le GEIE de faire publiquement appel à l'épargne ; il ne peut donc émettre des obligations dans le public à la différence du GIE ;
- impossibilité de déroger à la règle de l'unanimité pour un certain nombre de décisions : transfert du siège entraînant modification de la loi applicable, modification de l'objet, des conditions de prise de décisions, prorogation de la durée, modification de la part contributive des membres, admission de nouveaux membres et autorisation à donner à un membre de céder ses droits ;
- chaque membre dispose en principe d'une voix, sauf disposition contraire du contrat de groupement, lequel ne peut cependant pas attribuer à l'un des membres la majorité des droits.

K 360 ASSOCIATION LOI DE 1901

L'association, régie par la loi du 1er juillet 1901 et le décret du 16 août 1901, n'est pas une société. Elle nait d'un contrat entre personnes physiques ou morales dont les conditions de validité sont celles légalement applicables aux contrats et obligations.

La constitution de l'association n'est soumise à aucun formalisme et le contrat constitutif, c'est-à-dire en pratique les statuts de l'association, a un contenu librement déterminé par les fondateurs.

Pour que l'association ait la personnalité morale, ses fondateurs doivent procéder à une déclaration à la préfecture du siège de l'association et à une insertion au Journal officiel.

Les ressources de l'association proviennent des cotisations et droits d'entrée, des apports, des dons, de subventions, ainsi que des legs pour certaines catégories d'associations habilitées à les recevoir. Lorsque l'association a une activité économique et dépasse certains seuils, elle est tenue de nommer un commissaire aux comptes (art. L. 612-1 et R. 612-1).

Les associations peuvent avoir des activités lucratives et donc dégager des bénéfices qui seront généralement qualifiés d'excédents. A la différence des sociétés, les associations ne peuvent pas répartir les excédents entre leurs membres.

Il peut arriver qu'une association fasse à titre habituel et non accessoire des actes de commerce, ce qui entraînera généralement la requalification de l'association en société créée de fait s'il y a, sous quelque forme que ce soit, répartition des résultats entre les membres de l'association.

Une association peut accomplir des actes de commerce mais elle ne peut invoquer sa qualité de commerçant (par exemple pour demander le renouvellement d'un bail de commerce, donner un fonds de commerce en location-gérance,..).

Le tribunal de commerce est compétent dans des litiges où l'une des parties est une association si le litige porte sur un acte de commerce effectué par l'association.

CHAPITRE 4

K 400 CAS DE NULLITÉS

Il convient de distinguer :
-la nullité de la société (ou d'un acte modifiant les statuts),
-la nullité d'actes ou de délibérations.

Dans les deux cas, les nullités sont strictement limitées quant à leur cause.

K 410 NULLITES DE LA SOCIETE

La nullité d'une société (ou d'un acte modifiant les statuts) ne peut résulter que d'une disposition expresse du livre deuxième du code de commerce ou des lois qui régissent la nullité des contrats (art 1832 et sq. C. civ. ; art. L. 235-1, al 1).

K 411 Dispositions expresses du code de commerce

Une seule disposition expresse prévoit la nullité d'une société commerciale ; elle concerne les sociétés de personnes : le défaut d'accomplissement des formalités de publicité (art. L. 235-2). Cependant le tribunal a la faculté de ne pas prononcer la nullité lorsqu'aucune fraude n'est constatée.

K 412 Violation des lois qui régissent la nullité des contrats

Entraînent la nullité de la société :
- la violation de certaines règles du contrat de société (apport inexistant ou fictif,absence d'affectio societatis,…),
- l'illicéité de l'objet social (qui s'apprécie au jour de l'exploit introductif d'instance, sans régularisation possible) ; seul est pris en compte l'objet statutaire, peu importe que l'objet réel soit illicite (Cass.Com. 10 nov. 2015, n° 14-18179),
- le défaut ou vice de consentement des associés ; cependant, dans les SARL ou les sociétés par actions, la nullité n'est encourrue que si ce défaut ou ce vice atteint tous les fondateurs (art. L. 235-1),
- la fraude.
(cf. notamment l'article 1128 nouveau C.civ. pour les sociétés constituées à partir du 1° octobre 2016).

Les autres violations des dispositions, même impératives, du code civil ou du code de commerce ne sont pas génératrices de nullité : une clause statutaire irrégulière (par exemple une clause léonine) n'est pas sanctionnée par la nullité de la société : elle est réputée non écrite (art 1844-10 C. civ.). Il en est de même des clauses restreignant l'action sociale ou limitant le droit de révocation des mandataires.

La nullité de la société n'a pas d'effet rétroactif (1844-15 C. civ.) : elle opère comme une dissolution. Avant son annulation, la société a fonctionné comme une société de fait (cf. supra K 330). A compter de son annulation, la société cesse d'exister, sous réserve du maintien de sa personnalité morale pour les besoins de sa liquidation.

Entre associés, la liquidation s'opère conformément aux statuts (art. L. 235-10).

La nullité de la société est inopposable aux tiers de bonne foi (art. L. 235-12).

K 420 NULLITES D'ACTES OU DE DELIBERATIONS

La nullité d'actes ou de délibérations ne peut résulter que de la violation d'une disposition impérative du livre deuxième du code de commerce ou des lois qui régissent les contrats ((art. 1832 C. civ. et ss. ; art. L. 235-1, al.1 et 2 C. com.). Il peut s'agir soit de la nullité d'une assemblée générale (ordinaire, extraordinaire ou mixte) ou d'une séance d'un conseil d'administration, soit de la nullité d'une délibération particulière.

K 421 Nullité d'une assemblée générale ou d'une réunion d'un conseil d'administration ou de surveillance

La nullité d'une assemblée générale ou d'un conseil d'administration ou de surveillance entraîne bien évidemment la nullité de toutes les délibérations de cette assemblée ou de ce conseil.

Dans toutes les sociétés, le fait de ne pas constater les délibérations d'une assemblée ou d'un conseil d'administration, d'un directoire ou d'un conseil de surveillance par un procès-verbal entraîne la nullité de leurs délibérations (art. L. 235-14).

Dans une SA, entraîne obligatoirement la nullité d'une assemblée générale (art. L. 225-121) la violation :

- des dispositions régissant l'ordre du jour de l'assemblée (art. L. 225-105),
- des dispositions sur la compétence des assemblées d'actionnaires (art. L. 225-96 et 97),
- des règles de quorum et de majorité (art. L. 225-96 à 99),
- de l'obligation de dépôt des rapports des dirigeants et du CAC (art. L. 225-100).

Peuvent entraîner la nullité de l'assemblée (nullité facultative) :

- l'irrégularité des convocations (art. L. 225-104) : seuls les associés sont recevables à agir; il ne peut y avoir nullité si tous les actionnaires sont présents ou représentés,
- la violation du droit d'information préalable de l'actionnaire (art. L. 225-115, L. 225-116, L. 225-121),
- la violation des dispositions relatives à la feuille de présence et au procès-verbal (art. L. 225-14).

Dans une SARL, entraîne obligatoirement la nullité d'une assemblée générale la violation ;

-des dispositions régissant l'ordre du jour de l'assemblée,

-des règles relatives à la transformation en un autre type de société (art. L. 223-43).

Peuvent entraîner la nullité de l'assemblée (nullité facultative) :

-l'irrégularité des convocations (art. L. 223-27) ; seuls les associés sont recevables à agir ; il ne peut y avoir nullité si tous les associés sont présents ou représentés,

-la violation du droit d'information préalable de l'actionnaire (art. L. 223-26).

Dans les SNC et les sociétés en commandite simple, entraîne la nullité d'une délibération la violation de l'accomplissement des formalités de publicité (art. L. 235-2), sauf si aucune fraude n'est constatée.

K 422 Nullité d'une délibération ou d'un acte

Dans toutes les sociétés, les délibérations prises en violation des dispositions régissant les droits de vote peuvent être annulées (L 235-2-1).

Sont notamment frappés de nullité :

-un acte conclu par une société non immatriculée (qui n'a pas encore la personnalité morale). Seuls les actes accomplis « pour le compte de la société en formation » et repris par elle sont valables :

-une délibération sur une question non inscrite à l'ordre du jour (art. L. 225-105 et L. 225-121) (sauf le cas de révocation d'un administrateur ou d'un membre du conseil de surveillance) ;

-une nomination d'administrateurs, de membres du conseil de surveillance ou de membres du directoire en violation des dispositions des articles L. 225-18 à L. 225-19, L. 225-48 ;

-une délibération prise à défaut de désignation d'un commissaire aux comptes lorsque celle-ci est obligatoire (art. L.820-3-1) ;

-une convention réglementée conclue en l'absence d'autorisation préalable du CA ou du CS ou en cas d'autorisation irrégulière, si elle a des conséquences dommageables pour la société (cf. K 710) ;

-une délibération portant sur une émission d'obligations à lots non autorisée par la loi (art. L.213-6 CMF) ;

-une délibération prise en violation des règles relatives aux augmentations de capital des sociétés par actions (art. L 225-149-3) en violation des articles L. 228-91, L. 228-92 et L. 228-93 sur l'émission des valeurs mobilières donnant droit à l'attribution de titres de capital (art. L. 228-95) ;

-une délibération accordant au représentant de la masse des obligataires une rémunération non conforme à celle fixée par les organes compétents (art. L 228-56).

Dans une EURL, peuvent être annulées des décisions de l'associé unique non répertoriées dans un registre (art. L. 223-31 ; R. 223-261).

Remarques :

-La nullité d'une opération de fusion ou de scission ne peut résulter que de la nullité des délibérations de l'une des assemblées générales ayant décidé de l'opération ou du défaut de dépôt de la déclaration de conformité (art. L. 235-8) ;

-La nullité de la nomination d'un administrateur n'entraîne pas la nullité des délibérations auxquelles cet administrateur a pris part ;

-Ni la société, ni les associés ne peuvent se prévaloir d'une nullité à l'égard d'un tiers de bonne foi (art. 1844-16 C. civ.).

-La nullité d'un acte conclu au nom d'une société par une personne dépourvue du pouvoir de la représenter est relative : la société peut s'en prévaloir mais pas le co-contractant. (Cass.Civ 1-12 novembre 2015 n°14.23340)

A noter : l'ordonnance du 10 février 2016 a introduit dans le code civil (art. 1145 nouveau) une disposition qui prévoit que la capacité des personnes morales est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes qui leur sont accessoires. La sanction d'une incapacité est la nullité. En application de ce texte, *un acte d'une société non utile à son objet social pourrait être frappé de nullité.*

K 430 L'ACTION EN NULLITE

L'action en nullité peut être intentée par tout associé, même celui qui est entré dans la société après la commission de l'irrégularité.

La nullité d'une société n'est pas rétroactive. La nullité d'une délibération est rétroactive.

Prescription :

Les actions en nullité de la société ou d'actes et de délibérations postérieures à la constitution se prescrivent par 3 ans du jour où la nullité est encourue (art. 1844-14 C. civ.). Cependant :

-le délai de prescription est de 3 mois pour une action contre une décision d'augmentation de capital et de 6 mois pour une fusion,

-l'exception de nullité est imprescriptible,

-le délai de 3 ans n'est pas applicable en cas de fraude ou d'illicéité.

L'action en nullité est éteinte lorsque la cause de la nullité a cessé d'exister le jour où le tribunal statue sur le fond en première instance (art. L. 235-3).

La plupart des nullités sont des nullités relatives qui peuvent donc être couvertes par une délibération ou un acte intervenu ultérieurement, le tribunal, saisi d'une action en nullité, pouvant, même d'office, fixer un délai pour permettre de couvrir la nullité (art. L. 235-4).

L'action en régularisation en cas d'inaccomplissement de formalités ou d'irrégularités dans les statuts est ouverte à tout intéressé (art. L. 235-6).

Celui par qui la nullité risque d'arriver peut être mis en demeure de régulariser.

En cas de nullité de la société, les fondateurs et les premiers dirigeants sont responsables des dommages causés par la disparition de la société.

L'action en responsabilité se prescrit par 3 ans à compter du jour où la décision d'annulation est passée en force de chose jugée.

CHAPITRE 5

K 500 REVOCATION-RESPONSABILITE DES DIRIGEANTS

K 510 REVOCATION DES DIRIGEANTS

Le terme « dirigeants » se réfère aux mandataires sociaux de sociétés commerciales : il ne s'agit pas de salariés non mandataires sociaux même s'ils exercent des fonctions de direction, qui relèvent du code du travail. Au cas où un mandataire social est également salarié, sa révocation ne porte que sur son mandat social, et il reste salarié (ou retrouve son contrat de travail si ce contrat avait été suspendu). Mais il peut, par ailleurs, être mis fin à ce contrat de travail.

K 511 Le pouvoir de révocation

SARL

La révocation d'un gérant de SARL est décidée par les associés représentant plus de la moitié des parts sociales (art. L. 223-25). Le gérant peut prendre part au vote s'il est associé. Ces dispositions sont d'ordre public.

Tout associé peut demander la révocation d'un gérant par décision de justice pour « cause légitime » (art. L. 223-25, al. 2).

SA

L'assemblée générale ordinaire peut révoquer ad nutum (à volonté) un administrateur (art. L. 225-18). Si cet administrateur est président du conseil d'administration, son mandat de président cesse du jour où son mandat d'administrateur a pris fin.

Le conseil d'administration d'une société anonyme peut révoquer son président. Le président-directeur général est, au titre de ses deux fonctions, révocable à tout moment par le conseil d'administration.

Les membres du conseil de surveillance, y compris le président, peuvent être révoqués par l'assemblée générale. Le président du conseil de surveillance peut être révoqué par le conseil qui l'a nommé.

La révocation des membres du directoire est prononcée par l'assemblée générale ou, si les statuts le prévoient, par le conseil de surveillance (art. L. 225-61). S'agissant du seul retrait au président du directoire de sa qualité de président, la décision peut être prise par le conseil de surveillance.

SAS

L'article L. 225-47 du code de commerce relatif à la révocation du président de société anonyme n'est pas applicable à la société par actions simplifiée.

Dans une SAS, les conditions de révocation d'un dirigeant sont exclusivement statutaires avec ou sans exigence de justes motifs, de préavis et d'indemnités. Selon les statuts, la révocation peut être décidée par un organe social, par décision d'un associé, voire d'un tiers.

Dans le silence des statuts, c'est l'organe qui a nommé le président qui est compétent pour prononcer la révocation. Il a été jugé qu'à défaut d'une clause particulière dans les statuts, le président d'une SAS était révocable ad nutum, à l'instar du Président de société anonyme, et que le juge n'avait pas à en contrôler les motifs (CA Paris, pôle 5, 9° ch., 7 mars 2013).

SNC

Le gérant associé statutaire ne peut être révoqué qu'à l'unanimité des autres associés. La révocation entraîne la dissolution de la société à moins que la continuation ne soit décidée à l'unanimité.

Le gérant non associé peut être révoqué dans les conditions fixées par les statuts.

K 512 Révocation ad nutum ou révocation pour juste motif

Certaines révocations peuvent être prononcées « ad nutum », d'autres exigent un juste motif.

K 512-1 Révocation ad nutum

Les présidents du conseil d'administration, qu'ils exercent ou non la direction générale, les administrateurs, les membres du conseil de surveillance sont révocables "ad nutum", c'est-à-dire sans qu'il y ait à justifier d'un motif, à tout moment, sans délai et sans indemnité (cf. pour un PDG, Cass. Com. 15 novembre 2011, n° 09-10893).

Le président-directeur général d'une société anonyme est, au titre de ses deux fonctions, révocable à tout moment par le conseil d'administration, sans que sa révocation doive être fondée sur un juste motif (Cass. Com. 15 novembre 2011, n° 09-10893).

Toute clause contraire dans les statuts, dans une convention, ou dans une délibération est réputée non écrite (L.225-47). Notamment, est annulable toute stipulation (des statuts ou d'un pacte d'actionnaires) ayant pour effet de porter atteinte de fait à la libre révocabilité d'un administrateur d'une société anonyme : sont réputées non écrites les dispositions statutaires ou non statutaires fixant une durée déterminée du mandat, le respect d'un préavis, une garantie d'emploi,…

Une clause (statuts, pacte d'actionnaires, délibération du conseil) prévoyant une indemnité en cas de cessation de fonctions du président est valable, sauf si elle est « d'une ampleur susceptible de porter une atteinte majeure à l'équilibre financier (de la société) » ; en ce cas, elle est illicite en ce qu'elle porte atteinte à la révocabilité ad nutum de ce mandataire social (Cass. Com. 15 novembre 2011, n° 09-10893 ; Cass.Com. 6 novembre 2012, n° 11-20582).

Cependant, une indemnité de départ négociée après la révocation n'est pas considérée comme contraire à la libre révocabilité des dirigeants. Cette convention conclue entre le dirigeant et la société est une convention réglementée soumise à autorisation (art L 225-38).

Les modalités de départ de dirigeants de sociétés cotées, quelle qu'en soit la cause, (art L 225-42-1 ; L.225-90-1) sont subordonnées à des conditions de performance. En outre, un code déontologique AFEP-MEDEF a défini des recommandations précises sur le versement de telles indemnités, généralement limitées à deux ans de rémunération.

K 512-2 Révocation pour juste motif

Les gérants de SARL ou de SNC, les directeurs généraux non présidents de SA, les directeurs généraux délégués ou les membres d'un directoire de SA ne peuvent être révoqués que pour "juste motif ».

La jurisprudence retient comme juste motif la faute du dirigeant et, même en l'absence de faute, l'atteinte à l'intérêt social ou au fonctionnement de la société, la perte de confiance, les divergences d'opinions rendant difficile la direction ou la réorganisation de la société, par exemple en cas de changement de contrôle.

Ces révocations sont abusives lorsque le juste motif n'est pas démontré par la société à laquelle revient la charge de la preuve. Un dirigeant révoqué abusivement ne peut pas demander sa réintégration, mais seulement l'octroi de dommages et intérêts pour son préjudice éventuel (Cass.Com. 1er juillet 2008, n° 06-19020). Il ne pourrait obtenir sa réintégration que si la décision de révocation était annulée.

Le préjudice matériel résultant de la révocation est estimé in concreto ; il ne peut donc résulter d'un éventuel barème en proportion de la rémunération. Il ne peut non plus se référer au bénéfice retiré par le groupe de l'action du dirigeant, « circonstance qui n'est pas de nature à influer sur l'étendue du préjudice subi par le dirigeant » (Cass.Com. 20 novembre 2012, n° 11-28888).

K 513 Révocation abusive ou vexatoire

K 513-1 Révocation abusive

L'exercice du droit de révocation doit respecter *le principe de loyauté* : la société doit démontrer, aussi bien dans le cas d'une révocation « ad nutum » que d'une révocation pour juste motif, que l'intéressé a eu la possibilité de présenter ses observations préalablement à la décision de révocation (Cass.Com. 14 mai 2013, n°11-22845) ; s'il n'a pas eu cette possibilité, la révocation est abusive, et il y a lieu, en ce cas, à dommages et intérêts pour réparation du préjudice éventuellement subi.

S'agissant d'une révocation pour juste motif, le dirigeant doit être à même de connaître, avant le vote de révocation, le motif invoqué, de façon à pouvoir éventuellement le contester.

L'inscription à l'ordre du jour d'un conseil, pendant la séance elle-même, de la révocation du président, n'est pas en elle-même critiquable dès lors que le président a eu la possibilité de présenter ses observations sur cette proposition de révocation. De même la décision de l'assemblée générale de révoquer un administrateur est possible, même si elle n'a pas été inscrite à l'ordre du jour, à condition que le principe de la contradiction soit respecté.

K 513-2 Révocation vexatoire

Les conditions de la révocation (et notamment la publicité donnée à cette révocation) ne doivent pas porter atteinte à son honneur ou sa réputation : sinon la révocation présente *un caractère vexatoire*

C'est au dirigeant révoqué d'apporter la preuve du caractère vexatoire ou abusif de sa révocation.

Des dommages et intérêts peuvent être accordés dès lors que l'intention malveillante est démontrée et que le préjudice moral est avéré, par exemple lorsque la révocation est annoncée publiquement avant d'avoir été votée, ou que l'accès à la société est interdit avant le vote, ou encore que les motifs qui en sont donnés publiquement sont vexatoires.

Il importe cependant de bien distinguer les deux chefs de préjudice (absence de juste motif d'une part, et circonstances constitutives d'abus d'autre part), et de motiver le montant des dommages et intérêts en fonction de l'ampleur de chacun des préjudices (Cass.Com. 15 mai 2007, n° 05-19464).

Les statuts, ou d'autres accords conventionnels, peuvent prévoir pour le dirigeant révoqué l'octroi d'une indemnité, sauf « faute grave ou lourde » ; il appartient alors au tribunal d'analyser chaque cas particulier pour caractériser la faute ; au cas où les statuts ou accords conventionnels ne précisent pas ce qu'ils entendent par faute grave et faute lourde, il y a lieu d'appliquer les principes applicables aux salariés, la faute grave interdisant le maintien dans l'entreprise, et la faute lourde impliquant en outre l'intention de nuire. En l'absence de faute, le juge doit vérifier que le montant de l'indemnité ne porte pas atteinte au principe de la révocabilité ad nutum quand c'est le cas.

Les dispositions des articles L. 225-47 et L. 225-55 du code de commerce ne s'opposent pas à la conclusion entre les parties d'un accord transactionnel pour résoudre le litige, né ou à naître, des circonstances de la rupture (Cass.Com. 1er mars 2011, n° 10-13993).

K 520 RESPONSABILITÉ DES DIRIGEANTS

Les dirigeants dont la responsabilité peut être recherchée sont :

- le directeur général (et donc le président-directeur général) (art. L. 225-251),
- les membres du directoire (art. L. 225-256),
- les administrateurs (art. L. 225-251) (à noter : une personne morale est solidairement responsable des fautes commises par son représentant permanent (art. L. 225-20 et L. 225-76),
- les membres du conseil de surveillance : uniquement pour des fautes personnelles (art L. 225-257),
- Les directeurs généraux délégués ou directeurs généraux adjoints : s'ils sont administrateurs ou au titre de l'article 1382 du code civil,
- le gérant de SARL (art. L. 223-22),
- le gérant d'une société en participation (Cass. Com. 6 mai 2008, n° 07-12251),
- le liquidateur amiable de la société (art. L.237-12)

Les fondateurs et les premiers dirigeants, en cas de nullité de la société, sont solidairement responsables de l'omission ou de l'accomplissement irrégulier d'une formalité obligatoire (art. 1840 C. civ.) et responsables des dommages causés par la disparition de la société.

D'autres personnes peuvent encourir des responsabilités du fait de leur participation dans les sociétés :

- les associés des sociétés de personnes (et des GIE) sont solidairement et indéfiniment responsables des dettes sociales ;
- les associés des sociétés de capitaux peuvent voir leur responsabilité mise en cause s'ils se sont comportés en dirigeant de fait.

K 521 Responsabilité des dirigeants

Plusieurs articles du code de commerce visent explicitement la responsabilité des dirigeants envers la société ou envers un associé :

- art. L. 225-249 à L. 225-257 (SA),
- art. L. 227-8 (SAS),
- art. L. 223-22 (SARL),
- art. L. 226-1 , L. 226-7 (SCA)

L'article 1843-5 du code civil étend à toutes formes de sociétés la responsabilité des dirigeants (société en participation, SNC, SCI...)

Par ailleurs, en application des articles 1382 et 1850 du code civil, la responsabilité des dirigeants envers des tiers peut se trouver engagée (cf.K 524).

Les dirigeants qui causent un dommage dans l'exercice de leurs fonctions n'engagent en principe que la responsabilité de la société. Toutefois ils sont personnellement responsables, individuellement ou solidairement selon les cas, envers la société et envers les tiers en cas de :

• violation des dispositions légales et réglementaires (par exemple, octroi d'un prêt à un associé d'une SARL ou à un administrateur d'une SA, ou encore en cas d'annulation de la société ou d'actes ou de délibérations postérieures à la constitution) ;

• violation des statuts (par exemple, décision prise sans consultation des associés alors que les statuts rendent cette consultation obligatoire) ;

• faute de gestion, par exemple,

- conclusion d'un bail dans des conditions préjudiciables à la société,
- tromperie d'un fournisseur sur la solvabilité de la société qu'il dirige,
- perception d'une rémunération ne correspondant pas à la charge effective de travail réalisée au profit de l'entreprise,
- « le silence gardé par le PDG sur les décisions prises par lui-même qui se sont révélées préjudiciables ».

Cette responsabilité des dirigeants s'étend aux organes de contrôle : il a été jugé que commettait une faute individuelle chacun des membres du conseil d'administration ou du directoire d'une société anonyme qui, par son action ou son abstention, participait à la prise d'une décision fautive, sauf à démontrer qu'il s'était comporté en administrateur prudent et diligent, notamment en s'opposant à cette décision (Cass. Com. 30 mars 2010, n°08-17841, aff. Crédit martiniquais) ou encore des administrateurs ou des membres de conseil de surveillance qui manquaient à leur fonction de contrôle (CA Paris 25° ch. B- 4 février 1994).

K 522 L'action sociale : la réparation du préjudice social

Si la faute du dirigeant a occasionné un préjudice à la société, la réparation de ce préjudice fera l'objet d'une action sociale intentée, soit par un ou plusieurs associés de la société (action dite « ut singuli »), soit par la société elle-même (action dite « ut universi »).

Dans les deux cas (à la demande du mandataire social ou à la demande d'un associé), le tribunal ne peut statuer que si la société a été mise en cause (art. R. 223-32 et R. 225-170), éventuellement après désignation d'un mandataire ad hoc pour la représenter (notamment en cas de conflit d'intérêts), sinon la demande est irrecevable.

L'action sociale est une action en responsabilité civile : elle porte sur la réparation d'un préjudice et donc ne peut viser que l'obtention de dommages et intérêts au profit de la société. Elle ne peut viser à obtenir l'annulation d'une délibération ou d'une décision de gestion. (Cass. Com. 6 décembre 1977 ; n°76-11061 ; Cass.Com ; 16 octobre 1972 n° 70-13691).

L'action sociale n'est pas non plus ouverte aux actionnaires ou associés pour contester une décision d'ouverture de procédure collective ou de conversion de redressement en liquidation judiciaire (Cass.Com. 6 décembre 1977 ; n°76-11061).

Cette action peut porter sur des mesures conservatoires mais au seul bénéfice de la société (Cass.Civ 2°. 14 sept. 2006).

L'action sociale est de droit : (art 1843-5 C. civ. ; art. L. 225-253 al 2 et L. 223-22). Est réputée non écrite toute clause des statuts ayant pour effet de subordonner l'exercice de l'action sociale à l'avis préalable ou à l'autorisation de l'assemblée générale ou qui comporterait par avance renonciation à l'exercice de cette action ou toute décision d'assemblée éteignant une action en responsabilité (quitus) (art. L. 225-253).

L'action sociale ne peut être exercée qu'à l'encontre des administrateurs ou du directeur général. Un actionnaire ne peut l'exercer contre un tiers (Cass. Com. 19 mars 2013, n°12-14213).

K 522-1 L'action sociale « ut universi »

L'action sociale à la demande de la société peut être engagée par son mandataire social : directeur général ou PDG, président du directoire, gérant ou président d'une SAS (action « ut universi »).

Un mandataire social étant peut enclin à s'attaquer lui-même, cette action intervient en général soit en cas de changement de contrôle soit en cas de révocation d'un dirigeant.

Cette action peut également être engagée par un mandataire ad hoc nommé par le tribunal à la demande des associés, quand les dirigeants sont en cause (conflit d'intérêts).

En cas de fusion, la société absorbante est recevable à se constituer partie civile en réparation du dommage résultant d'actes délictueux commis au préjudice de la société absorbée par ses dirigeants sociaux (Cass.Crim. 7 avril 2004, n°02-88395).

K 522-2 L'action « ut singuli »

L'action sociale peut également être engagée par un actionnaire ou un associé ou un groupe d'actionnaires (action « ut singuli ») si la société n'exerce pas elle-même l'action en responsabilité (art. 1843-5 C. civ., art. L. 223-22 et L. 225-252, R.225-169 et R.225-170 C. com.).

Cette action est également ouverte dans les sociétés cotées à une association d'actionnaires si ceux-ci représentent au moins le vingtième du capital. Ce seuil est réduit si le capital social est supérieur à 750 000 €) (art. L.225-120).

Le ou les actionnaires (ou associés) qui exerce(nt) cette action « ut singuli » doi(ven)t être actionnaie(s) (ou associé(s) quand il(s) lance(nt) l'action et le rester pendant toute la durée de l'instance (Cass. Com. 26 janvier 1970 , n°67-14787 ; Cass.Civ 2°.12 novembre 1987, n°85-11008). Dès la cession des titres, l'action est irrecevable, même pour des préjudices nés lorsque l'intéressé était actionnaire (Cass.Com. 26 janvier 1970 , précité): « *en cédant ses titres, PF a cessé de courir les risques et chances de la société, il a transmis à son cessionnaire le droit attaché à ces titres d'exercer l'action sociale et sa demande postérieure à cette cession est ainsi irrecevable* ».

En revanche, l'action sociale peut être exercée par un actionnaire actuel même si le fait dommageable est antérieur à l'achat de ses actions (Cass. Crim. 27 novembre 1978 ; n° 77-92287) et même si la société a été mise en liquidation (Cass. Com. 15 novembre 1983 ; n°82-13470).

L'action « ut singuli » n'est pas recevable si la société exerce elle-même l'action en responsabilité. Mais il n'est pas nécessaire de constater sa carence.

K 523 L'action en responsabilité individuelle engagée par un actionnaire

Un actionnaire ou associé (ou ancien actionnaire) peut mettre en cause la responsabilité d'un dirigeant pour un préjudice qu'il a personnellement subi. Le préjudice doit avoir été causé par un dirigeant et non par la société elle-même.

L'actionnaire n'est pas un tiers : il n'est donc pas nécessaire que la faute soit « détachable » (Cass. Com. 9 mars 2010 n° 08-21547 et 0-21793)) (cf ci-dessous : K 524-responsabilité à l'égard d'un tiers).

Le préjudice doit être propre à l'actionnaire. Exemples de préjudice personnel :

- le refus de payer le dividende, de livrer des actions souscrites,
- des manœuvres dolosives pour inciter à souscrire à une augmentation de capital ou à consentir des concours financiers…,
- la présentation d'un bilan inexact de nature à causer à un associé ayant acquis postérieurement à cette présentation des titres de la société un préjudice direct et personnel (Cass. Crim. 16 avril 2008, n°07-84713),
- la présentation de comptes infidèles, faussant la perception qu'avaient les actionnaires de la situation réelle de la société, privant l'actionnaire de la chance d'effectuer des arbitrages éclairés et de mieux investir,
- la présentation de comptes infidèles à l'occasion d'une cession d'actions pouvant constituer un dol (Cass. Com. 26 mai 2009, n° 08-15980).

L'action individuelle est irrecevable si le préjudice personnel est le corollaire du préjudice de la société, par exemple :

- la perte ou la baisse de valeur des titres (Cass. Com. 26 janvier 1970, n°70-640 ; Cass. Crim. 13 décembre 2000 ; Cass. Com. 28 juin 2005, n°04-13586) ; Cass.Com. 1er avril 1997 ;n°94-18912) ;
- le préjudice du commanditaire ayant cédé des actions à un prix révisé à la baisse en raison d'une faute du gérant (CA Pau 2° ch. 18 décembre 2008) ;
- la dévalorisation du capital social résultant d'abus de biens sociaux commis par un dirigeant (Cass. Crim. 20 juin 2007, n°07-80065) ;
- l'abus de biens sociaux par un gérant majoritaire (Cass. Crim. 20 février 2008, n° 07-84728 et Cass. Crim. 16 avril 2008, n°07-86581) ;
- un « coup d'accordéon » : réduction de capital suivie immédiatement d'une augmentation de capital

A la différence de l'action « ut singuli », est recevable l'action en responsabilité de l'associé qui a subi un préjudice personnel même après avoir cédé son titre, mais pas pour des actes intervenus avant son entrée dans la société.

L'actionnaire peut solliciter, en référé, des mesures conservatoires mais au nom et pour le compte de la société (Cass.Civ 2°; 14 septembre 2006 ; n°05-16266).

K 524 L'action en responsabilité exercée par un tiers

En principe, les tiers ne peuvent pas rechercher la responsabilité des dirigeants puisque ceux-ci agissent au nom et pour le compte de la société. Mais si un « dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales » (Cass.Com. 20 mai 2003, n° 99-17092) , faute souvent qualifiée de « faute détachable ou séparable », sa responsabilité pourra être engagée en application de l'article 1382 ancien- 1240 nouveau du code civil, car la personnalité morale de la société ne fait plus écran. Une appréciation in concreto sera nécessaire.

Cette action en responsabilité civile porte sur la réparation d'un préjudice et l'octroi d'une réparation pécuniaire. Elle ne peut consister en la demande d'annulation d'une délibération ou d'une décision de gestion.

Ne constitue pas une « faute détachable » :

-un fait commis par un dirigeant dans les limites de sa mission (Cass.Ass. pleinière, 25 février 2000 ; n°97-17378)

- le non paiement d'une créance,

- le fait pour un gérant de ne pas provisionner au bilan le montant de redevances de licences encore dues à un tiers,

- un manquement à l'information du public dans une opération boursière,

- le fait d'avoir consenti un cautionnement sans avoir vérifié que le dirigeant détenait le pouvoir de le faire, ou d'avoir donné un cautionnement alors que le pouvoir était caduc (Cass. Com. 20 octobre 1998 ; n°96-15418 ; Cass. Com. 9 juin 2004, n° 00-19773)

- le fait d'avoir livré un produit non-conforme (Cass. Com. 27 janvier 1998 ; n°93-11437),

- le fait d'avoir commis des actes de concurrence déloyale (Cass. Com. 17 décembre 2002 n° 00-13484),

- le fait d'omettre de faire agréer un sous-traitant (CA Paris 17 octobre 2000),

- la distribution de dividende même si le dirigeant en est le seul bénéficiaire (Cass. Com. 12 mars 2013, n°12-11514),

-une faute qui n'entraînerait qu'une contravention de 5° classe (Cass.Civ.3 ; 30 janvier 2013 ; n°11-27790)

K 525 Prescription

Dans tous les cas (action sociale ou action individuelle, et action d'un tiers au titre de l'article 1382 du code civil), le délai de prescription est de trois ans à compter du fait dommageable et non pas à partir du moment où la victime a connaissance de son préjudice. Si le fait dommageable a été dissimulé, le point de départ de la prescription est retardé au jour de sa révélation (art. L. 225-254). Cependant, le délai est de 10 ans si le fait dommageable est qualifié de crime, ou si le préjudice est causé par l'accomplissement irrégulier d'une formalité de constitution ou de modification des statuts (art. L. 210-8).

L'inscription en comptabilité équivaut à la révélation sauf lorsque le fait a été commis par un représentant légal, auquel cas la révélation prise en considération est celle à un autre organe social ou à son successeur (Cass. Com. 3 juillet 1984).

K 526 Responsabilité individuelle ou solidaire

En principe, la responsabilité est individuelle.

En cas de pluralité de gérants, chacun n'est responsable que de ses propres fautes. Cependant, si tous ont contribué au dommage, une condamnation in solidum peut être prononcée.

De même, la responsabilité des administrateurs et du directeur général est individuelle quand un fait précis est imputé à un dirigeant déterminé mais elle peut être solidaire si ces dirigeants ont commis une faute commune. De même, la responsabilité peut être jugée in solidum en cas de concours de fautes lorsqu'il n'est pas possible de déterminer la part de chacun des dirigeants dans les actes dommageables (faute de gestion du directeur général et défaut de surveillance des administrateurs).

En cas de pluralité de responsables, la victime pourra poursuivre chaque dirigeant pour le tout.

K 527 Cas particulier des sociétés en procédure collective

La responsabilité des dirigeants dans une société en procédure collective est généralement mise en cause dans le cadre d'une action en insuffisance d'actif par les organes de la procédure, fondée sur l'article L. 651-2. Cependant une action en responsabilité contre un dirigeant est recevable même en cas de procédure collective :

- à la condition de ne pas soulever le motif de l'insuffisance d'actif (Cass. Com. 28 mars 2000),
- si le préjudice résulte d'une faute du dirigeant séparable de ses fonctions,
- s'il existe un préjudice personnel distinct du préjudice de la personne morale (CA Rouen 2° ch. 11 janvier 2007),
- si le préjudice personnel est distinct de celui des autres créanciers (Cass. Com. 7 mars 2006, n°04-16536).

CHAPITRE 6

K 600 TRANSMISSION OU CESSION DE PARTS ET ACTIONS

K 610 GÉNÉRALITÉS

Les titres représentatifs du capital des sociétés sont dénommés :

• parts sociales ou par abréviation "parts" pour les titres des SNC, des commandités et commanditaires des sociétés en commandite simple, des commandités des sociétés en commandite par actions et des associés de SARL ;

• actions pour les titres des sociétés anonymes, des sociétés par actions simplifiées et des commanditaires des sociétés en commandite par actions.

Concernant la cession de parts ou actions, qui est en principe un acte civil, la jurisprudence a depuis longtemps admis qu'elle revêtait un caractère commercial si elle entraînait la cession du contrôle de la société, le contentieux de la cession relevant alors de la compétence du tribunal de commerce.

L'article L. 721-3, issu de l'ordonnance n°2006-673 du 8 juin 2006, donne dorénavant compétence aux tribunaux de commerce pour toutes les contestations relatives aux sociétés commerciales, y compris les litiges entre associés notamment en matière de cession, même si celle-ci n'a pas pour finalité la prise de contrôle de la société.

Comme pour tout contrat, la cession est soumise aux règles applicables au consentement et à la capacité des parties.

En outre, la réforme du droit des contrats (ordonnance du 10 fév. 2016) a encadré les négociations précontractuelles en exigeant le respect du principe de bonne foi (art.1112 nouv. C. civ.), de l'obligation de confidentialité (art.1112-2 nouv.) et un devoir général d'information (art.1112-1 nouv.). Le devoir de loyauté pèse autant sur le cédant que sur le cessionnaire, mais si le cédant a une obligation d'informer, il incombe aussi au cessionnaire de se renseigner.

Le prix doit être déterminé ou déterminable. Si le prix est déterminable, sa détermination doit pouvoir se faire à partir d'éléments indépendants de la volonté des parties. Cette détermination résultera soit de l'application d'un certain nombre de critères de valorisation de la société concernée, soit du recours à un tiers chargé de fixer le prix, ce recours n'étant valable que si le tiers est indépendant de l'une et l'autre partie (cf. K 712).

Le cédant doit la garantie de son fait personnel, c'est-à-dire la jouissance paisible des titres cédés. Il doit aussi la garantie des vices cachés, ce qui ne concerne que l'existence des titres cédés mais non pas leur valeur. Le caractère limité de la garantie légale conduit le plus souvent les acquéreurs, en cas de cession de contrôle, à exiger des vendeurs des déclarations et des garanties sur la consistance de l'actif et du passif de la société concernée (cf. K 630).

K 620 CESSIONS DE PARTS ET ACTIONS

La liberté de cession des parts et actions est limitée par des dispositions légales et statutaires qui sont d'une portée très différente selon qu'il s'agit :

-d'une société de personnes (SNC, société en commandite pour ce qui concerne les associés commandités) où la personnalité des associés joue un rôle primordial,

-d'une SA où la personnalité des associés est secondaire, sauf lorsqu'une clause d'agrément est insérée dans les statuts,

-d’une SARL ou d’une SAS dans lesquelles l’intuitu personae des associés est prise en compte dans la loi pour la première et souvent dans les statuts pour la seconde.

K 621 Cession de parts de SNC et de sociétés en commandite simple

Les cessions entre vifs, même entre associés et quelle que soit la forme de la cession (vente, donation, liquidation de communauté), doivent impérativement être autorisées par les associés statuant à l'unanimité. Toute clause contraire est réputée non écrite (art. L. 221-13 et L. 222-8).

La seule exception concerne les parts des commanditaires pour lesquelles les statuts peuvent prévoir la libre cession, mais seulement entre associés.

L’associé qui entre dans la société répond du passif qui existait au moment de son entrée. L’associé qui quitte la société reste tenu à l’égard des tiers du passif existant au jour de son départ.

La cession doit être notifiée à la société pour lui être opposable et publiée au RCS.

A signaler que le décès d'un associé met fin à la société, sauf clause contraire des statuts prévoyant que la société continue soit entre les associés survivants, soit entre eux et les héritiers ou des tiers désignés dans les statuts ou par une disposition testamentaire.

K 622 Cession de parts de SARL

La cession des parts de SARL fait l'objet des articles L. 223-13 à L. 223-16 du code de commerce.

Les cessions de parts entre associés ou entre conjoints et entre ascendants et descendants sont libres, sauf si les statuts prévoient une clause limitant cette libre cessibilité. En revanche, toute cession de parts à une personne étrangère à la société est soumise à agrément : elle doit être préalablement autorisée par les associés aux termes d'une procédure légale dont les dispositions sont d'ordre public (vote par la majorité des associés représentant au moins la moitié des parts sociales, à moins que les statuts ne prévoient une majorité plus forte (art. L. 223-14, al. 1er). Si la société n’a pas fait connaître sa décision dans le délai de 3 mois, l’agrément est réputé acquis.

Dans le cas d’un refus d’agrément, la société doit racheter ou faire racheter les parts du cédant dans le délai de 3 mois (qui peut être prolongé par décision de justice pour une durée qui ne peut excéder 6 mois). En cas de contestation sur le prix, celui-ci est fixé à dire d’expert selon les dispositions de l’article 1843-4 C.civ. (cf K 712). En l’absence de rachat par la société ou un tiers dans le délai imparti, l’associé peut réaliser la cession initialement prévue.

Ces dispositions sont impératives : les clauses contraires sont réputées non écrites.

La cession de parts (même entre non commerçants) a un caractère commercial lorsqu’elle confère à l’acquéreur le contrôle de la société. Les litiges concernant des cessions de parts entre associés relèvent de la compétence du tribunal de commerce, même si elles ne portent pas sur le contrôle de la société.

L’acquéreur devient titulaire d’un droit nouveau : les exceptions liées au cédant lui sont inopposables.

La cession de parts doit faire l’objet d’un écrit, elle doit être portée à la connaissance de la société conformément aux dispositions de l’article 1690 C. civ. (dépôt entre les mains d’un gérant ou signification). Sinon, elle est inopposable à la société.

Pour être opposable aux tiers, la cession doit faire l’objet d’une publication au R.C.S. (ou publication des statuts mis à jour de la cession).

K 623 Cession d'actions de SA, de SAS et de sociétés en commandite par actions

A la différence des parts dont la cession doit obligatoirement être régularisée par une convention écrite, la cession de la propriété des actions s’opère par un simple virement du compte actions de l'actionnaire (associé dans la SAS) cédant au compte actions de l'actionnaire (ou associé) cessionnaire. Ce virement de compte à compte se fait généralement sur la base d'un ordre de mouvement, parfois dénommé bordereau de transfert, imprimé préétabli comportant des mentions d'identification de la société et du nombre d'actions cédées et revêtu de la signature du cédant précédée de la mention "Bon pour transfert de "x" actions". En raison de cette différence de formalisme, les parts sont dites cessibles alors que les actions sont dites négociables, étant toutefois précisé que l'on parle couramment de "cession".

Cette cession est en principe libre. Cependant, il est possible d'introduire dans les statuts des sociétés anonymes non cotées une clause soumettant à l'agrément du conseil d'administration (ou du conseil de surveillance) – plus rarement de l’assemblée générale- la cession d'actions ou de valeurs donnant accès au capital à un tiers ou entre actionnaires (art. L. 228-23).

L'agrément est réputé acquis si la société n'a pas répondu dans les trois mois de la demande ou si, après un refus d'agrément, le rachat des actions n'est pas intervenu dans le même délai (qui peut être prolongé par décision de justice) (art. L. 228-24). Si le rachat par la société ou un tiers est prévu, en cas de contestation sur le prix, celui-ci est fixé à dire d'expert selon les dispositions de l'article 1843-4 C.civ. (cf K 712).

La loi interdit de soumettre à agrément les cessions au conjoint, à un ascendant ou à un descendant et les cessions résultant de dévolution successorale ou de liquidation de communauté entre époux.

Ces dispositions sont impératives : les clauses contraires sont réputées non écrites. Toute cession effectuée en violation d'une clause d'agrément figurant dans les statuts est nulle (SA : art. L. 228-23 ; SAS : art. L. 227-15).

Dans les SAS, il convient de se reporter aux statuts pour savoir quel est l'organe ou la personne compétente pour se prononcer sur l'agrément. Ce sont également les statuts qui fixent la procédure applicable.

K 630 GARANTIES DE PASSIF ET D'ACTIF

Dans les cessions de droits sociaux, les cessionnaires demandent fréquemment la signature d'une garantie d'actif et de passif. Cette garantie a pour objet d'indemniser le cessionnaire -ou directement la société- de tout appauvrissement de l'entreprise cédée (diminution d'actif ou augmentation du passif) résultant des conséquences d'un fait générateur antérieur à la cession mais qui se révèlent postérieurement.

En ce qui concerne le passif, il peut s'agir d'un passif existant au moment de la cession mais non révélé ou d'un passif apparu après la cession mais dont le fait générateur est antérieur (par exemple en cas de redressement fiscal).

Les cédants peuvent aussi garantir la consistance et la valeur des actifs sociaux.

La garantie d'actif et de passif (appelée en pratique « garantie de passif ») est un document qui peut être très volumineux, en tête duquel figurent généralement les « déclarations » faites par le cédant, lesquelles ont pris plus d'importance avec l'obligation légale d'information instaurée par l'article 1112-1, alinéa 1er nouveau du code civil.

La mise en jeu de la garantie est souvent soumise à une franchise et à un seuil de déclenchement. Elle prévoit parfois un plafond.

Selon les conventions, le passif révélé garanti fait l'objet soit d'une indemnité versée à la société cédée (garantie au profit de la société) soit d'une réfaction du prix (garantie au profit des cessionnaires).

A noter : la garantie ne peut être mise en jeu que par son bénéficiaire.

Les cessionnaires exigent généralement de leurs garants une garantie de bonne exécution de leurs engagements : « garantie de la garantie » (cautionnement bancaire, consignation d'une partie du prix, etc.).

A noter : l'existence d'une garantie de passif ne prive pas l'acquéreur du droit de demander l'annulation de la cession au motif d'un dol.

Les conventions de garantie sont la source d'un abondant contentieux portant essentiellement sur l'étendue de la garantie, ainsi que sur le respect des formes, souvent en raison de la rédaction imprécise, voire contradictoire des clauses de la convention. La solution de ces litiges relève du droit commun des obligations.

Certains de ces litiges sont liés à la mise en œuvre tardive de la garantie (K 631) ou au défaut d'information des garants (K 632).

K 631 Mise en œuvre tardive

Les garanties d'actif et de passif sont limitées dans le temps en fonction des durées différentes de prescription (trois ans le plus couramment). L'appel de la garantie, c'est-à-dire la réclamation formée par le cessionnaire contre le garant, doit être formulé dans les formes et dans le délai prévus à la convention.

S'agissant de la volonté des parties exprimée sans équivoque, toute mise en œuvre postérieure à la date limite prévue –fût-ce d'un seul jour- est irrecevable.

Pour éviter la forclusion, si le montant de la réclamation n'est pas encore connu à l'échéance de la garantie, notamment en cas de litige porté devant les tribunaux, il est indispensable pour le cessionnaire de procéder à une mise en œuvre conservatoire avant l'échéance.

K 632 Défaut d'information du garant dans les délais

Il n'existe aucune obligation d'information du garant si cette obligation n'est pas stipulée dans la convention de garantie (Cass. Com. 23 novembre 1993, n° 91-21536). Dans ce cas, il n'y a donc aucune faute du cessionnaire à ne pas informer et aucune responsabilité à retenir de ce fait. Cependant, le plus souvent, la convention de garantie prévoit que le garant doit être informé rapidement par le cessionnaire, dès que celui-ci en a connaissance, de tout fait susceptible d'entraîner la mise en œuvre de la garantie. Un délai maximum est défini dans la convention (15, 30 ou 60 jours dans la plupart des cas).

Deux cas sont à distinguer, selon que la convention de garantie mentionne ou non la déchéance (ou la forclusion) comme sanction du défaut d'information :

a)La convention de garantie prévoit la déchéance de la garantie (ou la forclusion) en cas de défaut d'information dans les délais.

Même si la forme de la clause peut varier (« le cessionnaire doit, sous peine de déchéance de la garantie –ou de forclusion-, informer dans le délai … », « la garantie est subordonnée à l'information dans le délai … » « la garantie est mise en œuvre après l'information, dans les délais prévus … »), il ne doit pas y avoir d'ambiguïté sur le fait que le défaut d'information entraîne la déchéance (ou la forclusion) de la garantie. Même en l'absence de griefs pour le garant, même si le garant a participé à la défense du cédé (Cass.Com.15 mars 2011, n°09-13299 ; Cass.Com. 28 mars 2006, n° 04-15762).

Une exception possible : si le garant a renoncé, sans ambiguïté, à se prévaloir de la déchéance. Cependant le simple fait de participer à la défense de la société cédée est insuffisant pour caractériser la renonciation : celle-ci ne peut résulter que d'« actes manifestant sans équivoque la volonté de renoncer » (Cass. Com. 28 février 2006, n° 04-14481).

b)La convention de garantie ne mentionne aucune sanction en cas d'absence d'information ou d'information tardive

La doctrine et la jurisprudence sont hésitantes. La Cour de cassation s'en remet à l'appréciation souveraine des juges du fond.

Le défaut d'information dans les délais prévus entraîne la déchéance, sauf si le cessionnaire -à qui appartient alors la charge de la preuve- démontre que le retard n'a pas fait grief au garant (l'absence de grief étant souvent établie par le fait que le garant a pu participer d'un bout à l'autre de la procédure à la défense de la société et faire valoir ses arguments).

C'est au cessionnaire de prouver qu'il a respecté la procédure d'information prévue (Cass. Com.15 janvier 2013, n°12-10099 et n°12-15868) et non au garant de démontrer l'inverse.

S'il y a obligation d'information, le fait que le garant ait eu connaissance des faits avant la cession, voire qu'il les ait dissimulés au cessionnaire, ne dispense pas celui-ci de son obligation (Cass. Com. 9 juillet 2013, n°12-19108).

CHAPITRE 7

K 700 LITIGES ENTRE ASSOCIES

Les motifs de conflits entre associés sont nombreux et chacun de ces litiges constitue un cas d'espèce.

Plusieurs de ces cas de litiges sont examinés ci-avant :

-demande de nullité de la société (cf. K 410) ou de nullité d'actes ou de délibérations (cf. K 420),

-demande de dissolution (cf. K 231),

-garantie de passif (cf. K 500),

-caution d'un dirigeant (cf. N 110).

Parmi les autres litiges les plus fréquemment portés devant un tribunal de commerce, on citera les cas suivants :

K 701 Rupture de pourparlers

La liberté de contracter implique que chaque partie a la possibilité de mettre fin à tout moment à des négociations portant sur l'acquisition ou la cession de droits sociaux. Cependant « la loyauté doit régir les relations entre les parties non seulement durant la période contractuelle mais aussi pendant la période précontractuelle ». Un manquement à ce devoir de loyauté constitue une faute qui engage la responsabilité délictuelle de l'auteur de la rupture. Est constitutive d'un tel manquement :

- la prolongation des pourparlers alors que l'intention de contracter a disparu,
- la rupture « tardive » ou à la veille de la signature de la promesse,
- la rupture sans motif ou pour un motif jugé non convaincant,
- la rupture intervenue après des négociations avancées.

Le préjudice indemnisable :

- n'est pas « la perte d'une chance de réaliser les gains que permettaient d'espérer la conclusion du contrat » (Cass.Com. 26 nov. 2003, n° 00-10 243, connu sous le nom de jurisprudence Manoukian) ,
- peut être constitué par les frais exposés en pure perte (honoraires des conseils, temps passé,..) et plus rarement, la perte de chance de conclure un contrat du même type avec un tiers.

Le nouvel article 1112 du code civil introduit par l'ordonnance du 10 février 2016 confirme cette jurisprudence :

K 702 Pacte d'actionnaires

Les associés d'une société signent souvent un pacte d'actionnaires fixant les relations entre tous les actionnaires ou seulement certains d'entre eux. Ces pactes, si les actionnaires souhaitent qu'ils restent confidentiels, sont toujours extra-statutaires. L'exécution de ces pactes donne lieu à de nombreux litiges notamment :

-des conventions de vote sont valables si elles sont conclues dans l'intérêt social de durée limitée et sans contrariété avec les règles d'ordre public ;

-en matière de droit de préférence, la Cour de cassation a reconnu que le bénéficiaire d'un pacte de préférence dont les droits ont été violés est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec le tiers et même d'obtenir sa substitution à l'acquéreur si le tiers avait connaissance de l'existence du pacte et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir (Cass. Ch. Mixte, 26 mai 2006 ; n°03-9376). L'article 1123 nouveau du code civil reprend cette jurisprudence et institue la possibilité d'une action interrogatoire (cf. G 133). Le bénéficiaire ne pourra cependant pas obtenir l'**exécution forcée en nature** si celle-ci est impossible ou s'il y a disproportion manifeste entre l'intérêt qu'elle présente pour lui et son coût pour le tiers acquéreur (*cf*. art. 1221 nouv. C. civ.).

Afin d'éviter les contentieux liés à la validité ou à l'exécution des pactes extra statutaires dans les SA, nombreux sont les opérateurs économiques qui préfèrent recourir à la SAS qui laisse une très large place à la liberté statutaire.

K 703 Droit d'information

Les actionnaires ou les associés de SA ou de SARL ont le droit d'être informés. Les informations auxquelles ils peuvent avoir accès sont précisées aux articles L. 225-102, L. 225-108, L. 225-115 à L.225-118 pour la SA ; L. 223-26 pour la SARL et L. 221-7 et 8 pour la SNC.

En cas de refus de communication, le président du tribunal de commerce peut enjoindre sous astreinte de communiquer au requérant ces informations ou désigner un mandataire chargé de procéder à la communication (art. L.238-1).

La violation des dispositions relatives aux informations à fournir aux actionnaires (ou associés) est sanctionnée par une nullité facultative de l'assemblée générale et la mise en jeu de la responsabilité civile des dirigeants.

K 704 Droits de vote –franchissement de seuil

Le droit de vote est un droit essentiel de l'associé ; les délibérations prises en violation des dispositions régissant les droits de vote attachés aux actions peuvent être annulées (art. L. 235-2-1). Ce droit doit s'exercer librement mais sans abus ni de majorité, ni de minorité en assemblée générale.

Le droit de vote est généralement proportionnel à la quotité de capital représenté. Dans certaines conditions, la loi permet la limitation du nombre de voix (art. L. 225-125), le droit de vote double (art. L. 225-

123). Il peut aussi être créé des actions de préférence sans droit de vote, assorties d'une contrepartie financière. La loi admet que le droit de vote peut faire l'objet de transfert provisoire (art. L. 233-9, 6° et 7°, L. 225-126).

Dans certaines hypothèses, le droit de vote est supprimé :

-conflit d'intérêts de l'associé avec la société : la suppression ne s'applique qu'à la résolution concernée (art. L. 225-40).

-suppression à titre de sanction, prévue par la loi (actions non libérées du versement exigible – art. L. 228-29 et R. 228-26 ; actions au porteur non inscrites en compte – art. 94 -L. 30 déc. 1981 ; actions de société cotée excédant la fraction qui aurait dû être déclarée au titre d'un franchissement de seuil –art. 233-7 , etc.).

K 705 Abus de majorité

L'abus de majorité, qui est une forme particulière d'abus de droit, est retenu par la jurisprudence à la double condition que la décision incriminée ait été prise dans l'intérêt exclusif des majoritaires et au détriment de l'intérêt social (par exemple, la mise en réserve systématique des bénéfices réalisés, la rémunération excessive de dirigeants majoritaires, qui peut également constituer le délit d'abus de biens sociaux).

L'action est en général intentée par des associés minoritaires, exceptionnellement par la société elle-même.

L'abus de majorité peut entraîner la nullité d'une assemblée générale ou d'une délibération : la demande doit être intentée contre la société et contre les majoritaires ayant eu un comportement abusif.

L'abus peut justifier l'annulation de la résolution adoptée abusivement et/ou l'octroi de dommages et intérêts à la charge des associés majoritaires.

K 706 Abus de minorité ou d'égalité

L'abus de minorité ou d'égalité se caractérise par la poursuite de la part des minoritaires de buts personnels exclusifs au détriment de l'intérêt social ; il se manifeste par le refus systématique de vote en faveur d'une opération essentielle (Cass.Civ.3 ; 16 décembre 2009 ; n°09-10209). Le plus fréquemment, l'abus consiste à bloquer toute modification du pacte social, en refusant par exemple de voter une augmentation de capital nécessaire à la survie de la société mais qui entraînerait une dilution de la participation des minoritaires dans la société, entravant le fonctionnement de la société pour des considérations purement personnelles (Cass.Com. 5 mai 1998 ; n°96-15383).

L'abus est sanctionné par la condamnation des minoritaires abusifs à des dommages-intérêts. Le juge ne peut pas se substituer aux organes sociaux pour rendre exécutoire une résolution soumise à l'assemblée générale qui se heurterait à un abus de minorité. La Cour de cassation considère que ce serait une immixtion inadmissible du juge dans la gestion sociale. Mais la Haute juridiction considère que le juge peut désigner un mandataire ad hoc, chargé de voter en lieu et place des minoritaires dans l'intérêt social. Le juge doit veiller à ne pas fixer le sens du vote du mandataire ad hoc qu'il désigne (Cass. Com. 4 février 2014, n° 12-29348).

K 707 Demande d'expertise de gestion

Dans une SA ou une SARL, un ou plusieurs associés peuvent poser par écrit des questions au président ou au gérant sur des opérations de gestion de la société. A défaut de réponse, s'ils représentent plus de 5% du capital, ils peuvent demander en référé la désignation d'un expert chargé d'enquêter et de faire un rapport.

Conformément aux articles R 223-30 et R 225-163, l'expert doit être nommé par le Président du tribunal de commerce statuant en la forme des référés.

L'expertise doit porter sur une opération de gestion déterminée (et non sur une analyse générale de la gestion), émanant des dirigeants (et non de l'assemblée), susceptible de porter atteinte à l'intérêt social (SA : art. L. 225-231, SARL : L. 223-37). Cette expertise est souvent le prélude à une action en responsabilité civile.

Si les demandeurs ne remplissent pas les conditions de détention de capital pour obtenir une expertise de gestion, ils ont la possibilité de recourir à une demande d'expertise in futurum fondée sur l'article 145 CPC dès lors qu'ils peuvent se prévaloir d'un motif légitime dans la perspective d'un éventuel litige.

K 708 Nomination d'un administrateur provisoire

La désignation d'un administrateur provisoire est une « mesure exceptionnelle qui suppose rapportée la preuve de circonstances rendant impossible le fonctionnement normal de la société et menaçant celle-ci d'un péril imminent » (Cass. Com. 6 février 2007 ; n° 05-19008). Cette nomination peut permettre d'éviter la dissolution de la société. De simples divergences entre associés ne justifient cependant pas une telle mesure.

Tel peut être le cas dans une SA dont tous les administrateurs y compris le président ont démissionné ou lorsque des dissensions entre mandataires sociaux compromettent la survie de la société ou encore lorsque l'on peut craindre l'accomplissement d'actes irréguliers ou gravement inopportuns qui mettraient la société en péril.

Dans de tels cas, il y a lieu à désignation par le juge d'un administrateur provisoire jusqu'à ce qu'une assemblée procède à l'élection de nouveaux organes sociaux.

Le plus souvent, l'administrateur provisoire est désigné en référé, mais il arrive qu'il le soit à titre accessoire dans un litige au fond opposant deux groupes d'associés. Il importe de rappeler que l'administration judiciaire d'une société ne peut être que provisoire. Il y a donc lieu, dans la décision, de limiter au strict nécessaire la durée des fonctions et les pouvoirs donnés à l'administrateur provisoire désigné par le tribunal, sa mission devant comporter la convocation des associés à une assemblée générale chargée de désigner de nouveaux organes de gestion.

La décision qui nomme l'administrateur provisoire doit délimiter l'étendue de ses pouvoirs. En principe, sa nomination dessaisit les dirigeants en fonction et l'administrateur désigné par l'autorité judiciaire est, selon la Cour de cassation, investi de tous les pouvoirs conférés par la loi à un dirigeant social (Cass.Com. 8 novembre 2016, n° 14- 21481). Cependant, l'ordonnance du 10 février 2016 a précisé que lorsque le pouvoir du représentant est défini en termes généraux, il ne couvre que les actes conservatoires et d'administration (art. 1155, al. 1 nouv. C. civ.). Mais l'administrateur peut également n'être doté que de pouvoirs spécialement déterminés ; en ce cas, il ne pourra accomplir que les actes pour lesquels il a été habilité et ceux qui en sont l'accessoire (art. 1155, al. 2 nouv. C. civ.).

Il peut être souhaitable non de désigner un administrateur provisoire mais de nommer un mandataire « ad hoc » chargé d'une mission strictement déterminée (convocation d'une assemblée générale, accomplissement d'une formalité,…) ou un contrôleur de gestion chargé d'empêcher que soient passés des actes contraires à l'intérêt social.

K 709 Exclusion d'un associé

En l'absence d'un texte légal ou d'une clause statutaire, le juge ne peut pas prononcer l'exclusion d'un associé.

Les clauses statutaires d'exclusion doivent être adoptées et éventuellement modifiées à l'unanimité des associés. Elles doivent préciser avec soin les cas d'exclusion et les modalités de rachat des droits sociaux de l'exclu.

Tout associé ayant le droit de participer aux décisions collectives, une clause statutaire prévoyant qu'un associé ne peut participer à la délibération d'exclusion le concernant est réputée non écrite.

La procédure d'exclusion doit respecter le principe de la contradiction et les droits de la défense.

Sur l'évaluation des droits sociaux en cas d'exclusion d'un associé : cf. K 712

K 710 Conventions réglementées (art. L. 223-19, L. 225-38 et L. 225-86)

Les conventions conclues entre la société et l'un de ses dirigeants (gérant, président, DG ou administrateur ou actionnaire (disposant de plus de 10% des droits de vote) ou associé) ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant, sont soumises à des règles particulières.

Sont interdites les conventions de cette nature liées au crédit : prêts, découverts ou cautionnements donnés à des dirigeants (pour la SARL : art. L. 223-21 ; pour la SA : art. L. 225-43, L. 225-91 ; pour la SAS : art. L. 227-12 ; pour la commandite par actions : art. L.226-10).

Sont dispensées de toute autorisation les conventions portant sur les opérations courantes et conclues à des conditions normales (pour la SARL : L. 223-20 ; pour la SA : art. L. 225-39, L. 225-87 ; pour la SAS : art. L. 227-11 ; pour la commandite par actions : art. L. 226-10), ainsi que les conventions conclues entre une société mère et une filiale à 100%.

Les autres conventions sont soumises à autorisation, laquelle doit être motivée en justifiant l'intérêt de la convention pour la société.

Dans une SA, la procédure consiste en une autorisation préalable donnée par le conseil d'administration, ou de surveillance selon le cas. La convention régulièrement autorisée par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance est soumise à la plus prochaine assemblée générale qui statue sur rapport spécial du

commissaire aux comptes (pour la SA à conseil d'administration : art. L. 225-38 à L. 225-43 ; pour la SA à directoire et conseil de surveillance : art. L. 225-86 à L. 225-91).

Une convention règlementée conclue sans autorisation préalable peut être annulée, mais la nullité ne peut être prononcée que si la convention a eu des conséquences dommageables pour la société (art. L. 225-41). La nullité peut être couverte par un vote de l'assemblée générale sur rapport spécial du commissaire aux comptes.

Si l'assemblée générale refuse d'approuver la convention, celle-ci demeure valable (sauf cas de fraude), mais les conséquences dommageables pour la société peuvent être mises à la charge des administrateurs (SA) ou de l'associé contractant (Cass. Com. 1er mars 2011 ; n° 10-13993).

Dans une SARL, la convention est soumise à l'approbation de l'assemblée générale (art. L. 223-19). Si l'assemblée générale refuse d'approuver la convention, celle-ci produit ses effets à charge pour le gérant ou l'associé contractant de supporter les conséquences préjudiciables à la société.

Dans une SAS, les conventions intervenues directement ou par personne interposée entre la société et son président, ses dirigeants ou l'un de ses associés disposant de plus de 10% des droits de vote ou la société contrôlant un tel associé, doivent être soumises au contrôle des associés. Les statuts organisent la procédure de contrôle (cf. art. L. 227-10).

Dans la société en commandite par actions, les articles L. 226-10 et L. 226-10-1 renvoient aux dispositions prévues pour les SA à conseil d'administration (art. L. 225-38 à L. 225-43).

Dans la SNC ou la société en commandite simple, à défaut de dispositions spéciales, le droit commun des obligations s'applique : le gérant ne peut donc conclure un contrat avec la société dont il est le représentant légal ; à défaut, le contrat serait nul, sauf si la collectivité des associés l'a autorisé ou ratifié.

Il est interdit aux associés intéressés aux conventions règlementées de prendre part au vote des autorisations ou approbations.

A noter que la rémunération du président ou d'un directeur général d'une SA (ainsi que dans les SARL, la rémunération du gérant) n'a pas la nature d'une convention réglementée (mais une indemnité de départ constitue un avantage particulier soumis au régime des conventions réglementées). En revanche, la rémunération d'un dirigeant de SAS a un caractère conventionnel et doit suivre la procédure des conventions réglementées.

K 711 Compte-courant d'associé - remboursement

L'avance en compte courant par un associé permet à la société de faire face à ses besoins momentanés de trésorerie, ce qui donne lieu à une créance de l'associé sur la société. Lors des augmentations de capital, il peut être prévu que l'apport se réalise par compensation avec les comptes courants d'associés, si ces créances sont liquides et exigibles. La pratique des prêts et avances en compte courant est fréquente dans les groupes de sociétés au moyen des pools de trésorerie.

Sauf convention particulière ou statutaire le régissant, le compte courant est remboursable à tout moment (Cass. Com. 10 mai 2011, n° 10-18749). Seul son titulaire peut en demander remboursement, l'époux, même marié sous régime de communauté, n'ayant pas qualité à agir (Cass.Civ. 1 ;9 février 2011, n° 09-68659).

K 712 Interdiction des clauses léonines

Une clause léonine n'est pas une cause de nullité (de la société ou de l'assemblée générale) : elle est réputée non écrite (C. civ. art. 1844-1).

Est ainsi interdite la stipulation qui attribue à un associé la totalité du profit ou qui met à la charge d'un associé la totalité des pertes.

K 713 Evaluation des droits sociaux (art. 1592, 1843-4 C. civ.)

Le prix de cession de droits sociaux doit être déterminé ou déterminable pour que la cession soit valable.

Si les statuts prévoient la cession des droits sociaux ou le rachat par la société, la valeur est déterminée par la clause statutaire. Si cette valeur n'est ni déterminée ni déterminable et s'il y a contestation sur le prix, la valeur est déterminée par un expert désigné par les parties où, à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés (art 1843-4 C.civ.), sans recours possible.

L'expertise de l'article 1843-4 C. civ. est obligatoire lorsqu'il y a contestation sur le prix et que la loi renvoie à cet article pour fixer les conditions de prix ou le rachat des droits sociaux par la société. Tel est

notamment le cas du rachat des droits sociaux résultant d'un refus d'agrément, comme le prévoient les articles L 223-14 et L 228-24.

L'expert est tenu d'appliquer, si elles existent, les règles et les modalités de détermination de la valeur prévues par toutes conventions liant les parties (statuts ou convention extra-statutaire). Il doit fixer la date de l'évaluation des droits sociaux, en l'absence de dispositions statutaires sur ce oint, à la date la plus proche de leur remboursemennt et non àà la date de la perte de la qualité d'associié (Cass.Com. 16 septembre 2014 n° 13-17807 ; Cons. Const décision n° 2016-563 du 16 septembre 2016)

Enfin, si la cession des droits sociaux d'un associé n'est prévue ni par la loi, ni par les statuts mais par une convention extra-statutaire ou une promesse unilatérale de vente librement consentie, les parties fixent librement les modalités de détermination de la valeur. Si elles souhaitent que cette valeur soit fixée à dire d'expert, elles ont la possibilité de nommer un expert au titre de l'article 1592 du Code civil. A noter : rien ne leur interdit de convenir contractuellement que l'expert sera désigné « conformément aux dispositions de l'article 1843-4 » (dans ce sens : Cass. Com. 30 novembre 2004 ; n° 03-13756).

En cas de recours à l'article 1592 C. civ., l'expert peut refuser la mission ou y mettre un terme. Si l'expert ne peut ou ne veut faire l'estimation, il n'y a pas cession ;

En cas de recours à l'article 1843-4 C. civ., l'expert est tenu de procéder à l'évaluation ; s'il ne le fait pas, les parties peuvent demander la désignation d'un autre expert.

Dans les deux cas, l'évaluation de l'expert, qui est tenu d'appliquer, si elles existent, les règles et les modalités de détermination de la valeur prévues par toutes conventions liant les parties, s'impose au juge et aux parties, sauf erreur grossière de l'expert.

Titre M

FONDS DE COMMERCE

Le fonds de commerce est une « universalité », c'est à dire un ensemble non séparable de biens, distinct des éléments qui le composent. Il est régi par les articles L141-1 à L144-13 du code de commerce.

Il comprend :

• des éléments incorporels : nom commercial et enseigne; clientèle et achalandage; droits de propriété industrielle : brevets, licences, marques de fabrique et de commerce, dessins et modèles; droits de propriété intellectuelle, littéraire, artistique ou audiovisuelle, logiciels; droit au bail ;

• des éléments corporels : matériel et outillage servant à l'exploitation ; marchandises en stock : matières premières destinées à être transformées et produits destinés à la vente.

Remarques :

1 - du fait que leur teneur varie dans le temps, les marchandises doivent faire l'objet d'un inventaire séparé et ne peuvent pas être nanties (cf. M 210).

2 - les contrats autres que le bail ne font pas partie du fonds de commerce.

CHAPITRE 1

M 100 BAIL COMMERCIAL

M 110 DÉFINITION

Le bail commercial est un contrat de louage portant sur un immeuble ou un local dans lequel un fonds de commerce est exploité. Il précise l'activité devant être exercée et peut faire l'objet d'une cession.

Le contrat de louage de fonds de commerce est régi par :

• le droit commun du louage.

• les articles L145-1 à L145-60 du code de commerce qui constituent le «statut du bail commercial» auquel il ne peut pas être dérogé contractuellement.

M 120 JURIDICTION COMPÉTENTE EN CAS DE CONTESTATION

L'article R211-4 du code de l'organisation judiciaire dispose que le tribunal de grande instance a compétence exclusive pour connaître des contestations relatives aux baux commerciaux (à l'exception de la fixation du prix du bail révisé ou renouvelé qui est portée devant le président du tribunal de grande instance). Cependant, le tribunal de commerce est compétent « lorsque le litige porte sur une demande en paiement d'une certaine somme du bailleur contre le locataire et non sur l'application des dispositions relatives aux baux commerciaux » (Cass.Civ. 3- et 10 mars 2015-n°14-10339 et 14-10341) puisqu'il s'agit d'une action en recouvrement d'une créance entre commerçants.

CHAPITRE 2

M 200 SÛRETÉS GREVANT LE FONDS DE COMMERCE

M 210 NANTISSEMENT
(Articles L142-1 à L142-4)

Il s'agit d'une sûreté réelle qui s'applique à tous les éléments du fonds (l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail, la clientèle, le mobilier commercial, le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du fonds, les brevet d'invention, les licences , les marques…et généralement les droits de propriété intellectuelle qui y sont attachés) et peut s'étendre à des éléments futurs qui sont mentionnés dans l'acte (baux ultérieurs ou matériel venant en remplacement), mais ne saurait inclure les marchandises en stock ou objets personnels.(L.142-2)

Selon les dispositions de l'art. L142-3 du code de commerce, le contrat de nantissement est constaté soit dans un acte authentique, soit dans un acte sous seing privé enregistré.

Le nantissement doit faire l'objet d'une inscription dans les quinze jours de l'acte, au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel se trouve situé le fonds de commerce. L'inscription garantit, au même titre que la créance en principal, deux années d'intérêts et conserve le privilège pour dix ans (possibilité de renouvellement).

Le créancier nanti bénéficie d'un droit de préférence sur le prix de vente du fonds et d'un droit de suite sur le fonds lui-même, ce qui lui permet d'exercer son privilège même en cas de vente du fonds à son insu. Ce droit de suite s'exerce sur le fonds dans son ensemble, mais non sur les éléments corporels isolés qui se trouveraient détachés du fonds (par exemple matériel). En revanche, l'aliénation d'éléments incorporels tels que les brevets d'invention n'est pas opposable au créancier nanti.

Le créancier nanti ne peut se faire attribuer la propriété du bien gagé, mais, comme pour les hypothèques, son droit de suite est sanctionné par une action en expropriation du tiers acquéreur en vue de faire vendre le fonds par adjudication.

La mainlevée s'effectue sur production d'un acte notarié, d'un jugement ou d'un acte sous seing privé enregistré et accompagné des mêmes justifications.

M 220 PRIVILÈGE DU VENDEUR

Les articles L141-5 à L141-11 du code de commerce confèrent au vendeur du fonds demeuré créancier de l'acquéreur un privilège de vendeur et un privilège d'action résolutoire.

Le privilège doit être inscrit séparément sur chaque élément du fonds, avec spécification du prix de chacun d'entre eux, et peut de surcroît s'appliquer aux marchandises en stock pour leur prix de cession.

Son titulaire bénéficie sur le fonds des mêmes droits que le titulaire du privilège du vendeur d'immeuble sur le bien vendu (cf. N 241) et l'inscription rétroagit au jour de la vente lorsqu'elle a été prise au greffe du tribunal de commerce dans les 30 jours de l'acte, même si une procédure collective a été ouverte entre-temps.

M 230 FIDUCIE
(Articles 2011 à 2031 du code civil)

La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires. La fiducie est établie par la loi ou par contrat. Elle doit être expresse.

Les établissements de crédit ont la possibilité d'avoir qualité de fiduciaire.

Le fonds de commerce faisant partie des biens pouvant faire l'objet d'un contrat de fiducie, les établissements de crédit, qui financent l'achat d'un fonds de commerce, ont donc la possibilité d'utiliser cette garantie. L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de l'exploitant du fonds n'affecte pas le patrimoine fiduciaire (art.2024 C. civ.). En effet, ce mécanisme permet au constituant (l'acquéreur du fonds) de transférer temporairement (jusqu'à complet paiement du prêt) ses biens dans un patrimoine d'affectation au profit du bénéficiaire (l'organisme prêteur).

Dans le cas où le fonds de commerce fait l'objet d'un contrat de fiducie garantissant le prêt qui a servi à l'acquérir, on se trouve le plus souvent en présence de trois contrats : un contrat de prêt entre l'acquéreur du fonds et l'organisme prêteur; un contrat de fiducie-sûreté par lequel l'acquéreur du fonds transfère temporairement la propriété du bien à un fiduciaire, qui peut être l'organisme prêteur; un contrat de mise à disposition par lequel le fiduciaire met à disposition de l'acquéreur le dit fonds de commerce.

Le patrimoine fiduciaire n'est pas affecté par l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de l'exploitant du fonds mais l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008, pour garantir les chances de survie du débiteur tout en gardant la force de la « fiducie-sûreté », a encadré sa mise en œuvre par les créanciers garantis par cette sûreté pendant la période d'observation et en cas de plan de sauvegarde ou de redressement.

Mais, dès l'ouverture de la procédure de liquidation, les créanciers garantis par cette sûreté peuvent faire valoir leurs droits et être désintéressés sans subir le concours des autres créanciers, ce qui rend cette sûreté très attractive.

CHAPITRE 3

M 300 PRINCIPAUX LITIGES

M 310 NULLITÉ DE LA VENTE D'UN FONDS DE COMMERCE

a) Si toutes les causes de nullité des contrats s'appliquent dans la vente d'un fonds de commerce, le plus souvent il y a lieu à application de l'article L141-1 du code de commerce :

« *I. – Dans tout acte constatant une cession amiable de fonds de commerce, consentie même sous condition et sous la forme d'un autre contrat ou l'apport en société d'un fonds de commerce, le vendeur est tenu d'énoncer :*

• le nom du précédent vendeur, la date et la nature de son acquisition, et le prix de vente des éléments incorporels, des marchandises et du matériel indiqués séparément ;

• l'état des privilèges et nantissements ;

• le chiffre d'affaires qu'il a réalisé pendant les trois dernières années d'exploitation, ou pendant la durée de possession du fonds si celle-ci est inférieure à trois ans ;

• les résultats d'exploitation réalisés pendant le même temps ;

• le bail, sa date, sa durée, le nom et l'adresse du bailleur et du cédant, s'il y a lieu.

II. - L'omission des énonciations ci-dessus prescrites pourra, sur la demande de l'acquéreur formée dans l'année, entraîner la nullité de l'acte de vente.»

La nullité n'est donc pas de droit mais devra être demandée. Le délai d'un an est un délai préfix, donc non susceptible d'interruption ou de suspension. Il a pour point de départ le jour de la signature de l'acte.

L'article L141-1 est applicable à la promesse de vente d'un fonds de commerce, mais pas à la cession d'actions d'une société exploitant un fonds de commerce.

b) Un autre cas de nullité pourra être soumis à l'appréciation du tribunal au visa de l'article L121-5 du code de commerce selon lequel le conjoint collaborateur peut demander l'annulation de tout acte aliénant ou grevant les droits réels du fonds de commerce auquel il n'a pas donné son consentement exprès, l'action en nullité lui étant ouverte pendant deux années à compter du jour où il a eu connaissance de l'acte, sans que cette action puisse être intentée plus de deux ans après la dissolution de la communauté.

M 320 GARANTIE DES ÉNONCIATIONS
(art. L141-3et 141-4)

Le vendeur est tenu de la garantie à raison des inexactitudes de ses énonciations de l'acte. L'action doit être engagée dans le délai d'un an qui suit la prise de possession.

M 330 RÉSOLUTION DE LA VENTE D'UN FONDS DE COMMERCE
(art. L141-5 à L141-8)

Il est fréquent que l'acheteur d'un fonds de commerce n'en paie pas le prix immédiatement, mais souscrive des billets à ordre, dits « billets de fonds ».

Si les échéances ne sont pas respectées, le vendeur peut demander la résolution de la vente, à condition:

• de bénéficier du privilège de vendeur, donc que la vente ait été constatée par acte authentique ou sous seing privé enregistré ;

• d'avoir fait inscrire son privilège de vendeur ;

• d'avoir mentionné l'action résolutoire dans son inscription ;

• d'avoir notifié son action aux créanciers inscrits sur le fonds.

En cas de résolution de la vente, le vendeur :

• doit reprendre, contre restitution des sommes reçues, tous les éléments du fonds qui ont fait partie de la vente ;

• est comptable du prix des marchandises et du matériel existant au moment de la reprise de possession d'après l'estimation qui en sera faite par expertise contradictoire, amiable ou judiciaire, sous déduction de ce qui peut lui rester dû par privilège sur les prix des marchandises et du matériel;

• pourra obtenir des dommages-intérêts.

M 340 VENTE FORCÉE D'UN FONDS DE COMMERCE
(art. L143-3 à L143-15)

La vente forcée d'un fonds de commerce peut intervenir dans l'une des quatre circonstances suivantes :

• dans le cadre de poursuites de saisie-exécution, vente à la requête du créancier ou du débiteur poursuivi ;

• vente à la requête du vendeur inscrit huit jours après sommation de payer infructueuse faite au débiteur et au tiers détenteur ;

• vente à la requête d'un créancier nanti huit jours après sommation de payer infructueuse faite au débiteur et au tiers détenteur ;

• vente à la requête d'un créancier non inscrit qui demande le paiement de sa créance et, à défaut, la vente du fonds.

Dans les trois premiers cas ci-dessus, il est fait droit à de telles requêtes ; les dispositifs des jugements doivent :

• dire, dans le premier cas, qu'il sera sursis aux poursuites de saisie-exécution et que, faute par le demandeur de faire procéder à la vente dans le délai imparti, les poursuites de saisie-vente pourront être reprises par la poursuite des procédures précédemment engagées ;

• fixer les délais dans lesquels devra avoir lieu la vente (6 mois en principe, 12 mois au maximum) qui sera réalisée à la requête du demandeur et après accomplissement des formalités prescrites par la loi;

• nommer, s'il y a lieu, un administrateur provisoire du fonds et fixer la durée de sa mission ;

• fixer la mise à prix et les conditions principales de la vente ;

• commettre l'officier public chargé de procéder à la vente ;

• dire que les dépens resteront à la charge du propriétaire actuel du fonds mais qu'en cas de réalisation, ceux-ci seront employés en frais privilégiés de vente.

Dans le dernier cas (vente à la requête d'un créancier non inscrit), le jugement comportera une condamnation à paiement dans un délai dont le non-respect entraînera la vente aux enchères du fonds de commerce.

L'exécution provisoire ne sera jamais ordonnée ; si elle était demandée, le jugement devra préciser qu'elle est incompatible avec la nature de l'affaire.

Le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel est situé le fonds (disposition à laquelle il ne peut pas être dérogé par une clause d'élection de compétence).

M 350 LOCATION-GÉRANCE D'UN FONDS DE COMMERCE
(art. L144-1 à L144-13)

L'exploitant d'un fonds de commerce peut en concéder la location à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls.

Le contrat de location gérance doit, à peine de nullité, remplir les conditions prévues aux articles L144-1 à L144-9 du code de commerce ; une cause de nullité fréquemment invoquée est que le loueur du fonds ne l'a pas exploité pendant au moins deux ans.

La plupart des litiges soumis au tribunal de commerce portent sur la responsabilité du loueur du fonds, notamment parce que, jusqu'à publication du contrat de location-gérance et pendant un délai de 6 mois, il est tenu solidairement avec le locataire gérant des dettes contractées par ce dernier pour l'exploitation du fonds.

CHAPITRE 4

M 400 GERANTS DE FONDS DE COMMERCE

Voir H 560

Titre N

SÛRETÉS ET PRIVILÈGES

Les sûretés sont des garanties conférées à un créancier contre le risque d'insolvabilité de son débiteur.

Les sûretés personnelles sont celles qui lui donnent un droit de poursuite contre une ou plusieurs personnes autres que ce débiteur tandis que les sûretés réelles lui donnent un droit préférentiel sur certains biens affectés à la garantie du paiement de sa créance.

Le privilège est un droit que la qualité d'une créance donne à un créancier d'être préféré aux autres sur tout ou partie des biens meubles et immeubles de son débiteur.

CHAPITRE 1

N 100 SÛRETÉS PERSONNELLES

N 110 CAUTIONNEMENT

Le cautionnement est l'engagement unilatéral pris envers un créancier par une personne physique ou morale, la caution, d'accomplir une obligation si le débiteur n'y satisfait pas lui-même (art. 2288 C. civ.).

Le mot "caution" désigne la personne qui s'engage, ainsi que l'engagement qu'elle prend (elle donne sa "caution") ; le "cautionnement" est l'acte par lequel la caution s'engage. Le débiteur n'est pas parti à l'acte de cautionnement.

Issu du Droit romain, le cautionnement a traversé les âges. Il est resté à peu près inchangé depuis le code civil de 1804 jusqu'aux années 1980 ; depuis cette période, il a fortement évolué sous l'effet de la jurisprudence, reprise par la loi, dans un sens plus protecteur de la caution. On présentera d'abord les règles générales applicables au cautionnement ; puis la définition et les conséquences du « cautionnement commercial », et enfin les règles particulières au cautionnement consenti par une personne physique au bénéfice d'un créancier professionnel, profondément modifiées par la loi 2003-721 du 1° août 2003 pour l'initiative économique (loi Dutreil) et codifiées dans le code de la consommation.

N 111 Généralités sur le cautionnement

N 111-1 La formation du cautionnement

Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable (art. 2289 C. civ) et ne peut ni excéder ce qui est dû par le débiteur principal, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses ; dans ce cas, le cautionnement n'est pas nul mais réductible à la mesure de l'obligation principale (art. 2290 C. civ.).

Le cautionnement indéfini d'une obligation s'étend à tous les accessoires de la dette.

Le cautionnement ne se présume point : il doit être exprès. Il ne peut résulter que d'un acte écrit, signé, daté, précisant le nom du débiteur cautionné et muni, s'il est sous seing privé, des mentions manuscrites exigées par l'article 1326 du code civil (cf. G 122)

Comme toute convention, le cautionnement peut être notamment annulé pour vice du consentement de la caution (tromperie sur la situation du débiteur au moment de l'engagement, et plus généralement violence ou dol), et aussi pour défaut de pouvoir de la caution, ou but illicite de l'obligation cautionnée.

N 111-2 Les effets du cautionnement

Le cautionnement peut être simple : la caution n'est alors obligée envers le créancier que si celui-ci a, au préalable, poursuivi sans succès le débiteur.

Mais cette obligation ne joue pas quand la caution a signé une clause de *renonciation au bénéfice de discussion*, c'est-à-dire si elle s'est engagée solidairement avec le débiteur.

La solidarité est présumée en matière commerciale (cf. G 400) ; cependant et par exception, le cautionnement solidaire consenti par une personne physique, même pour les besoins de son activité commerciale, au bénéfice d'un créancier professionnel doit être exprès (N 115).

Lorsque plusieurs personnes se sont portées cautions d'un même débiteur pour une même dette, elles sont obligées chacune pour la totalité de la dette si elles ont *renoncé au bénéfice de division* ou si elles se sont

obligées solidairement entre elles. Dans le cas contraire, elles peuvent exiger du créancier qu'il divise préalablement son action et la réduise à la part et portion de chacune des cautions (cf. N 115).

Lorsque plusieurs cautionnements successifs ont été consentis, la caution tente souvent de soutenir qu'ils se substituent les uns aux autres et ne doivent donc pas être additionnés. Il convient alors d'appliquer strictement les stipulations des actes, et, au cas où ils ne prévoient rien sur ce sujet, d'additionner les cautionnements (en application du principe : "la novation ne se présume point" (art. 1273 ancien- 1330 nouveau C.civ.).

La caution qui a payé la dette est subrogée dans tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur. Cette règle peut souffrir une exception si la libération totale ou partielle du débiteur principal tient à une exception qui n'est pas inhérente à la dette mais qui est personnelle au débiteur, par exemple en cas de minorité (art. 2289 C. civ) ou de procédure collective (cf. N 115).

N 111-3 Intérêts dus par les cautions

L'acte de caution précise en général que le cautionnement porte sur le principal et également sur les intérêts et les accessoires.

a) L'acte doit indiquer, sans ambiguïté, que le cautionnement s'applique aux intérêts applicables au principal cautionné ; à défaut, cet engagement doit résulter clairement de la mention manuscrite, mais une formule manuscrite de cautionnement illimité pourra être considérée comme incluant les intérêts sans autre précision.

Le montant du taux conventionnel doit être précisé, sauf si la caution peut être présumée en avoir eu connaissance, par exemple à raison des fonctions occupées par elle dans la société cautionnée.

b) Lorsque la caution garantit un compte courant bancaire, le solde du principal exigible doit être déterminé avec précision et les intérêts conventionnels ne peuvent être dus que jusqu'à la date de la clôture du compte ; au-delà, sauf convention contraire, ne sont dus que les intérêts au taux légal.

c) si le cautionnement comporte un plafond incluant les intérêts et accessoires, la caution au-delà du plafond est redevable des intérêts au taux légal (article 1153 ancien- 1231-6 nouveau C.civ.) applicables à ce plafond et à compter de sa mise en demeure.

N 112 Les obligations au bénéfice de la caution

N 112-1 L'obligation de mise en garde

Le bénéficiaire de la caution (le créancier cautionné) a l'obligation de contracter de bonne foi, d'où il résulte un devoir de mise en garde. Cependant cette obligation n'est pas la même selon que la caution est « avertie » ou non (cf. J 952).

La Cour de cassation adopte une approche subjective pour déterminer si la caution est avertie ou non averti (profane). Il faut préciser les compétences qui justifient ce qualificatif. La seule qualité de dirigeant n'emporte pas la qualification « d'averti » (Cass. Com. 9 juillet 2013 – n°12-20387) ; il faut aussi qu'il ait une compétence dans l'activité concernée, ou une ancienneté dans sa direction (Cass. Com. 11 avril 2012 – n°10-25904 ; 13 nov. 2012-n°11-24178 ; 13 septembre 2017 n°15-20294).

Si la caution est non avertie et que l'engagement est « manifestement disproportionné » à ses capacités, le juge peut, sur le fondement de la violation de l'obligation de mise en garde, lui octroyer des dommages et intérêts qui viendront se compenser avec son obligation de cautionnement. Ces dommages et intérêts déterminés au regard de l'ampleur de la violation de l'obligation de mise en garde, peuvent aller jusqu'à annuler en pratique l'engagement de cautionnement (cf. N 116-4).

L'obligation de mise en garde de la caution non avertie s'étend également au « risque de l'endettement » pris par la société cautionnée (Cass. Civ. 1, 14 octobre 2015, n°14-14. 531 ; Cass. Com. 23 septembre 2014, n°13-18827).

Si la caution est avertie, l'obligation de mise en garde n'existe que si « la caution démontre que la banque aurait eu sur ses revenus, son patrimoine et ses facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en l'état du succès escompté de l'opération entreprise par la société, des informations que la caution aurait ignorée » (Cass. Com. 8 octobre 2002 ; n° 99-18619) ; cette démonstration est généralement impossible.

N 112-2 Obligations d'information

Plusieurs obligations d'information (cf. J 951) pèsent sur les créanciers bénéficiaires d'un cautionnement :

Le créancier, quel qu'il soit, doit informer la caution personne physique :

-en cas de cautionnement indéfini (art. 2293. C. civ.) : au moins annuellement de l'évolution du montant de la créance garantie et de ses accessoires, sous peine de déchéance de tous les accessoires de la dette (intérêts, frais et pénalités) ;

-en cas de cautionnement de la dette professionnelle d'une entreprise (personnelle ou en société) : de la défaillance du débiteur dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de cet incident ; à défaut, la caution ne sera pas tenue au paiement des pénalités et intérêts de retard échus entre la date de ce premier incident et celle à laquelle elle a été informée (art. 47 II al. 3 de la loi du 11 février 1994).

Les créanciers professionnels et les établissements financiers ont des obligations plus précises à l'égard des cautions personnes physiques :

-le créancier professionnel (art. L333-2 C. cons.) et l'établissement financier (art 313-22 CMF) doivent avant le 31 mars de chaque année faire connaître à la caution le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation bénéficiant de la caution, ainsi que le terme de cet engagement. Si l'engagement est à durée indéterminée, ils doivent rappeler la faculté de révocation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci est exercée. La sanction de l'absence d'information est la déchéance du droit aux intérêts conventionnels. Les paiements effectués par le débiteur principal sont réputés, dans les rapports entre la caution et l'établissement, affectés prioritairement au règlement du principal de la dette.

-Cette même obligation d'information pèse sur un établissement ou une société de financement bénéficiaire de la caution d'une personne physique ou morale (art 313-22 CMF).

Pour un compte courant, le montant des intérêts restant à courir n'est pas déterminable. La Cour de cassation a admis que l'information se limite au montant de l'autorisation de découvert, au solde du compte arrêté au 31 décembre de l'année précédente et au taux de l'intérêt applicable à cette date (Cass. Com. , 10 janvier 2012, n°10-25. 586) .

La déchéance des intérêts encourue en cas de manquement à l'obligation légale d'information de la caution s'applique même lorsque ceux-ci ont été inscrits en compte courant, peu important la position du compte pendant la période au cours de laquelle l'obligation n'a pas été respectée (Cass. Com.-28 janvier 2004-n°00-11559).

Si la déchéance des intérêts est encourue, et que les éléments du dossier ne permettent pas de faire le calcul du montant des intérêts payés à réimputer au capital, le juge doit enjoindre à l'établissement de crédit de procéder à ce calcul. Dans tous les cas où le calcul ne résulte pas immédiatement de la lecture du dossier, le résultat doit être soumis à la contradiction. Si l'information annuelle n'a été donnée que sporadiquement, un calcul détaillé est nécessaire.

L'information est un fait juridique, qui peut être prouvé par tout moyen. Pendant longtemps, la Cour de cassation admettait que la présentation des copies des lettres d'information constituaitune preuve suffisante de leu envoi. La Cour de cassation a opéré un revirement par deux arrêts (Cass. Com. 9 février 2016 – n°14-22179 et Cass. Civ. 3 décembre 2015 –n°14-24317). Dorénavant, «la seule production de la copie d'une lettre ne suffit pas à justifier de son envoi » ; elle doit être complétée par d'autres éléments de l'espèce.

Le créancier n'a pas à prouver que l'information a été reçue, mais seulement qu'elle a été envoyée (Cass. Civ. 1, 2 oct. 2002, n°01-03921). Cependant le créancier doit prouver, et le juge doit vérifier, que le document adressé à la caution contenait bien les informations exigées (Cass. Com. 17 oct. 2000- n°97-18746). Ce document n'est soumis à aucune condition de forme – ce peut être une mise en demeure ou l'assignation – mais le juge doit vérifier qu'il contient bien les mentions exigées (Cass. Com. 25 avr. 2001 - n°97-12861).

L'obligation d'information doit être exécutée annuellement jusqu'à extinction de la dette (Cass. Civ. 16 nov. 2001 - n° 99-15506) et même si un jugement ayant condamné la caution a acquis force de chose jugée (Cass. Chambre mixte-17 novembre 2006-n°04-12863).

N 113 Modes d'extinction du cautionnement

Le cautionnement s'éteint :

-par l'extinction de l'obligation garantie,

-par l'arrivée de son terme s'il est à durée déterminée,

-par la révocation s'il est à durée indéterminée.

Un acte de cautionnement à durée indéterminée reste valable tant qu'il n'a pas été formellement dénoncé. C'est ainsi que :

-la signature d'un nouvel acte de cautionnement n'entraîne pas l'annulation d'un acte de cautionnement antérieur ; ainsi, les montants cautionnés s'ajoutent s'il n'en est pas autrement disposé ;

-un chef d'entreprise qui s'est porté caution personnelle reste tenu tant qu'il n'a pas dénoncé son engagement, même s'il a entre-temps vendu son entreprise : une clause de l'acte de vente qui préciserait que, du fait de la reprise par l'acquéreur des cautionnements donnés par le vendeur ce dernier est libéré de ses engagements, est donc inopposable au créancier.

Lorsque l'engagement de caution cesse, par dénonciation s'il est à durée indéterminée ou par survenance du terme, la caution reste tenue de toutes les dettes antérieures à la cessation de l'engagement : l'« obligation de couverture » cesse ; mais l'« obligation de règlement » perdure.

En cas d'absorption de la société cautionnée, l'obligation de la caution qui s'était engagée envers la société absorbée cesse, sauf si elle a expressément manifesté sa volonté de garantir les dettes nées postérieurement à l'absorption (position constante, notamment Cass. Com. 30 juin 2009, n°08-10719). En revanche, l'obligation de couverture des dettes antérieures demeure.

La caution, nonobstant toute clause contraire, est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier constitués avant ou en même temps que le cautionnement ne peut plus, par le fait du créancier, s'opérer en sa faveur (art. 2314 C. civ.). Mais si un créancier n'a pas déclaré sa créance à une procédure collective, la déchéance n'est pas encourue et la caution n'est déchargée de son obligation que si elle aurait pu tirer un avantage effectif du droit d'être admise dans les répartitions et dividendes, susceptible de lui être transmis par subrogation (Cass.Com. 12 juillet 2011, n°09-71113).

Le cautionnement étant un contrat accessoire, la prescription de l'obligation qui en découle (cinq ans) ne commence à courir que du jour où l'obligation principale est exigible (Cass.Com – 22 janvier 1979 ; n°77-12467). La déclaration de créance interrompt la prescription si la caution est solidaire. Si le débiteur est condamné (une admission de créance à une procédure collective ayant l'effet d'une condamnation), la prescription est reprise à partir de cette condamnation, et est celle applicable à l'exécution des jugements (dix ans).

N 114 Cautionnement commercial

Le cautionnement est par nature un acte civil mais le cautionnement est un acte de commerce si la dette principale est de nature commerciale, et si la caution agit dans l'exercice ou pour l'intérêt de ce commerce (Cass. Com. 12 mai 1998, n°95-15355) ; il est alors qualifié de commercial.

Le cautionnement est également un acte de commerce par accessoire s'il est souscrit par une personne même non commerçante qui est personnellement intéressée à la réalisation de l'opération commerciale qu'elle cautionne : un dirigeant social, par exemple a un intérêt personnel ou patrimonial dans la société cautionnée (« caution intéressée ») (Cass. Com. 5 octobre 1982, n°80-17.152). Tel peut même être le cas d'un cadre dirigeant, non mandataire social ; mais pas nécessairement d'un administrateur de société.

Pour qu'une caution soit considérée comme "intéressée", il faut qu'elle remplisse certaines conditions :

-elle doit avoir un intérêt patrimonial et non seulement moral à la réalisation de l'opération cautionnée ; ceci exclut parents, amis, relations d'affaire, associés non dirigeants, etc. ;

-alternativement, elle doit avoir une action directe et opérationnelle sur le déroulement de l'opération cautionnée avec pouvoir de décision.

Il en résulte que sont considérés comme commerciaux les cautionnements délivrés par :

-des commerçants garantissant les engagements d'une entreprise ;

-des personnes (commerçantes ou non) garantissant les engagements de la société qu'elles dirigent.

En revanche, n'est pas établi le caractère commercial des cautionnements délivrés par les conjoints des commerçants ou des dirigeants, même s'ils sont mariés sous un régime de communauté, sauf s'il est prouvé qu'ils prennent une part active à la gestion de l'entreprise.

N 115 Compétence juridictionnelle

Les tribunaux de commerce ne sont compétents que pour trancher les litiges se rapportant à des cautionnements commerciaux (c'est-à-dire qualifiables d'actes de commerce).

Une clause d'élection de compétence ne peut être appliquée qu'aux commerçants proprement dits (art. 48 C. P. C. pour la compétence territoriale). Le créancier ne peut donc s'en prévaloir en cas de cautionnement - même commercial- d'un non-commerçant : si le cautionnement est qualifiable d'acte de commerce, la caution n'en acquiert pas pour autant la qualité de commerçant.

En cas de pluralité de cautions :

-si la demande est divisible (absence de solidarité entre les deux cautions), le juge peut disjoindre le cas de la caution non commerciale et la renvoyer devant le tribunal de grande instance ;

-si la demande n'est pas divisible, il doit renvoyer la totalité de l'affaire devant le tribunal de grande instance (cf. C 215).

Le juge n'a pas à relever d'office son incompétence si la partie concernée ne le demande pas ; en revanche, il peut le faire si la partie concernée n'a pas comparu.

N 116 Cautionnement de créanciers professionnels par des personnes physiques

La loi dite Dutreil, codifiée aux articles « Cautionnement » du code de la consommation, s'applique aux engagements de caution donnés par des personnes physiques (commerçantes, dirigeantes ou non) au bénéfice de créanciers professionnels postérieurement au 5 février 2004.

Ce texte important n'a pas modifié les principes généraux du cautionnement rappelé ci-dessus, et notamment l'obligation de mise en garde selon que la caution est profane ou avertie, la résiliation du cautionnement, la prescription, etc. ; en particulier, le fait que la caution porte à la main qu'elle s'engage à rembourser le créancier en cas de défaillance du débiteur principal est sans effet sur le devoir de mise en garde d'une caution profane (Cass.Civ. 1 et 3 juin 2015-n°14-13126 et 14-17203). Il a en revanche précisé le formalisme applicable à l'engagement de caution, renforcé la sanction en cas de cautionnement disproportionné aux biens et revenus de la caution, et complété les obligations d'information. Ces dispositions sont codifiées aux articles L331-1 à L333-2 et L343-1 à L343-6 du code de la consommation.

N 116-1 Définition du créancier professionnel – champ d'application de la loi

La notion de créancier professionnel est vaste ; elle ne se limite pas aux établissements de crédit définis au code monétaire et financier.

En particulier, un vendeur professionnel qui accorde d'importantes facilités de paiement, s'apparentant à un crédit, est un créancier professionnel (Cass. Civ. 1. 10 mai 2005-n°03-14446).

D'une façon générale, un créancier professionnel s'entend de celui dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale (Cass. Civ 1-9 juillet 2009, n°08-15910).

Par exemple, des vendeurs de boissons, ou des minotiers, qui prêtent des fonds à des brasseries ou des boulangeries, en contrepartie d'une obligation d'achat pendant la durée du prêt, sont des créanciers professionnels.

La jurisprudence tend à considérer les opérateurs de location financière et les organismes de crédit-bail comme des créanciers professionnels.

N 116-2 L'engagement de la caution

Le cautionnement doit nécessairement être plafonné dans son montant, y compris les intérêts, pénalités et accessoires : les cautionnements « omnibus », ou « tous engagements » sans plafond de l'engagement ne sont pas possibles (art L331-1 C.cons.). En cas de solidarité, l'engagement correspondant doit également être limité à un montant global, expressément et contractuellement déterminé, incluant le principal, les intérêts, les frais et accessoires (art L331-2 C.cons.).

Le cautionnement doit en outre être consenti pour une durée limitée. Cette durée s'applique à l'obligation de couverture, les demandes de règlement par la caution pouvant être postérieures, mais portant sur les dettes nées dans la période de couverture (voir N113).

N 116-3 La mention manuscrite

L'engagement de la caution, et la renonciation au bénéfice de discussion (solidarité avec le débiteur principal) sont subordonnés à peine de nullité à un engagement manuscrit de la caution. Le texte en est prescrit aux articles L 331-1 et 331-2 du code de la consommation.

Les écarts éventuels entre la mention prescrite et celle reportée par la caution relèvent de l'appréciation souveraine du juge du fond. La Cour de cassation considère que des « erreurs matérielles » n'affectent pas la validité du cautionnement (Cass. Com. 5 avril 2011 – n° 10-16426 et 09-14358). Elle indique qu'il faut s'attacher à vérifier si des écarts « ont rendu la compréhension plus difficile pour la caution » et admet que la mention X en lieu et place du nom du débiteur principal n'affecte pas la validité (Cass. Com. 16 octobre 2012 – n°11-23623). De même l'absence de ponstuation (Cass.Com. 14 juin 2016 n° 15-11106). Cette mention manuscrite doit précéder la signature, et non la suivre, à peine de nullité (Cass. Com. 22 janvier 2013, n°11-22831 ; Cass. Com. 17 septembre 2013, n°12-13. 577). S'agissant des opérations de location financière ou de crédit-bail, il est admis que la formule « m'engage à rembourser au prêteur » soit remplacée par une formule adaptée à la situation ; en effet, le créancier dans ces opérations n'est pas un prêteur.

Pour un cautionnement solidaire, la mention manuscrite prévue à l'article L. 331-2 du code de la consommation, doit figurer faute de quoi le cautionnement ne sera pas nul, mais sera simple (Cass. Com. 10 mai 2012, n°11-17. 671 ; Cass. Com. 16 octobre 2012, n°11-23623)).

Les deux mentions manuscrites des articles 341-2 et-3 C.cons. peuvent être combinées et ne faire l'objet que d'une signature (Cass.Com. 16 octobre 2012-n°11-23623).

N 116-4 Disproportion

Selon l'article L332-1 du code de la consommation, « un créancier professionnel ne peut 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, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ».

Si la caution apporte la preuve de la disproportion manifeste « lors de sa conclusion », le créancier «ne peut se prévaloir de l'engagement de caution » (Cass.Com. 22 juin 2010, n°09-67814). Ce texte prévoit donc une solution brutale (« en tout ou rien »).

En cas de disproportion à la signature du cautionnement, l'engagement n'est cependant pas nul et le créancier peut l'invoquer (avant le délai de prescription…) s'il apporte la preuve que le patrimoine de la caution « au moment où celle-ci est appelée » lui « permet de faire face à son obligation » (Cass. Com. 1 avril 2014, n°13-11. 313 ; Cass. Civ.1 ; 10 septembre 2014, n°12-28977).

On doit donc distinguer (a) la vérification de l'absence de « disproportion manifeste » de l'engagement aux biens et revenus à la date de sa conclusion de (b) la possible demande du créancier alléguant l'existence d'un patrimoine de la caution suffisant pour faire face à ses obligations à la date de son appel.

a)Appréciation de la disproportion manifeste aux biens et revenus au moment de l'engagement de caution

Il appartient à la caution qui prétend échapper à son engagement de prouver la disproportion manifeste et non au créancier de prouver la non disproportion (Cass. Com. 22 janv. 2013 – n°11-25377 et 11-17954 ; Cass. Civ. 17 avr. 1999 ; n°97-12828). La banque n'a pas l'obligation de vérifier la situation financière de la caution lors de son engagement (Cass.Com. 13 septembre 2017 n°15-20294). De fait les banques demandent généralement à la caution une fiche de renseignement sur ses biens et revenus comme sur ses autres engagements à la date de signature du cautionnement. Ces déclarations sont opposables à la caution car « le créancier, en l'absence d'anomalies apparentes, n'a pas à vérifier l'exactitude des déclarations de la caution » (Cass. Com. 14 décembre 2010-n°09-69807 ; Cass. Com 10 mars 2015 ; n°13-15867 ; Cass.Com. 20 avril 2017 ; n°15-16184).

Il n'y a aucune jurisprudence uniformisée pour l'appréciation effective de la disproportion aux biens et revenus, disproportion qui doit être manifeste.

Les biens à retenir sont ceux existants à la période de la souscription de l'engagement, à leur valeur (généralement celle déclarée) nette des dettes y afférentes, même si ce patrimoine a diminué à la date de l'appel de la caution ou du jugement. Si le crédit cautionné a servi à l'acquisition d'un fonds de commerce ou de parts sociales, la valeur de ce fonds ou de ces parts doit être prise en compte, mais seulement pour la valeur nette (c'est-à-dire diminuée du montant des emprunts souscrits pour l'acquérir).

Il faut tenir compte de tous les engagements de caution antérieurs ou concomitants, même si leur mise en œuvre n'est qu'éventuelle et même s'il(s) (ont) a ensuite été privé(s) d'effet car disproportionné(s) (on se place en effet à la date de l'engagement). En revanche, il n'est pas tenu compte des engagements postérieurs (Cass. Com. 3 novembre 2015 n°14-26051 et 15-21769). La caution qui n'a pas déclaré ses engagements antérieurs auprès d'un autre établissement, ne peut plus s'en prévaloir, puisque le créancier, en l'absence d'anomalies apparentes, n'a pas à vérifier l'exactitude des déclarations du créancier.

Au cas où le montant de ces engagements serait supérieur à la valeur des biens, la part du montant excédant la valeur des biens doit ensuite être comparée aux revenus perçus, non pas à la date précise de la

signature de l'engagement mais au cours de la période. S'agissant des revenus, la Cour de cassation (Cass. Com. 4 juin 2013 –n°12-18216 et 12-15518 ; Cass. Civ.1-3 juin 2015 –n°14-13126/14-17203) a jugé que : « la proportionnalité de l'engagement de caution ne peut être appréciée au regard des revenus escomptés de l'opération garantie ». Les revenus escomptés de cette activité ne peuvent être pris en compte ; il pourrait peut-être en être autrement si ces revenus déclarés tirés de l'activité garantie étaient déjà perçus depuis un certain temps avant la signature de l'engagement (garantissant par exemple un financement complémentaire).

Si le cautionnement porte sur une dette unique (découvert de compte courant), le juge peut procéder à son estimation en considérant que cette dette serait payée en vingt-quatre mensualités.

La référence aux usages bancaires de ne pas octroyer de crédit dont la charge mensuelle de remboursement serait supérieure à 33% du revenu ne peut être qu'une première indication, sans signification pour les revenus relativement importants ou très faibles.

A noter : en cas de pluralité de cautions solidaires entre elles, il faut faire une analyse pour chacune des cautions au regard de son engagement total (Cass. Com. 22 mai 2013-n°11-24812).

b)Patrimoine suffisant au moment où la caution est appelée

C'est au créancier qui prétend bénéficier de cette clause de démontrer que la caution dispose d'un patrimoine suffisant pour faire face à son obligation (Cass. Com. 1er avril 2014 – n°13-11313). L'évaluation doit se faire à la date de l'assignation (Cass. Com . 1er mars 2016-n°14-16402). Si le débiteur se trouve en procédures collectives, l'évaluation est différée (voir N 117 – b).

Le créancier peut avoir besoin d'éléments dont seule la caution dispose. Cette dernière est tenue d'apporter son concours et devra fournir ces éléments, le juge pouvant, éventuellement sous astreinte, le lui ordonner (art. 11 CPC).

N 116-5 Information de la caution

L'obligation d'information annuelle de la caution (article L332-2 code consommation) est la même que celle de l'article L313-22 du code monétaire et financier (voir N 112-2). Il s'y ajoute l'obligation d'informer la caution dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement. Si le créancier ne se conforme pas à cette obligation, la caution ne saurait être tenue au paiement des pénalités ou intérêts de retards échus entre la date de ce premier incident et celle à laquelle elle en a été informée. La preuve de cette information obéit au même régime que celui définit à l'article N 112-2.

N 117 Cautionnement et procédures collectives

L'ouverture d'une procédure collective (RJ, SV, LJ) se traduit par une suspension de l'instance en cours jusqu'à ce que le créancier ait déclaré sa créance et que les organes de la procédure aient été appelés.

Effets de la déclaration de créances :

L'admission définitive d'une créance au passif d'une procédure collective s'impose à la caution (Cass.Com. 13 décembre 2016-n°14-16037).

En l'absence de déclaration de créances par le créancier, les créances sont inopposables au débiteur pendant l'exécution du plan (SV et RJ) et après l'exécution du plan si les engagements ont été tenus. Elles sont également inopposables aux cautions personnes physiques pendant l'exécution du plan (L 622-26).

La créance non déclarée et non relevée de forclusion n'est pas éteinte et la caution n'est donc pas libérée à l'égard du créancier forclos (L. 622-26 2ème al.).

Exigibilité des créances non échues

Le jugement d'ouverture d'une *sauvegarde ou d'un redressement judiciaire* ne rend pas exigibles les créances non échues à la date du prononcé (L. 622-29). La caution ne peut donc être appelée, :

-s'il s'agit *d'un redressement*, qu'après le jugement adoptant le plan (les délais et remises d'un plan de redressement ne bénéficient pas à la caution -L. 631-20).

Le créancier peut toutefois prendre des mesures conservatoires : saisie conservatoire, hypothèque ou nantissement judiciaire provisoire (L 622-28-al. 3), mais le juge du fond, qui doit alors être saisi d'une demande de condamnation dans un délai d'un mois, doit surseoir à statuer jusqu'à ce qu'ait été arrêté un plan de redressement ou prononcée la liquidation judiciaire. L'instance sera alors reprise à la diligence du créancier.

-s'il s'agit *d'une sauvegarde* : après la défaillance du débiteur principal (Cass. Com-1er mars 2016-n°14-16402), puisque la caution personne physique bénéficie des délais et remises d'un plan de sauvegarde (L. 626-11).

Les cautions personnes morales, en procédure collective, ne peuvent se prévaloir d'aucune des mesures bénéficiant aux personnes physiques.

Le jugement de *liquidation* rend exigibles les créances non échues ; en cas de poursuite d'activité en vue d'une cession, la date d'exigibilité est reportée à la date du jugement statuant sur la cession ou à la date à laquelle prend fin le maintien de l'activité. La caution peut, sauf clause contraire de l'acte de cautionnement stipulant une exigibilité totale et immédiate en cas de liquidation, se prévaloir du terme d'origine de la créance si elle s'acquitte ponctuellement des échéances exigibles.

Cours des intérêts

En sauvegarde, la caution personne physique bénéficie, comme le débiteur principal, de la suspension du cours des intérêts applicable aux prêts d'une durée inférieure à un an (art. L 622-28).

En revanche, s'il y a redressement judiciaire, la suspension du cours des intérêts ne bénéficie pas à la caution (art. L 633-14).

Sort des cautions en cas de clôture pour insuffisance d'actif

Après le jugement de clôture d'une liquidation pour insuffisance d'actif, la caution qui a payé à la place du débiteur retrouve le droit de le poursuivre.

<table>
<tr><td></td><td>Action en paiement contre les cautions personnes physiques</td><td>Remises et délais bénéficiant au débiteur principal</td></tr>
<tr><td>Sauvegarde, sauvegarde accélérée, et sauvegarde financière accélérée</td><td>Action impossible, y compris après le jugement arrêtant le plan de sauvegarde si ce plan est exécuté</td><td>Les remises et délais consentis au débiteur profitent à la caution personne physique : elle bénéficie des dispositions du plan (L. 626-11)</td></tr>
<tr><td rowspan="2">En cas de redressement judiciaire</td><td>Action impossible pendant la période d'observation. (L. 622-28 al. 2 – renvoi de L. 631-14)</td><td></td></tr>
<tr><td>Action possible après le jugement arrêtant le plan de redressement ou de cession (L. 622-28 al. 2)</td><td>Les remises et les délais consentis ne profitent pas à la caution (L. 631-20)</td></tr>
<tr><td colspan="3">Mesures conservatoires : En SV et RJ, les créanciers bénéficiaires de cautions peuvent prendre des mesures conservatoires (L. 622-28 al. 3), telles que saisie, hypothèque ou nantissement judiciaire provisoire ;le juge ne pourra les rendre définitives qu'après l'arrêté d'un plan ou la conversion en LJ</td></tr>
<tr><td>En cas de liquidation judiciaire</td><td colspan="2">Si la déchéance du terme n'est pas déjà intervenue avant l'ouverture de la procédure, elle intervient au prononcé de la liquidation. Le solde du compte courant devient exigible (Cass.Com. 13 décembre 2016-n°14-16037). S'il y a une autorisation de poursuite d'exploitation, elle intervient lors du jugement statuant sur la cession de l'entreprise ou à défaut à la date de la fin du maintien d'activité (L. 643-1).
L'action contre la caution peut être reprise à la première de ces dates.</td></tr>
<tr><td>Rétablissement professionnel</td><td colspan="2">La clôture de la procédure entraîne l'effacement des dettes des créanciers mentionnées dans le jugement, les cautions ne peuvent donc être poursuivies postérieurement (L. 645-11).
Les cautions, qui ont payé à la place du débiteur, ont un droit de poursuite (L. 643-11 II par renvoi L. 645-11)</td></tr>
</table>

CAUTIONNEMENT SOLIDAIRE

Si la caution reconnaît la dette et n'avance aucun moyen de défense, se limitant à solliciter des délais de paiement, le tribunal de commerce saisi peut accueillir la demande en accordant des délais en tenant compte de la situation du débiteur et des besoins du créancier (art. 1244-1 CPC). La demande peut être formulée par écrit, sans que le demandeur ait à se présenter à l'audience (art. 861-2 CPC).

Dans les autres cas, les moyens du défendeur quand il comparaît et le bien-fondé de la demande s'il n'a jamais comparu (art 472 CPC) s'apprécient comme suit :

TC = tribunal de commerce

TGI = tribunal de grande instance

I – JURIDICTIONS COMPÉTENTES	ATTITUDE DU DÉFENDEUR	
	Comparaît et soulève l'exception	Comparaît et ne soulève pas l'exception
1.-Sans clause attributive de compétence au tribunal de commerce saisi : Si la caution est : -commerçante -non commerçante : cautionnement commercial (dirigeant, associé gestionnaire) cautionnement non commercial (autres cas)	 TC domicile TC domicile TGI domicile	 TC saisi TC saisi TC saisi
2.-Avec clause attributive de compétence au tribunal de commerce saisi : Si la caution est : -commerçante -non commerçante : cautionnement commercial (dirigeant, associé gestionnaire) cautionnement non commercial (autres cas)	 TC saisi TC domicile TGI domicile	 TC saisi TC saisi TC saisi
3-Caution non comparante : incompétence peut être relevée d'office (art. 92 du CPC)	Non comparant	
Décision conseillée : si assignée à personne ou suivant art. 659CPC sinon : relever d'office l'incompétence	 TC saisi TC ou TGI domicile	

II--MENTIONS MANUSCRITES DEVANT PRÉCÉDER LA SIGNATURE DE LA CAUTION

Personne physique commerçante ou non au profit d'un créancier professionnel :

-*Caution simple* (L331-1 code cons.) : "En me portant caution de X. . . , dans la limite de la somme de. . . couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de . . . , je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X. . . n'y satisfait pas lui-même. "

-*Solidarité* (L331-2 code cons.) : "En renonçant au bénéfice de discussion défini à l'article 2298 du code civil et en m'obligeant solidairement avec X. . . , je m'engage à rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement X. . . ".

*Personne physique au profit d'un créancier non professionnel (*droit commun)

-Commerçant pour les besoins de son activité : aucune mention s'il est prouvé que le signataire avait parfaite connaissance qu'il se portait caution pour la somme mentionnée dans l'acte

-Non commerçant ayant ou non fait acte de commerce- : «Bon pour caution (éventuellement solidaire) + montant en lettres et chiffres » (art. 1326 et 2292 C. civ.)

Personne morale au profit de tout créancier :

-Commerçante : aucune mention s'il est prouvé que le signataire avait parfaite connaissance qu'il se portait caution pour la somme mentionnée dans l'acte

-Non commerçante :«Bon pour caution (éventuellement solidaire) » + montant en lettres et chiffres (art. 1326 et 2292 C. civ.)

III – ETENDUE DU CAUTIONNEMENT	SOMMES DUES
1 – Principal -cautionnement soumis à l'article L331-1 du code de la consommation -autre cautionnement	Montant manuscrit en lettres et chiffres Montant porté dans l'acte
2-Intérêts, frais et accessoires -cautionnement soumis à l'article L331-1 du code de la consommation -autre cautionnement	Le plafond comprend le principal, les frais et les accessoires Le plafond ne s'applique en général qu'au principal
3-Intérêts après clôture d'un compte courant, -stipulés par convention de compte courant comme dus après clôture -non stipulés	Intérêt conventionnel à compter de la date de clôture ITL
4-Exigibilité anticipée Cette clause est un accessoire ; la caution peut être actionnée si elle s'est engagée pour les accessoires	Oui,en général
5-Sanction de l'absence d'information d'une caution personne physique : -pas d'information annuelle :	Perte des intérêts, frais et pénalités échus entre la précédente information et la nouvelle, et imputation des paiements du débiteur principal sur le capital -si cautionnement indéfini (art. 2293 al. 2 C. civ.) -ou si créancier professionnel (art. L 341-6 C. cons)
-si pas d'information dans le mois de l'incident de paiement, ou si faculté de révocation non rappelée avec l'information annuelle	Perte des intérêts depuis date de l'incident jusqu'à celle de l'information si créancier professionnel (art. L 341-6 C. cons)
Autres sanctions (par exemple, dommages-intérêts)	NON
6-Preuve de l'accomplissement de l'obligation d'information	La preuve de l'envoi peut se faire par tout moyen. La preuve de la réception n'est pas requise

IV-NULLITÉ DU CAUTIONNEMENT

1-Pour défaut d'une des conditions de validité (consentement, capacité et pouvoir, objet) du droit commun des contrats, ou pour obligation principale non valable Particularité du dol : dol de la caution par le débiteur dol de la caution par le bénéficiaire du cautionnement	OUI NON, non opposable au créancier OUI
2-Pour défaut de la mention manuscrite exigée par les articles L 331-1 et L 331-2 du code de la consommation (cf. ci-dessus § II-1) toute caution (commerciale ou non) personne physique et créancier professionnel	OUI, mais nullité limitée à la solidarité si seule manque la mention de l'article L 331-2
3-Pour défaut d'indication d'un plafond à une stipulation de solidarité	Nullité limitée à clause de solidarité (art. 331-3 C. cons.)

V – CADUCITÉ OU EXTINCTION A TITRE PRINCIPAL

1 – Caducité ou extinction dirigeant de droit qui cède ses intérêts et/ou quitte ses fonctions …… conjoint à la suite d'un divorce	NON
2-Nullité pour les mêmes causes de droit commun que les autres obligations (cf. ci-dessus IV)	OUI
3 – Caution disproportionnée aux biens et revenus lorsqu'elle a été souscrite au bénéfice d'un créancier professionnel	Le créancier ne peut se prévaloir du cautionnement sauf si, lorsque la caution est appelée, les biens permettent de faire face à l'engagement
3 – Révocation du cautionnement pour un cautionnement de durée déterminée pour un cautionnement de durée indéterminée	 NON OUI, mais la caution reste tenue pour les dettes nées avant la révocation
4 – Décharge de la caution, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier constitués avant ou en même temps que le cautionnement ne peut plus, par le fait du créancier, s'opérer en faveur de la caution	OUI (art. 2314 C. civ.) nonobstant toute clause contraire. Mais le créancier n'encoure pas la décharge s'il peut montrer que la subrogation aurait été inefficace (par exemple : liquidation avec un passif insuffisant,)
5 – Particularités -s'il y a plusieurs cautions solidaires, la remise de dette consentie à une caution bénéficie dans la même mesure aux autres cautions lorsque le créancier n'a pas expressément réservé ses droits contre ces dernières -dans ce dernier cas, les cautions subsistantes ne peuvent plus être poursuivies que déduction faite de la part de celle à laquelle la remise a été accordée -la prescription du cautionnement ne commence à courir que du jour où l'obligation principale est devenue exigible	 OUI (art. 1285 al. 1 C. civ.) OUI (art. 1285 al. 2 C. civ.) OUI, mais la déclaration de créance interrompt la prescription, et l'admission de la créance à une procédure collective fait courir un nouveau délai de prescription de dix ans
6 – Cautionnement d'un compte courant -à l'arrivée du terme (cautionnement à durée déterminée) ou lors de la révocation (durée indéterminée), la caution est tenue de la position débitrice à ces dates diminuée des remises ultérieures sauf engagement contraire -les héritiers d'une caution répondent des dettes nées après le décès -la prescription ne court qu'à compter de la clôture du compte	 OUI NON OUI

VI – DISPARITION PAR EXTINCTION DE L'OBLIGATION GARANTIE

-L'extinction de l'obligation garantie entraîne de plein droit celle du cautionnement	OUI
-le juge peut relever d'office la prescription	NON
-la caution solidaire peut opposer toutes les exceptions appartenant au débiteur principal telles que : remise de dette, transaction, prolongation de délai (volontaire, légale ou judiciaire), contestation relative aux intérêts (ex. TEG non indiqué par écrit)	OUI, mais si la créance a été admise à une liquidation, la caution ne peut plus faire valoir que des exceptions qui lui soient personnelles ; elle ne peut plus faire valoir celles qui appartenaient au débiteur
-scission de la société débitrice principale ou fusion-absorption par une société tierce : la caution est tenue des dettes nouvelles postérieures à l'opération.	NON
-décès de la caution : les héritiers sont tenus des dettes nées après le décès .	NON

VII-CAUTIONNEMENT ET PROCÉDURE COLLECTIVE DU DÉBITEUR PRINCIPAL

1 – Déclaration, vérification et admission de la créance principale

La caution solidaire peut-elle être mise en cause dès que la procédure collective est ouverte ?	NON, si sauvegarde ou redressement : le jugement d'ouverture suspend toute action contre la caution, jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation (art. L 622-28) OUI si liquidation, et que la dette est antérieure au jugement de liquidation ; l'ouverture de la procédure par elle-même ne rend pas exigible la caution
Lorsque le plan a été arrêté, la caution non régulièrement déclarée peut-elle être mobilisée ?	NON si sauvegarde (art. L622-26) OUI si redressement, mais uniquement pour des échéances impayées (art. L631-14)
La caution peut-elle bénéficier des délais et remises accordées au débiteur ?	OUI si conciliation ou sauvegarde (art. L611-10-2 et L626-11) NON si redressement (art. L631-20)
La caution peut-elle se prévaloir de la suspension du cours des intérêts dont bénéficie le débiteur pour des crédits inférieurs à un an ?	OUI si sauvegarde (art. L622-28) NON si redressement judiciaire (art. L631-14)
La caution solidaire peut discuter une créance définitivement admise	NON

2 – Actions engagées contre la caution

Pendant la période d'observation : -le créancier peut prendre des mesures conservatoires -une assignation contre la caution est recevable -le tribunal saisi doit surseoir à statuer	 OUI OUI OUI
A la fin de la période d'observation, l'action suspendue est reprise	OUI

3-Exigibilité anticipée d'une dette payable à terme

Lorsqu'une clause de déchéance du terme est prévue dans l'acte de cautionnement, le tribunal peut condamner la caution : -pendant la période d'observation	NON
-après l'arrêt d'un plan de redressement (cession ou continuation), ou après prononcé de la liquidation : *à payer immédiatement la totalité	NON, sauf si elle ne s'acquitte pas d'une échéance exigible
*à payer aux échéances primitivement convenues	OUI

4-Clôture pour insuffisance d'actif

La caution peut être actionnée après clôture la caution qui a payé peut poursuivre le débiteur	OUI, la créance n'est pas éteinte OUI (article L643-11 §II)

N 120 GARANTIE AUTONOME A PREMIERE DEMANDE

N 121 Le mécanisme de la garantie à première demande

La garantie autonome a été initialement créée pour les besoins du commerce et des projets internationaux. Elle est qualifiée dans le langage courant « garantie à première demande », et fait l'objet des règles RUGD 758 du 1erjuillet2010 de la Chambre de Commerce Internationale (CCI). Ces règles font autorité en la matière et il y a lieu de s'y reporter en cas de besoin.

La garantie autonome est une convention dont le mécanisme a été reconnu par la jurisprudence en 1982 (Cass. Com. 20 décembre 1982 ; n°81-12579) et par le code civil qui la définit à son article 2321 : « La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues (par exemple, la présentation de documents : « crédit documentaire » J632). Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie.

Comme le cautionnement, la garantie autonome est une sûreté personnelle ; mais au contraire du cautionnement, elle constitue un engagement indépendant du contrat de base ; elle n'en est pas l'accessoire. En conséquence, le garant ne peut se prévaloir des exceptions tirées de ce contrat.

N 122 La garantie autonome dans les contrats internationaux

Dans la pratique internationale, les garanties les plus fréquentes sont :

-la garantie de soumission (bid bond), qui garantit contre la rupture des négociations ; elle ne porte généralement que sur une fraction du contrat à venir ;

-la garantie de restitution d'acompte ;

-la garantie de bonne fin.

Le mécanisme suivant est généralement mis en œuvre pour les garanties internationales : le débiteur de la prestation (le vendeur) est qualifié de « donneur d'ordre », car c'est lui qui donne au garant les instructions nécessaires à la mise en place de la garantie. Le créancier de l'obligation (l'acheteur) est désigné comme le «bénéficiaire de la garantie ». La garantie est généralement donnée par une banque de premier rang du pays de l'acheteur ; cette banque est « le garant ». Elle ne s'engage que si elle bénéficie d'une « contre-garantie », également autonome, d'une banque du pays du fournisseur ; ce contre-garant est lui-même garanti par le donneur d'ordre. Si la garantie est appelée, le donneur d'ordre se voit alors tenu de rembourser la banque : c'est donc lui qui supporte le risque.

Dans la pratique, garants et contre-garants sont toujours des banques, même si rien n'en fait l'obligation.

Les garanties mentionnent généralement « a) le donneur d'ordre, b) le bénéficiaire, c) le garant, d) la transaction de base, cause de l'émission de la garantie(mais il doit être clair que la garantie est autonome), e) le montant maximum payable et la monnaie de paiement, f) la date d'expiration et/ou le fait entraînant l'expiration de la garantie, g) les conditions de la demande de paiement, h) toute disposition visant à la réduction du montant de la garantie ».

Exemple :

Un investisseur du Qatar, désireux de faire construire une usine clés en mains, passe un marché avec un entrepreneur français qui s'engage à construire ladite usine. Afin de garantir l'exécution des travaux, l'investisseur demande à l'entrepreneur de lui fournir un engagement de garantie autonome à première demande à hauteur de x millions de rials émis par une banque du Qatar ; il impose les termes de la garantie.

L'entrepreneur s'adresse à sa banque française, la B. M. M., qui demande à la Banque Commerciale du Qatar (B. C. Q.) d'émettre une lettre de garantie autonome à première demande en faveur de l'investisseur à hauteur de x millions de rials, la B. M. M. contre-garantissant la B. C. Q.

Bien entendu, l'entrepreneur prend l'engagement de payer la B. M. M. au cas où celle-ci aurait désintéressé la B. C. Q., elle-même ayant été préalablement appelée à payer à l'investisseur, sur requête directe de celui-ci, le montant de la garantie.

La garantie autonome ne relève que de l'accord des parties et donc des conditions générales de formation et exécution des contrats.

La loi applicable aux garanties autonomes internationales peut être déterminée par les parties ; elle est sans lien avec la loi applicable à l'obligation principale. Faute de détermination par les parties d'une loi applicable, c'est généralement celle du pays avec lequel le contrat de garantie présente les liens les plus étroits, qui est en général le pays du garant et du bénéficiaire.

Généralement, le garant est tenu de payer sur simple demande moyennant présentation des documents prévus dans la garantie (souvent une simple déclaration du bénéficiaire). La banque doit payer dans les cinq jours (sauf prorogation dans des conditions répondant aux stipulations des RUGD 758).

N 123 La garantie autonome dans l'ordre interne

Le mécanisme de la garantie à première demande trouve à s'appliquer dans l'ordre interne :

-il y est fait explicitement référence à l'article 102 du code des marchés publics ;

-une garantie autonome peut être offerte en lieu et place d'un dépôt de garantie dans les baux d'habitation (art. 22-1-1de la loi 89-462 du 6 juillet 1989) en restant dans les limites fixées au dépôt de garantie, ou dans les baux commerciaux ;

-le mécanisme des garanties autonomes est utilisé dans certaines transactions immobilières

-les garanties données aux agents professionnels qui détiennent des fonds de leurs clients (agences immobilières, de voyage, syndic de copropriété, etc.) ont été qualifiées d'autonomes (Cass. Ass. Plén. 4 juin 1999 ; n°96-18094) ; les bénéficiaires sont ainsi dispensés de déclarer leurs créances ;

Cependant, la garantie autonome est explicitement exclue en matière de crédit immobilier ou à la consommation (Art. L. 314-19 du code de la consommation) : seul le cautionnement est admis.

N 124 Les litiges en matière de garantie à première demande

Les principaux litiges relatifs aux garanties autonomes concernent :

-les exceptions inhérentes au contrat de garantie

-la qualification de la garantie

-les appels en garantie abusifs ou frauduleux

N 124-1 Les exceptions inhérentes au contrat de garantie

La garantie peut être reconnue comme nulle pour tous les cas de vice de consentement, et notamment le dol : les relations internationales accueillent difficilement de telles exceptions.

En revanche, en droit interne, les obligations de conseil ou mise en garde peuvent être invoquées ; le juge tient compte de la compétence et des connaissances du donneur d'ordre pour, le cas échéant, allouer des dommages et intérêts.

N 124-2 La qualification de la garantie : s'agit-il vraiment d'une garantie autonome ?

La Cour de cassation (Cass. Com. 13 décembre 1994 – n°92-12626) a établi un principe clair pour distinguer la garantie autonome du cautionnement. Un engagement qui se qualifiait d'autonome et « "garantissait à la banque le "remboursement de sa créance envers M. Y". . . et par lequel elle s'engageait à régler " toutes les sommes dues par le débiteur » n'est pas un engagement autonome mais un cautionnement. En effet l'obligation garantie n'est pas autonome (une somme d'argent prédéfinie), mais elle est définie par l'obligation principale.

En revanche, l'engagement de payer, dans la limite d'un montant, toute somme réclamée par le bénéficiaire sans pouvoir différer le paiement ni soulever d'exception consiste en une garantie autonome.

Une simple référence au contrat de base ne modifie pas le caractère autonome de la garantie.

En cas de doute sur la nature de l'engagement, le juge des référés peut faire interdiction temporaire au garant de payer jusqu'à ce que le juge du fond rende une décision exécutoire.

N 124-3 Les appels abusifs ou frauduleux

L'appel est abusif

-si les conditions d'appel de la garantie autonome ne sont pas strictement respectées : appel prématuré ou tardif (les garanties autonomes ont un terme déterminé ou déterminable : à compter de . . , au plus tard le…), les procédures contractuelles de notification de l'appel ne sont pas respectées, etc.

-si le donneur d'ordre a satisfait à ses obligations et établit qu'il ne doit rien au titre du contrat de base

L'appel est frauduleux :

-si la garantie est appelée par le bénéficiaire qui est sans droit pour le faire

-si la garantie est appelée pour autre chose que le règlement d'une obligation rattachée au contrat de base, par exemple un appel de garanties données pour un contrat conclu entre les mêmes parties mais différent de celui qui fait l'objet de l'inexécution litigieuse ; ou encore l'appel d'une contre-garantie par un garant qui n'a pas encore payé.

Pour éviter un appel abusif ou frauduleux de la garantie, le donneur d'ordre peut tenter d'empêcher le banquier de payer : il peut recourir à une saisie-attribution, procédé peu utilisé ; il peut aussi faire défense de payer au banquier en s'adressant à justice.

La juridiction compétente est généralement celle du domicile du garant (ou parfois celle du contre-garant). En raison de l'autonomie de la garantie, le tribunal de commerce n'est compétent que si le garant est commerçant.

Lorsque le garant (ou le contre-garant) a payé, il est fondé à obtenir du donneur d'ordre le remboursement de la somme versée ; ce recours résulte de la convention passée entre eux, le banquier étant en droit de débiter d'office le compte de son client. Le recours de la banque demeure fondé, alors même qu'après le paiement il serait établi que le bénéficiaire n'était pas justifié en son appel à la garantie.

Le donneur d'ordre qui a remboursé la banque mais qui estime que le bénéficiaire a fait jouer la garantie à tort, peut engager un procès au fond contre ce dernier mais doit prouver que la somme payée n'était pas exigible en vertu du contrat de base.

Malgré l'autonomie de l'engagement, les délais et remises accordées dans le cadre d'une procédure de conciliation bénéficient au débiteur d'une garantie autonome, comme pour la caution (Art. L. 611-10-2). Il en est de même pour un plan de sauvegarde, mais uniquement pour le garant personne physique.

N 130 LETTRE D'INTENTION

« La lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier » (Art. 2322 du code civil). Ce n'est pas une garantie autonome ; elle est accessoire à l'obligation principale.

Un tiers donne ainsi au créancier une assurance que celui-ci ne subira aucun dommage du fait de son débiteur. Cette garantie repose généralement sur la relation économique entre le tiers (une maison mère par exemple) et le débiteur (sa filiale), qui permet au créancier de considérer que l'engagement du tiers sera respecté.

La portée de cette lettre d'intention est déterminée par son texte :

soit il est l'expression d'une règle de conduite ; par exemple : « il n'entre pas dans nos habitudes de laisser nos filiales sans aide lorsqu'elles éprouvent des difficultés » ;

soit il contient une obligation de moyens ; par exemple : « nous accomplirons tout ce qui est possible (ou nous ferons nos meilleurs efforts) pour que notre filiale honore ses engagements à votre égard » ;

soit il contient une obligation de résultat ; par exemple : « nous vous garantissons l'exécution par notre filiale de ses engagements » ou « nous nous engageons à faire tout le nécessaire ».

Dans ce dernier cas (obligation de résultat), l'autorisation doit être donnée conformément aux dispositions légales en matière de délivrance d'une garantie (délibération du conseil d'administration dans le cas d'une société anonyme-art. 225-35 et R225-28 du code de commerce) ainsi qu'aux statuts. En revanche, cette autorisation n'est pas requise pour une obligation de moyens (Cass. Com. 26 janvier 1999 – n°97-10003). La jurisprudence visant à qualifier la convention d'obligation de moyens ou résultat est abondante et parfois contradictoire.

La sanction de l'inexécution de l'obligation figurant dans la lettre d'intention consiste en des dommages et intérêts évalués en fonction du préjudice subi par le créancier de l'obligation, et non par le paiement d'une somme d'argent fixée à l'avance (cas de la garantie autonome), ou de la dette du débiteur (cas du cautionnement).

N 140 PORTE-FORT

Le porte-fort est une convention unilatérale par laquelle le contractant s'engage pour un tiers en promettant « le fait de celui-ci » (art. 1120 C. civ.) ; il s'agit en général de la promesse qu'un tiers souscrira, à un terme donné, à tel acte au profit d'un bénéficiaire.

Par cette convention, le tiers n'est obligé à rien, seul le porte-fort s'engage.

Cette convention est souvent employée lorsque le tiers ne peut souscrire aucun engagement (mineur, incapable, etc.) ou ne peut souscrire l'engagement en cause parce qu'il serait nul (convention de vote dans les assemblées de sociétés).

Le porte-fort peut également s'engager sur l'exécution d'un contrat et pas nécessairement sur sa formation. Il est alors « porte-fort d'exécution », avec une responsabilité analogue à celle de l'émetteur d'une lettre d'intention avec obligation de résultat.

Le terme de porte-fort peut ne pas être utilisé dans la convention ; le juge a un pouvoir d'appréciation et peut requalifier l'acte (art. 12 du C. P. C.).

L'inexécution par le tiers de l'acte visé ne donne lieu qu'à la mise en cause du porte-fort qui peut être condamné au paiement de dommages intérêts ou d'une clause pénale.

CHAPITRE 2

N 200 SÛRETÉS RÉELLES

Une sûreté réelle est une garantie offrant à un créancier un droit sur un bien mobilier ou immobilier qui lui permet d'obtenir paiement de sa créance en cas de défaillance du débiteur. Le bénéficiaire dispose d'une priorité (un « privilège ») par rapport aux autres créanciers du même débiteur pour obtenir le remboursement de sa créance.

Le régime des sûretés réelles, et plus particulièrement des sûretés mobilières, a été profondément rajeuni par une ordonnance du 23 mars 2006 codifiée aux articles 2323 à 2488-5 du code civil. En outre le régime des hypothèques a bénéficié de diverses évolutions en application de l'ordonnance du 10 juin 2010 portant suppression du régime des conservateurs des hypothèques.

Le contentieux des sûretés réelles relève pour l'essentiel de la compétence des tribunaux de grande instance ; la mise en œuvre des sûretés réelles est contrôlée par le juge de l'exécution dont la compétence est exclusive. En conséquence les tribunaux de commerce sont peu concernés par ce contentieux, sauf l'importante exception des clauses de réserve de propriété et de leur mise en œuvre à l'occasion des procédures collectives. Par ailleurs les greffes des tribunaux de commerce tiennent certains registres concernant ces sûretés (registre des privilèges et nantissements ; registre des gages sur stocks et des gages sans dépossession) et le juge de commerce est compétent pour le contrôle de ces registres ; il peut être requis pour prononcer des mainlevées d'inscription.

En conséquence de l'implication limitée des tribunaux de commerce, ce chapitre se limitera à une présentation générale des sûretés réelles, tout en donnant une présentation plus complète de la réserve de propriété. Par ailleurs, la fiducie, qui est également une sûreté réelle, est traitée au chapitre M 230.

N 210 SÛRETES SUR LES MEUBLES

Les sûretés sur les meubles peuvent porter sur des meubles corporels, et également sur des meubles incorporels (des créances, un fonds de commerce, des titres, etc.). Le code civil distingue les sûretés mobilières ci-après :

- les privilèges, <u>créés par la loi</u>, qui confèrent à un créancier le droit d'être payé sur le prix de vente des biens du débiteur de préférence aux autres créanciers
- les gages de meubles corporels et les nantissements de meubles incorporels. Ils résultent de <u>l'engagement conventionnel</u> d'un débiteur à l'égard de son créancier
- la réserve de propriété, qui résulte également d'un <u>engagement conventionnel</u> ;

N 211 Les privilèges mobiliers

Les principaux privilèges mobiliers sont définis aux articles 2330 à 2332-3 du code civil.

On distingue :

- <u>Les privilèges généraux</u>, qui portent sur la généralité des meubles du débiteur. Les principaux privilèges généraux concernent :

-les frais de justice, et notamment la rémunération des auxiliaires de justice dans les procédures de liquidation

-les salariés, et l'AGS qui lui est généralement subrogée. En bénéficient notamment les salaires des soixante derniers jours dans la limite mensuelle du double du plafond de la sécurité sociale, les indemnités de fin de contrat des contrats à durée déterminée, les indemnités de congé payé, les indemnités de fin de licenciement, de fin de carrière, etc.

- <u>Les privilèges spéciaux</u> qui ne portent que sur certains meubles, en liaison avec la créance revendiquée. La liste en est longue et variée. On y trouve notamment :

-le privilège du vendeur de fonds de commerce ; il porte sur les éléments incorporels du fond, la clientèle et l'achalandage (art. L 141-5 C. com.)

-le voiturier a privilège sur les marchandises transportées (art L 133-7 C. com.) ; il en est de même du commissionnaire de transport ((art L 133-2 C. com.)

D'autres privilèges sont définis à l'article 2332 du code civil

-le privilège du bailleur sur la récolte de son fermier, et plus généralement le privilège du bailleur d'immeuble, qui porte sur les meubles qui garnissent la maison, même s'ils ont été déplacés

-le paiement des frais faits pour la conservation d'un gage, qui peuvent être imputés sur le bien gagé

-le privilège de l'aubergiste qui peut être payé « sur les effets du voyageur qui ont été transportés dans son auberge »

-le privilège du vendeur de meubles (au sens « bien meuble »), qui a en outre un droit de revendication

Les privilèges, leur classement et le concours entre privilèges sont présentés de façon plus détaillée au chapitre N300.

N 212 Le gage

Le gage est une sûreté mobilière pratiquée par les civilisations les plus anciennes. Dans le droit romain, le gage avec dépossession était le pignus, et le gage sans dépossession était l'hypothèque.

Le gage est défini par le code civil (art. 2333) comme « une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs ». Il est de l'essence du gage que les biens gagés soient identifiés et disponibles : son assiette ne peut être l'ensemble du patrimoine du débiteur. En revanche, « le gage peut garantir des créances présentes ou futures qui doivent alors être déterminables ».

Le gage est une sûreté très puissante, puisque le créancier dispose d'un bien dont la vente viendra se compenser avec sa créance ; mais le gage originel, avec dépossession, est mal adapté aux besoins du commerce moderne : l'investisseur qui dispose d'un bien (des stocks par exemple) nécessaire à l'exploitation ne peut, sans compromettre la viabilité de son exploitation, s'en déposséder en le donnant en gage au prêteur qui lui a permis de l'acquérir. Les usages commerciaux ont donc introduit la mise en œuvre de gages de biens meubles sans dépossession pour lesquels la remise au créancier est remplacée par une mesure de publicité. L'ordonnance du 23 mars 2006 a généralisé la pratique du gage sans dépossession (4ème alinéa de l'article 2286du code civil) pour garantir une créance civile ou commerciale, et a institué un gage des stocks pour garantir tout crédit consenti par un établissement de crédit à une personne morale de droit privé ou à une personne physique dans l'exercice de son activité professionnelle.

N 212-1 Le gage civil

Le gage est opposable aux tiers s'il y a eu dépossession du bien gagé, ou s'il a fait l'objet d'une publicité (art. 2337 du code civil) ; il est alors parfait par l'établissement d'un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature.

Le gage sans dépossession est publié sur un registre spécial tenu par le greffier du tribunal de commerce (art 2338 C.civ.). Il est en outre tenu par le Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce un registre des gages sans dépossession. L'inscription est prise pour cinq années renouvelables. Le gage prend fin :

- par péremption,
- à la demande du créancier ou du constituant sur justification de l'accord des parties ou d'un acte donnant mainlevée de l'inscription. Elle peut également intervenir en vertu d'une décision passée en force de chose jugée.

Le fichier des gages de véhicules terrestres à moteur est tenu par les préfectures.

N 212-2 Le gage commercial

Le gage constitué soit par un commerçant, soit par un individu non commerçant, pour un acte de commerce (à l'exception des gages spécifiques mentionnés ci-après), se prouve par tout moyen. Il est très similaire au gage civil et doit faire l'objet d'une publicité s'il est sans dépossession. Le code de commerce définit en outre certains gages spécifiques à l'activité commerciale.

Le gage des stocks peut être constitué avec ou sans dépossession (L. 527-1 et suivants du code de commerce). Il peut porter sur toutes les matières premières et approvisionnements, les produits intermédiaires, résiduels et finis ainsi que les marchandises de l'entreprise. Les parties sont libres de constituer le gage selon les dispositions du code de commerce ou du gage de meubles corporels prévu aux article 2333 et suivants du code civil.

Le code de commerce a défini d'autres gages commerciaux sans dépossession et notamment :le warrant hôtelier, le warrant pétrolier, le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement. Ce dernier est en réalité un gage sans dépossession ; il doit faire l'objet d'un écrit et d'une inscription.

N 213 Le nantissement de meubles incorporels

Le nantissement est l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel (un fonds de commerce par exemple) ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs. Il est conventionnel ou judiciaire

Le nantissement d'un fonds de commerce (cf. M 210) est défini aux articles L 142 et suivants du code de commerce. Il ne donne pas au créancier gagiste le droit de se faire attribuer le fonds en paiement, mais confère un droit sur le prix lors d'une vente de ce fonds. Le nantissement doit avoir date certaine et s'établit par le seul fait de l'inscription sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité.

N 220 LES EFFETS DU GAGE- LE DROIT DE RETENTION

Le créancier gagiste, à défaut de paiement de la dette garantie, peut :

- si le gage est civil ou si c'est un gage de stocks, faire ordonner en justice la vente du bien gagé (art 2346 C.civ.) ou le transfert de la propriété du bien en paiement (moyennant restitution de la somme éventuellement en excès) (art 2347 C.civ.). Cette faculté peut avoir été organisée par le contrat de gage
- si le gage est commercial ou s'il s'agit de nantissement d'outillage ou de matériel, faire procéder à la vente publique des objets donnés en gage huit jours après une simple signification faite au débiteur et au tiers bailleur de gage (article L. 521-3 du code de commerce)

Le porteur de warrants peut également faire vendre les biens warrantés, et il est payé privilège et de préférence à tous créanciers.

Le créancier bénéficiaire d'un droit de rétention peut conserver la détention de la chose tant qu'il n'a pas reçu le paiement qui lui est dû.

Le droit de rétention du gage avec dépossession est inopposable pendant la période d'observation et pendant la période d'exécution d'un plan de sauvegarde ou de redressement (art. L. 622-7) ; ce qui signifie seulement que le bénéficiaire du droit de rétention ne peut l'exercer. Cependant, le gage lui-même n'est pas paralysé. En cas de vente du bien gagé, son prix doit être consigné (art. L. 622-8).

En liquidation judiciaire, le droit de rétention est de plein droit reporté sur le prix en cas de vente par le liquidateur ; le créancier gagiste n'est pas soumis au concours des créanciers bénéficiant d'un privilège général. Si le bien objet du gage est compris dans une cession d'activité décidée en application de l'article L. 626-1, le droit de rétention fictif est opposable à la liquidation judiciaire.

N 230 RESERVE DE PROPRIETE

N 231 Généralités

La clause de réserve de propriété est celle par laquelle le vendeur d'un bien ou d'un ouvrage s'en réserve la propriété jusqu'à ce que le prix convenu ait été payé (art. 2367 à 2372 C.civ.). Dérogatoire du droit commun (art. 1583 C. civ.), elle n'est opposable aux tiers (et donc, en cas de procédure collective, aux autres créanciers privilégiés ayant un gage général sur l'actif de leur débiteur) que si certaines conditions destinées à éviter les fraudes sont réunies.

La mise en œuvre de la clause de réserve de propriété par la revendication paralyse le transfert de propriété et permet d'obtenir la restitution du bien. En revanche, et bien que qualifiée de sureté (art. 2329 C.civ.), la réserve de propriété ne lui confère aucun droit de préférence dans les répartitions en procédure collectives (Cass. Com. 15 octobre 2013, n°13-10.463) ; seule l'action en revendication est efficace.

La clause est transmise de plein droit en même temps que la créance : subrogation, endossement d'une lettre de change, bordereau de cession de créances professionnelles (art. 2367 C.civ.).

L'absence de publicité générale des clauses de réserve de propriété constitue une caractéristique importante de cette garantie. L'acquéreur doit faire figurer les biens acquis sur une ligne spéciale du bilan ; ces biens, en cas de procédure collective, font l'objet d'une mention spéciale sur l'inventaire.

Le vendeur peut décider de faire publier son contrat, au greffe du tribunal de commerce, dans les mêmes conditions qu'un contrat de crédit-bail. Mais l'absence de publicité n'est pas sanctionnée par l'inopposabilité de la réserve de propriété aux tiers.

N 232 Conditions de validité

L'efficacité de la clause est subordonnée au respect des conditions posées par l'article L. 624-16 al. 2 du code de commerce : la clause doit avoir été convenue par les parties dans un écrit au plus tard au moment de la livraison.

A défaut d'écrit, la preuve de l'acceptation par le débiteur de la clause de réserve de propriété s'apprécie pour chaque vente dont elle est l'objet, au plus tard à la date de la livraison. Cette acceptation peut, suivant les circonstances, être déduite de l'existence de relations d'affaires et de la réception par le débiteur, dans le courant de ces relations, de factures antérieures comportant la clause litigieuse, n'ayant fait l'objet d'aucune protestation de sa part (Cass.Com. 31 janvier 2012 - n°10-28407).

Il est aussi admis que la clause insérée dans les conditions générales de vente du fournisseur peut tenir lieu d'écrit à condition de ne pas être contredite par les conditions générales d'achat.

N 233 Biens revendicables

N 233-1 Revendication en nature

La propriété conservée par le vendeur jusqu'au complet paiement du prix l'autorise, lui ou le cessionnaire de la créance, à revendiquer les biens vendus et donc à en obtenir la restitution.

En cas de procédure collective, la revendication ne peut porter que sur des biens qui existent en nature et sont identifiables (L. 624-16 al. 2). Elle peut s'exercer dans les mêmes conditions sur les biens mobiliers incorporés dans un autre bien lorsque la séparation de ces biens peut être effectuée sans qu'ils en subissent un dommage. (L. 624-16 al. 3 1ère phrase). C'est ainsi qu'ont été jugés revendicables des pneus, batteries de camions, moteurs de péniches, etc.

Biens fongibles :

Selon les articles L. 624-16 al. 2 du code de commerce et 2369 du code civil, la revendication en nature peut également s'exercer sur des biens fongibles lorsque des biens de même nature et de même qualité se trouvent entre les mains du débiteur ou de toute personne les détenant pour son compte.

La jurisprudence reconnaît qu'il s'agit d'une véritable règle de fond et non pas d'une simple règle de preuve, attribuant la propriété des biens fongibles au revendiquant sans autre condition que celle visée à l'article L. 624-16.En rejetant toute condition liée à la date d'entrée des marchandises dans les magasins de l'acheteur qui pourrait laisser supposer que les marchandises vendues ont déjà été revendues par application du critère « *premier entré, premier sorti »*, la Cour de cassation (Cass. Com. 5 mars 2002 –n°98-17585) a consacré la possibilité de revendiquer des biens qui n'ont jamais appartenu à l'auteur de la revendication.

Des difficultés d'application demeurent en cas d'éventuels conflits entre plusieurs revendicants lorsque les biens fongibles sont en quantité insuffisante. La détermination du caractère fongible ou non d'un bien est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond (Cass.Com. 15 mars 2005–n°03-20332).

Concours de revendication

Aucun recours n'est possible contre le sous-acquéreur de bonne foi qui bénéficie de la présomption de l'article 2279 du code civil selon lequel « en fait de meubles, la possession vaut titre ».Il en est de même à l'encontre du créancier gagiste ou titulaire d'un droit de rétention (par exemple, commissionnaire de transport ou voiturier), mais les intéressés ne peuvent refuser de laisser la disposition des biens contre paiement de leur créance.

En revanche, le créancier hypothécaire ne peut s'opposer à la reprise d'un bien meuble incorporé (par exemple, moteur d'une péniche ou pont roulant) s'il est identifiable et matériellement séparable sans dommage pour le bien grevé de la sûreté.

Acomptes versés

Le vendeur propriétaire doit les restituer, mais il peut en effectuer la compensation avec les dommages intérêts qu'il est en droit d'obtenir de son acheteur, soit qu'ils aient été forfaitairement fixés dans le contrat (clause pénale), soit qu'ils soient décidés par la juridiction compétente. Dans ces deux cas, il doit, en cas de procédure collective, en avoir effectué la déclaration au passif.

N 233-2 Revendication du prix

Si le bien a été revendu par l'acheteur initial, le vendeur initial peut revendiquer le prix auprès de son acheteur.

La clause de réserve de propriété est un accessoire du bien vendu (article 2367 C.civ.). En conséquence et comme le confirme l'article L. 624-18 du code de commerce, le revendiquant a un droit exclusif sur la somme payée et aucun autre créancier ne peut venir en concours avec lui. Lorsque l'acquéreur d'un bien vendu avec réserve de propriété le revend, sans avoir payé l'intégralité du prix, la revente opère, par l'effet de la subrogation réelle, transport dans le patrimoine du vendeur initial du prix ou de la partie du prix impayé par le sous-

acquéreur au jour de l'ouverture de la procédure collective du débiteur. La revendication du solde du prix peut donc se faire auprès du sous-acquéreur (Cass.Com. 16 juin 2009, n°08-10.241).

Si la poursuite d'activité du débiteur nécessite de conserver le bien ou si le bien est englobé dans un plan de cession, le mandataire ou l'administrateur doit payer le prix du bien, sur décision du juge commissaire (L. 622-8).

N 234 Exercice de la revendication

Pour établir son droit de propriété, le propriétaire doit :

• soit prouver qu'il a publié sa réserve de propriété sur le registre tenu au greffe du tribunal de commerce

• soit produire les différents documents commerciaux relatifs à cette vente.

En cas de procédure collective, la revendication doit s'exercer dans le délai de trois mois suivant la publication du jugement d'ouverture (L. 624-9).

La demande en revendication emporte de plein droit la demande en restitution (R. 624-13 al. 4).

La publication du contrat dispense le vendeur de revendiquer les biens ; il pourra alors en demander directement la restitution (L. 624-10.).

Bien que la propriété réservée soit qualifié de sûreté, le créancier n'a aucune obligation de déclarer la clause en même temps que sa créance ; l'action en revendication fait en effet l'objet d'un régime légal spécifique indépendant de la déclaration de créance. Cependant, il n'en est pas pour autant exonéré s'il souhaite obtenir réparation de son préjudice éventuel résultant de la dépréciation de la marchandise. De plus, l'article L. 622-25 du code de commerce requiert que la déclaration de créance « précise la nature du privilège ou de la sûreté dont la créance est éventuellement assortie ».

N 240 SÛRETÉS SUR LES IMMEUBLES

N 241 Les privilèges sur les immeubles

A l'instar des meubles, différents privilèges sont attachés aux immeubles (salaires des « domestiques » ou « gens de service », créances des entreprises ou architectes qui les édifient, etc. (art. 2374 et 2375 C.civ.). Certains de ces privilèges doivent être inscrits.

Il s'agit du privilège du vendeur et du privilège du prêteur de deniers qui garantissent respectivement le prix et le remboursement des deniers fournis pour l'acquisition d'un immeuble.

Ils doivent être inscrits au service chargé de la publicité foncière dans les deux mois de la date de l'acte dont ils résultent afin de donner à leurs titulaires un rang à la date dudit acte. Ainsi leur effet est rétroactif et le créancier ne pourra être primé que par des titulaires d'inscriptions antérieures à la vente.

Une inscription prise après l'expiration du délai de deux mois dégénère en hypothèque légale à la date de son inscription (art. 2386 C.civ.).

En situation de procédure collective, une inscription est inefficace si elle est prise après la survenance du jugement d'ouverture.

Ces privilèges confèrent les mêmes droits que l'hypothèque mais le privilège du vendeur ne peut garantir que le prix du bien, et des accessoires du prix et frais liés au contrat de vente, à l'exclusion de tout intérêt. En revanche, il confère à son titulaire l'action résolutoire qui lui permet d'obtenir la résolution de la vente et par conséquent de redevenir propriétaire de l'immeuble moyennant restitution des acomptes perçus.

N 242 Le gage immobilier

Le gage immobilier est possible mais implique nécessairement dépossession (art. 2387 C. civ.), et il est donc rarement pratiqué.

N 243 Hypothèque

La principale sûreté sur les immeubles est l'hypothèque (art. 2393 et sq. C. civ.).

a) *Généralités*

L'hypothèque est un droit réel sur des immeubles affectés à la garantie d'une obligation. Elle est légale, judiciaire ou conventionnelle ; elle est attachée au bien et transmise avec lui, sauf mainlevée préalable.

• l'hypothèque légale est celle qui résulte de la loi (par exemple celle d'un époux sur les biens de son conjoint, des mineurs sur les biens de tuteurs ou des collectivités publiques sur les biens des receveurs ou comptables) ;

• l'hypothèque judiciaire peut être inscrite à tout moment par un créancier sur présentation d'un titre en vertu duquel la loi autorise une telle inscription ; par ailleurs, avant qu'un titre n'ait été obtenu, le créancier peut se faire autoriser, par ordonnance du président du tribunal rendue sur requête à prendre une inscription judiciaire provisoire (valable trois ans et renouvelable) qui doit être inscrite dans les trois mois de l'ordonnance et deviendra définitive après qu'une décision de justice aura été rendue ;

• l'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par le propriétaire de l'immeuble s'il a la capacité d'aliéner le bien ; à peine de nullité, elle doit être constituée par acte notarié (acte authentique).

b) *Caractéristiques*

L'hypothèque doit être spéciale, c'est-à-dire que :

• l'hypothèque est consentie, pour le capital, à hauteur d'une somme déterminée que l'acte, nécessairement notarié, mentionne à peine de nullité. Elle peut être consentie pour sûreté d'une créance future, mais qui doit être déterminable. Elle s'étend de plein droit aux intérêts et accessoires.

• l'hypothèque concerne un immeuble précis ; une hypothèque constituée sur « tous les biens appartenant à monsieur X et situés dans telle commune » n'a pas de valeur ; mais il peut s'agir d'un immeuble à construire ou à acquérir.

L'hypothèque est indivisible, c'est-à-dire qu'elle s'étend, sauf conventions contraires, aux constructions édifiées sur le terrain grevé et à toutes les améliorations apportées à l'immeuble hypothéqué.

c) *Publication*

L'hypothèque est inscrite au service chargé de la publicité foncière de la situation des biens et son rang déterminé par sa date d'inscription.

L'hypothèque est consentie pour une durée déterminée ; faut de renouvellement, elle devient périmée (art 2434 du code civil).

Elle ne peut plus être inscrite postérieurement au jugement d'ouverture d'une procédure collective (L. 622-30 applicable à toutes les procédures). De plus, en redressement et liquidation judiciaire, elle est nulle si elle est intervenue après la date de cessation des paiements fixée par le tribunal (L. 632-1 al. 6 applicable également en liquidation judiciaire).

d) *Droits conférés par l'hypothèque*

L'hypothèque confère à son titulaire, en plus d'un droit de préférence sur le prix de vente, un droit de suite sur l'immeuble grevé : ainsi tout nouvel acquéreur demeure obligé au paiement des obligations garanties.

e) *Purge des hypothèques*

La purge des hypothèques se réalise :

• soit amiablement (acte notarié par lequel le créancier donne mainlevée) ;

• soit judiciairement si le débiteur peut rapporter la preuve au tribunal du paiement des obligations garanties ;

• soit lorsqu'il y a eu vente « à la barre du tribunal », cas où le privilège du créancier se trouve reporté sur le prix d'adjudication ;

• soit enfin par péremption de l'inscription

N 244 Bail à construction

Il s'agit d'un contrat de longue durée codifié au § l 251-1 et suivants du code de la construction et de l'habitation, par lequel le locataire s'engage vis-à-vis du bailleur à édifier et à conserver sur le terrain loué des constructions qui deviendront la propriété du bailleur à l'expiration de la location. Il confère au preneur un droit réel immobilier ; ce droit peut être hypothéqué ainsi que les constructions qui seront édifiées.

La durée du bail est de 18 ans minimum et de 99 ans maximum.

Les privilèges et hypothèques nés du chef du preneur s'éteignent à l'expiration du bail.

N 250 EXERCICE DES PRIVILÈGES ET HYPOTHEQUES EN PROCEDURE COLLECTIVE

Si un bien est grevé d'un privilège, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque, une autre garantie peut lui être substituée en cas de besoin, si elle présente des avantages équivalents. En l'absence d'accord, le tribunal peut ordonner cette substitution. (L. 626-22)

CHAPITRE 3

N 300 PRIVILÈGES

N 310 DIFFÉRENTS TYPES DE PRIVILÈGES

Le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers. Le privilège naît avec la créance. Les privilèges ses justifient par l'intérêt général (Trésor, Frais de justice en procédure collective, …), social (salariés, etc.) ou économique (personnes ayant vendu, amélioré ou préservé le bien grevé de privilège).

Les privilèges, issus de la loi, peuvent venir en concurrence avec les sûretés réelles nées de conventions.

On distingue les privilèges par leur objet :

• les privilèges généraux grèvent tout l'actif ; parmi eux, certains, dénommés super privilèges, bénéficient d'un régime particulièrement favorable.

• les privilèges spéciaux ne grèvent qu'un bien déterminé ;

N 311 Super privilèges

Ce sont des privilèges généraux dont le caractère est quasi absolu ; ils grèvent tous les biens et sont en général opposables aux tiers sans publicité. Il en existe trois :

a) les frais de justice de la procédure collective, y compris les émoluments des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires à la liquidation des entreprises (représentants des créanciers ou liquidateurs) ;

b) le super privilège des salariés qui garantit les soixante derniers jours de salaire dans la limite d'un plafond mensuel du double du plafond mensuel de la sécurité sociale, ainsi que les congés payés acquis et l'indemnité de préavis (C. travail, art L 3253-2) ; ce super privilège bénéficie généralement, en cas de procédure collective, à l'Association de garantie des salaires (A.G.S.) qui est subrogée dans les droits des salariés payés par elle (cf. Q 430) ;

c) le privilège de conciliation consenti par l'article L611-11 du code de commerce au bénéfice des personnes ayant consenti dans un accord (L 611-8) un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite de l'activité de l'entreprise en difficultés.

N 312 Privilèges généraux ordinaires

On relève essentiellement :

a) les créanciers dont la créance est née après le jugement d'ouverture d'une procédure collective pour les besoins du déroulement de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur pendant cette période et non payées à leur échéance sont privilégiées. Leur rang vient immédiatement après les créances salariales super privilégiées, les frais de justice de la procédure et les créances consenties dans le cadre d'une conciliation. Cette disposition s'applique à la sauvegarde, au redressement (L. 622-17 al. 2) et à la liquidation judiciaire (L.641-13 II).

La poursuite du bail en procédure collective fait l'objet d'un privilège particulier. Le bailleur n'a privilège spécial que pour les deux dernières années de loyers avant le jugement d'ouverture de la procédure. Si le bail est résilié, le bailleur a, en outre, privilège pour l'année courante, pour tout ce qui concerne l'exécution du bail et pour les dommages et intérêts qui pourront lui être alloués par les tribunaux (art. 622-16., également applicable en redressement et article L. 641-12 3° en liquidation judiciaire).

b) le privilège du Trésor qui grève :

• tous les biens mobiliers, même sans publicité, mais avec une péremption biennale (le privilège ne demeure valable que deux ans après la date d'exigibilité de la dette) interrompue par un début d'action ou une publication,

• l'actif immobilier, à compter du jour où il est publié à la conservation des hypothèques (prend rang seulement à cette date).

Ce privilège est composé en réalité de multiples privilèges hiérarchisés entre eux selon le type de taxe (direct ou indirecte), et la collectivité qui bénéficie de la taxation (voir Bulletin officiel des impôts BOI-REC-GAR-10-10-10-20-20120912).

c) le privilège ordinaire des salariés (quatre mois de salaire, précédant les deux derniers qui sont super-privilégiés, et indemnités de licenciement) qui grève également tout l'actif, s'exerce sans aucune publicité même sur les immeubles (mais seulement s'il n'a pu être réglé sur l'actif mobilier), et dont bénéficie généralement en

cas de procédure collective l'Association de garantie des salaires (A.G.S.) subrogée dans les droits des salariés qu'elle a réglés.

d) le privilège des organismes de sécurité sociale et des caisses de retraite pour les cotisations (publicité au bureau des hypothèques pour les immeubles, au greffe du tribunal de commerce pour les biens mobiliers afin d'éviter la péremption).

e) les frais de justice (hors procédure collective)

N 313 Privilèges spéciaux

Ils comprennent :

a)les privilèges en rapport direct avec lacréance qui les fait naitre (bailleur d'immeuble sur les meubles garnissant les lieux loués, transporteur sur les choses transportées, hôtelier sur les effets de ses clients) ; fondés sur une ressemblance à une sûreté réelle (hypothèque, gage ou nantissement), ils bénéficient d'un droit de suite ;

b) les privilèges fondés sur l'idée de mise d'une valeur dans un patrimoine, par exemple :

• vendeurs (d'immeubles, de fonds de commerce ou d'objets mobiliers sur la chose vendue, de semence ou d'engrais sur les récoltes issues de leurs fournitures) ;

• copartageants sur les immeubles partagés, architectes et entrepreneurs sur les immeubles améliorés, ouvriers et sous-traitants sur les marchés de travaux publics, victimes d'accident sur l'indemnité allouée, prêteurs de deniers sur les immeubles acquis ;

c) les privilèges fondés sur l'idée de préservation d'une valeur, par exemple :

• conservateur sur la chose conservée : ce privilège ne garantissait d'abord que les frais sans lesquels la chose aurait péri (le sauvetage d'un navire par exemple), puis il a été étendu aux réparateurs pour les travaux nécessités par la sécurité ou le maintien de la chose pour son usage ;

• syndicat des copropriétaires sur les appartements en copropriété.

N 320 CONFLITS DE PRIVILÈGES

Les privilèges légaux s'exercent sur des meubles et immeubles ; différents créanciers peuvent bénéficier d'un privilège sur le même bien. En outre des bénéficiaires de sûretés réelles peuvent aussi avoir des droits sur ces biens. Il est donc nécessaire de classer les privilèges.

Le rang des privilèges et sûretés est déterminé par les textes. L'ordonnance du 23 mars 2006 a simplifié le classement (art. 2332-1 à 2332-3 C. civ.), mais les exceptions sont nombreuses.

Le bénéficiaire d'un gage, même fictif (sans dépossession), ou d'un droit de rétention (réserve de propriété) prime en pratique tous les autres créanciers, quel que soit leur privilège, puisqu'il peut s'opposer à la vente du bien tant qu'il n'a pas été payé.

Privilèges sur un meuble

Le privilège mobilier spécial prime le privilège général (art. 2332-1 C. civ). Les privilèges généraux reconnus aux frais de justice et au super-privilège des salaires font exception à cette règle générale.

Privilèges sur un immeuble

Le privilège général prime le privilège spécial. Le rang entre privilèges spéciaux et hypothèque s'établit en fonction de leur date d'effet.

Rang des super-privilèges

Les frais de justice relatifs aux salaires super-privilégiés priment les salaires eux-mêmes. Les salaires priment les autres frais de justice.

Privilèges du Trésor public

Le privilège du Trésor s'exerce sur l'ensemble des meubles (art. 1927 CGI) ; il n'est primé que par :

a. Certains privilèges généraux

1. Le privilège des frais de justice
2. Le super-privilège des salariés
3. Le privilège de conciliation
4. Le privilège attaché aux créances impayées postérieures au jugement d'ouverture d'une procédure collective

b. Certains privilèges spéciaux

1. Le privilège des frais de conservation de la chose
2. Le privilège du créancier nanti sur l'outillage et le matériel d'équipement
3. Le privilège du porteur de warrant commercial
4. Le privilège des ouvriers et des fournisseurs d'entrepreneurs de travaux pour le compte de l'État
5. Le droit de préférence du sous-traitant.

6. Les privilèges des aéronefs, bateaux, navires

c. En outre d'autres privilèges spéciaux – par exemple les warrants - priment les privilèges des droits d'enregistrement et des contributions indirectes.

En matière d'immeubles, le Trésor, qui peut prendre des hypothèques, ne bénéficie pas d'un traitement particulier.

N 330 EXERCICE DES PRIVILÈGES

Dans le cadre d'un plan de cession incluant des biens grevés d'une hypothèque, le tribunal affecte à chacun des biens une quote-part du prix déterminée au prorata entre la valeur du bien et la valeur totale des actifs cédés. (L. 642-12). Après l'adoption du plan, et s'il y a cession de biens grevés, les créanciers bénéficiaires de sûretés ou titulaires d'un privilège général sont payés sur le prix suivant l'ordre de préférence existant entre eux et conformément à l'article L. 626-22 lorsqu'ils sont soumis aux délais du plan.

En cas de liquidation judiciaire, les créanciers titulaires d'un privilège spécial, d'un gage, d'un nantissement ou d'une hypothèque peuvent exercer leur droit de poursuite individuelle si le liquidateur n'a pas entrepris la liquidation des biens grevés dans le délai de trois mois à compter du jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire. Lorsque le tribunal a fixé un délai en application de l'article L. 642-2, ces créanciers peuvent exercer leur droit de poursuite individuelle à l'expiration de ce délai, si aucune offre incluant ce bien n'a été présentée.

Les ventes d'immeubles ont lieu conformément aux articles 2204 à 2212 du code civil. Le juge-commissaire fixe la mise à prix et les conditions essentielles de la vente. Le liquidateur répartit le produit des ventes et règle l'ordre entre les créanciers, sous réserve des contestations qui sont portées devant le juge de l'exécution (article L. 624-18).

Les états de règlement peuvent être complexes, chaque élément d'une vente globale pouvant faire l'objet d'un privilège distinct (par exemple, lors de la vente d'une exploitation agricole, le prix de la récolte de pommes de terre, seul grevé du privilège du vendeur de semences, devra être considéré séparément).

Le contentieux du règlement, qu'il soit amiable ou conduit par le liquidateur dans le cas d'une liquidation, relève du tribunal de grande instance.

Avec le soutien de la

