

Notamment dans ce numéro :

CHRONIQUES

DROIT COMMUN DES CONTRATS

Théorie générale → Interrogations sur la faute grave en droit commun des contrats – par Thomas Genicon (P. 10) **Responsabilité** → La garantie des vices cachés fait toujours bande à part – par Jean-Sébastien Borghetti (P. 24) → La mise en demeure préalable aux sanctions de l'inexécution contractuelle : état des lieux critique après la réforme de 2016 – par Olivier Deshayes (P. 29) → Responsabilité contractuelle et rupture brutale d'une relation commerciale : de l'art de cumuler malgré le principe du « non-cumul » – par Jonas Knetsch (P. 38) **Régime des obligations contractuelles** → Les embarras de la solidarité dite « commerciale » – par Remy Libchaber (P. 50)

CONTRATS SPÉCIAUX

Contrats de garantie → La constitution du nantissement de titres financiers – par Maxime Julienne (P. 65) **Contrats de distribution** → Un franchiseur a-t-il intérêt à se fonder sur la loi du 30 juillet 2018 sur le secret des affaires ? – par Martine Behar-Touchais (P. 73)

CONTRATS INTERNATIONAUX

→ Le contrat complexe ou l'ubiquité du lieu d'exécution du contrat de transport – par Bernard Haftel (P. 90)

CONTRAT ET AUTRES DROITS

Droit processuel → L'expertise de l'article 1843-4 du Code civil, l'arbitrage et les voies de recours – par Xavier Boucobza et Yves-Marie Serinet (P. 92) **Droit pénal** → Paris sportifs truqués et escroquerie : qui raflera la mise ? – par Romain Ollard (P. 106) **Droit de la consommation** → Clauses abusives et prêt en francs suisses : retour sur la transparence des clauses – par Garance Cattalano (P. 109) → Retour sur la notion de fourniture non demandée – par Jean-Denis Pellier (P. 118) **Droit des biens** → La clause de réserve de propriété est une sûreté qui suspend l'effet translatif de la vente (mais pas que ?) – par Frédéric Danos (P. 131)

DÉBATS

→ L'évaluation des dommages et intérêts : question de fait ou question de droit ? (P. 159)

REVUE DES CONTRATS

Conseil scientifique

Jean-Sébastien BORGHETTI <i>Professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris 2)</i>	Jacques MESTRE <i>Professeur à Aix-Marseille université</i>
François COLLART DUTILLEUL <i>Professeur à l'université de Nantes</i>	Pascal PUIG <i>Professeur à l'université de La Réunion</i>
Yves GAUDEMET <i>Professeur émérite de l'université Panthéon-Assas (Paris 2)</i> <i>Membre de l'académie des sciences morales et politiques</i> <i>Institut de France</i>	Thierry REVET <i>Professeur à l'école de droit de la Sorbonne (Paris 1)</i>
Jean-François GUILLEMIN <i>Secrétaire général du groupe Bouygues</i>	Bernard REYNIS <i>Conseiller à la Cour de cassation en service extraordinaire</i> <i>Notaire honoraire</i>
Denis MAZEAUD <i>Professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris 2)</i>	Jean-Baptiste SEUBE <i>Professeur à l'université de la Réunion</i>
	Yves WEHRLI <i>Paris Managing Partner and Regional Managing Partner for Continental Europe</i> <i>Clifford Chance Europe LLP</i>

Direction scientifique

Alain BÉNABENT <i>Agrégé des facultés de droit, avocat aux Conseils</i>	Laurent AYNÈS <i>Professeur émérite de l'université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)</i>
---	---

Direction éditoriale

Olivier DESHAYES
Professeur à l'université de Paris Nanterre

Éditeur : Lextenso Éditions
Directeur de la publication : Emmanuelle Filiberti
Rédactrice en chef : Bérangère Heuzé

Rédaction : 70, rue du Gouverneur Général Éboué
92131 Issy-les-Moulineaux cedex
Tél. : 01 40 93 40 00
e-mail : redaction.rdc@lextenso.fr

Abonnements :
Relation clients : Tél. : 01 40 93 40 40
Fax : 01 41 09 92 10
e-mail : abonnements@lextenso.fr

TARIFS 2019 (TTC)	FRANCE	EXPORT
Prix au N° :	93,00 €	105 €
Abonnement :		
Journal (4 n°)	305,28 €	344 €

(chèques et virements à l'ordre de Lextenso Éditions)

Commission paritaire 1020 T 83748

ISSN 1763-5594

ISBN 978-2-275-06557-1

Dépôt légal : à parution

Imprimé par Jouve - 1, rue du Dr Sauvé 53100 Mayenne sur des papiers

produits aux Pays-Bas et en Espagne, issus de forêts gérées durablement ;


0% de fibres recyclées ; impact gaz à effet de serre pour un exemplaire : 443 g éq. CO₂

Reproduction, même partielle, interdite, sauf exceptions prévues par la loi.



Sommaire

SOMMAIRE DE LA REVUE DE MARS 2019

 Le numéro du type **1c456** suivant le pictogramme ci-contre permet aux abonnés en ligne de retrouver directement l'article concerné sur le site www.lextenso.fr

Chroniques

Droit commun des contrats

Théorie générale

P. 10 Interrogations sur la faute grave en droit commun des contrats

Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2018, n° 17-23135

Parce qu'il accorde un préavis à son débiteur défaillant, le créancier ne peut en même temps arguer d'une faute grave pour lui refuser le versement de l'indemnité conventionnelle. Pour la Cour de cassation, la faute grave suppose en effet que, par son importance, elle rende impossible le maintien d'un contrat d'exercice médical pendant la durée même limitée du préavis. L'arrêt invite à s'interroger sur la notion comme sur le régime de cette faute qualifiée en droit commun des contrats.

par Thomas Genicon

P. 16 L'acclimatation de l'engagement unilatéral de volonté en droit commun des obligations

Cass. com., 12 déc. 2018, n° 17-22268, F-D

L'engouement de la Cour de cassation pour l'engagement unilatéral de volonté se confirme, au point qu'elle en admet le jeu entre des parties liées par un contrat en cours d'exécution. Ce cumul des sources d'obligations soulève une série de difficultés que l'arrêt laisse sans réponse.

par Yves-Marie Laithier

P. 20 La violation du pacte de préférence caractérisée par la conclusion d'une promesse unilatérale de vente

Cass. 3^e civ., 6 déc. 2018, n° 17-23321, FS-PBI

Viole le pacte de préférence de vente non seulement le débiteur qui vend le bien considéré à un tiers sans respecter la priorité d'achat du bénéficiaire, mais également celui qui, dans les mêmes conditions, conclut une promesse unilatérale de vente. L'engagement qui découle de cet avant-contrat étant incompatible avec le respect de la préférence accordée, l'inexécution du pacte est caractérisée. Cette solution inédite, qui préserve l'efficacité du pacte de préférence, doit être approuvée.

par Yves-Marie Laithier

P. 22 Sanction de la rétractation d'une promesse unilatérale de vente : la Cour de cassation persiste et signe

Cass. 3^e civ., 6 déc. 2018, nos 17-21170 et 17-21171, FS-D

Fidèle à la jurisprudence *Consorts Cruz*, la troisième chambre civile de la Cour de cassation exclut catégoriquement que la violation de la promesse unilatérale de vente avant la levée de l'option puisse donner lieu à la formation forcée du contrat final. Ce qui attire l'attention, ce n'est pas la solution en elle-même, mais le moment auquel elle intervient. L'arrêt exprime le net refus du juge d'appliquer par anticipation la règle nouvelle (C. civ., art. 1124, al. 2) visant à briser sa jurisprudence.

par Yves-Marie Laithier

Responsabilité

P. 24 La garantie des vices cachés fait toujours bande à part

Cass. 1^{re} civ., 6 juin 2018, n° 17-17438, FS-PB

Le point de départ du délai de la prescription extinctive prévu à l'article L. 110-4 du Code de commerce, modifié par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, court à compter de la vente, de sorte que l'action fondée sur la garantie des vices cachés, intentée par le sous-acquéreur plus de 5 ans après la vente initiale, est manifestement irrecevable.

par Jean-Sébastien Borghetti

P. 29 La mise en demeure préalable aux sanctions de l'inexécution contractuelle : état des lieux critique après la réforme de 2016

C. civ.

Les textes relatifs aux sanctions de l'inexécution contractuelle issus de l'ordonnance du 10 février 2016 posent presque tous, mais en des termes variables, une exigence de mise en demeure préalable du débiteur par le créancier. Il est démontré que cette exigence n'est pas toujours justifiée et que, rédigés comme ils le sont, les textes nouveaux mélangent une conception de la mise en demeure qui est héritée d'un système où les sanctions sont judiciaires avec la conception qu'appelle la reconnaissance de sanctions dites « unilatérales ».

par Olivier Deshayes

P. 38 Responsabilité contractuelle et rupture brutale d'une relation commerciale : de l'art de cumuler malgré le principe du « non-cumul »

Cass. com., 24 oct. 2018, n° 17-25672, F-PB

Le principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle interdit seulement au créancier d'une obligation contractuelle de se prévaloir, contre le débiteur de cette obligation, des règles de la responsabilité délictuelle et n'interdit pas la présentation d'une demande distincte, fondée sur l'article L. 442-6, I, 5°, du Code de commerce, qui tend à la réparation d'un préjudice résultant non pas d'un manquement contractuel mais de la rupture brutale d'une relation commerciale établie.

par Jonas Knetsch

P. 42 La faute dolosive est inassurable : la deuxième chambre civile de la Cour de cassation persiste et signe

Cass. 2^e civ., 25 oct. 2018, n° 16-23103, F-PB

L'arrêt commenté réaffirme qu'est inassurable non seulement la faute intentionnelle, mais encore la faute dolosive, c'est-à-dire, semble-t-il, la faute délibérée de l'assuré devant inéluctablement entraîner la réalisation du dommage. Loin d'être une nécessité logique commandée par le caractère aléatoire du contrat d'assurance, la solution n'est qu'affaire de politique juridique, et prête donc à la discussion.

par Sophie Pellet

P. 45 Information sur les risques et défaut du produit

Cass. 1^{re} civ., 26 sept. 2018, n° 17-21271, PB

Le respect du devoir d'information sur les dangers d'un médicament n'exonère pas le producteur de sa responsabilité si le risque encouru excède le bénéfice attendu.

par Geneviève Viney

P. 47 Quelques précisions concernant la responsabilité du médecin

Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2018, n° 17-27980, PB

La Cour de cassation refuse d'admettre une responsabilité de plein droit du médecin pour les dommages causés par un défaut de sécurité du matériel qu'il a utilisé pour prodiguer ses soins.

Elle affirme par ailleurs que le manquement au devoir d'information qui incombe au médecin n'entraîne sa responsabilité que si ce manquement porte sur un risque qui s'est effectivement réalisé et dont le patient aurait dû être informé, ce qui n'est pas le cas du risque d'une maladie dont l'imputabilité à l'intervention critiquée n'est pas établie.

par Geneviève Viney

Régime des obligations contractuelles

P. 50 Les embarras de la solidarité dite « commerciale »

Cass. com., 26 sept. 2018, n° 16-28133, F-PB

La solidarité commerciale est une anomalie du droit français. Alors que les textes exigent rituellement que la solidarité soit expresse, celle-là s'impose par la seule force de la situation, comme si la commercialité était dotée d'une efficacité propre. C'est précisément ce jaillissement spontané qui trouve ici ses limites, puisque la Cour dit pour droit que « la solidarité active ne se présume pas ». Affirmation brutale qui mérite que l'on tente de saisir ce qu'est la solidarité aux yeux de la Cour, afin de comprendre la dissymétrie dont elle est soudain affectée.

par Rémy Libchaber

P. 53 Les équilibres propres à l'action paulienne

CJUE, 4 oct. 2018, n° C-337/17

L'action paulienne est trop rare pour que l'on néglige un arrêt qui la concerne, même s'il ne poursuit pas l'affinement de son régime juridique mais cherche à déterminer le tribunal compétent pour en connaître, dans un litige international. On y perçoit la contradiction entre une localisation processuelle, qui fait fond sur la créance protégée en considération des règlements communautaires, et une analyse propre à cette voie de droit singulière, qui serait plus sensible à des facteurs tout autres – qu'il s'agisse d'examiner l'acte argué de fraude ou la composition du patrimoine du débiteur.

par Rémy Libchaber

Contrats spéciaux

Contrats et nouvelles technologies

P. 56 Le fournisseur de logiciel est tenu de se renseigner sur les besoins de son client et de l'informer de l'adéquation à ceux-ci du produit qu'il lui propose

Cass. com., 20 juin 2018, n° 17-14742

Le vendeur de logiciel est tenu d'une obligation de conseil, laquelle est inhérente à tout contrat de fourniture informatique et lui impose de se renseigner sur les besoins de l'acheteur et d'informer ce dernier de l'aptitude du produit proposé à l'utilisation qui en est prévue.

par Jérôme Huet

SUITE DU SOMMAIRE EN PAGE SUIVANTE >>

Contrats de jouissance

P. 57 Majoration légale et/ou intérêts moratoires en cas de retard dans la restitution du dépôt de garantie en fin de bail ?

Cass. 3^e civ., 15 nov. 2018, n° 17-26986, PB

L'article 22 de la loi du 6 juillet 1989, modifié par la loi *ALUR*, dispose que le bailleur qui ne restitue pas au locataire le dépôt de garantie dans le délai d'un mois à compter de la remise des clés est redevable d'une majoration légale correspondant à 10 % du loyer, pour chaque période mensuelle commencée. La Cour de cassation décide que cette majoration est exclusive de tout intérêt moratoire avant la décision de justice qui en fixe le montant.

par Jean-Baptiste Seube

P. 59 Le locataire doit-il justifier, dès l'envoi de son congé, du motif lui permettant de bénéficier d'un délai de préavis réduit ?

Cass. 3^e civ., 15 nov. 2018, n° 16-26477

Dans certaines situations expressément visées par le législateur, le locataire bénéficie d'un délai de préavis réduit : un mois au lieu de trois. S'inscrivant dans une lignée jurisprudentielle assez bien établie, l'arrêt commenté retient que le locataire n'a pas à indiquer au bailleur, dans son congé, le motif lui permettant de bénéficier du délai réduit. Cette solution très (trop ?) protectrice du locataire est directement remise en cause par la loi *ALUR*, applicable aux baux conclus au-delà du 27 mars 2014.

par Jean-Baptiste Seube

Contrats de garantie

P. 61 La proportionnalité du cautionnement est indifférente à l'engagement souscrit par la caution et rétroactivement anéanti

Cass. com., 21 nov. 2018, n° 16-25128, PB

Si la disproportion doit être appréciée en prenant en considération l'endettement global de la caution, y compris celui résultant de ses autres engagements, il ne peut être tenu compte d'un cautionnement antérieur que le juge déclare nul, et qui est ainsi anéanti rétroactivement.

Est conforme à l'ancien article L. 341-4 (devenu L. 332-1) du Code de la consommation la mention manuscrite indiquant que le garant se rend caution « de la SARL », sans autre précision, dès lors que ce dernier a ensuite, dans cette même mention, fait figurer à trois reprises la dénomination sociale du débiteur principal garanti.

par Dimitri Houtcieff

P. 65 La constitution du nantissement de titres financiers

Cass. com., 20 juin 2018, n° 17-12559, F-PB

En affirmant que le nantissement de compte-titres prend effet bien que la déclaration signée par le constituant n'ait pas été notifiée au teneur du compte, la Cour de cassation adopte une position discutable. La lettre des textes ne la condamne certes pas avec évidence, mais la solution tranche avec l'interprétation que l'on en faisait majoritairement, et ce sans que l'on en perçoive clairement la justification.

par Maxime Julienne

Contrats de distribution

P. 68 Le contrôle des prix après la décision du Conseil constitutionnel et le principe de la légalité des délits et des peines

Cons. const., 30 nov. 2018, n° 2018-749 QPC

Saisi d'une QPC pour savoir si la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle le déséquilibre significatif pouvait porter sur le prix ne rendait pas le texte inconstitutionnel, le Conseil constitutionnel répond qu'instaurer un contrôle des prix par le juge, sanctionné par une amende civile, ne méconnaît pas le principe de la légalité.

par Martine Behar-Touchais

P. 71 Le contrôle des prix après la décision du Conseil constitutionnel, la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre

Cons. const., 30 nov. 2018, n° 2018-749 QPC

Saisi d'une QPC pour savoir si la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle le déséquilibre significatif pouvait porter sur le prix ne rendait pas le texte inconstitutionnel, le Conseil constitutionnel répond qu'un contrôle judiciaire des prix ne heurte pas de manière disproportionnée la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre.

par Martine Behar-Touchais

P. 73 Un franchiseur a-t-il intérêt à se fonder sur la loi du 30 juillet 2018 sur le secret des affaires ?

L. n° 2018-670, 30 juill. 2018

La loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires, transposant en droit français la directive n° 2016/943/UE du 8 juin 2016, a modifié le Code de commerce en ajoutant au livre 1^{er}, un titre V relatif à la protection du secret des affaires. Quel serait l'intérêt du franchiseur à se prévaloir de ce texte ? Ce sera certainement l'appréciation de son préjudice qui sera facilitée par le texte.

par Martine Behar-Touchais

P. 76 **Appréciation de l'efficacité de la clause attestant de la réception de l'information précontractuelle conforme à l'article L. 330-3 du Code de commerce**

Cass. com., 10 janv. 2018, n° 15-25287

Le juge doit vérifier par lui-même que le document d'information précontractuelle comportait les informations conformes aux exigences de l'article L. 330-3 du Code de commerce, même quand le franchisé a attesté avoir reçu un DIP reprenant les éléments définis par l'article L. 330-3 du Code de commerce.

par [Martine Behar-Touchais](#)

P. 78 **Faut-il absolument un pilote dans le cockpit de la franchise ?**

CA Paris, 28 févr. 2018, n° 16/17642

L'expérimentation du savoir-faire est imposée dans la franchise. Mais elle n'a pas nécessairement à être le fait d'un pilote du moment qu'elle existe.

par [Martine Behar-Touchais](#)

Contrats internationaux

P. 79 **L'autolimitation par l'arbitre des lois de police de la *lex contractus***

CA Paris, 23 oct. 2018, n° 16/24374

La détermination par l'arbitre international de l'applicabilité du droit français le conduit ensuite à affirmer l'autolimitation de la loi de 1975 protectrice des sous-traitants, rendant le texte inapplicable à une construction à l'étranger. L'absence de contrôle de ce raisonnement lors de l'examen des recours contre la sentence en France ne dispense pas pour autant de soumettre l'affirmation de cette prétendue autolimitation à la critique.

par [Malik Laazouzi](#)

P. 85 **Revirement et extension du champ de la « matière contractuelle » dans les relations à trois personnes**

CJUE, 7 mars 2018, n° C274/16, C447/16 et C448/16

CJUE, 4 oct. 2018, n° C-337/17

Par deux décisions rendues, l'une en matière de sous-traitance de transport et l'autre au sujet d'une action paulienne, la Cour de justice assouplit considérablement le critère de la matière contractuelle dans le domaine du conflit de juridictions en abandonnant la nécessité d'un engagement librement assumé entre les parties au litige. Désormais, la simple circonstance que le demandeur agisse sur le fondement du contrat qu'il a conclu, même contre un tiers, suffit à entraîner une qualification contractuelle.

par [Bernard Haftel](#)

P. 90 **Le contrat complexe ou l'ubiquité du lieu d'exécution du contrat de transport**

CJUE, 7 mars 2018, n°s C-274/16, C-447/16 et C-448/16

CJUE, 11 juill. 2018, n° C-88/17

En matière de contrat de transport avec escale, la Cour de justice confirme, par les deux décisions commentées, la compétence simultanée du tribunal du lieu de départ et du lieu de destination finale du transport, quel que soit le transporteur concerné.

par [Bernard Haftel](#)

Contrat et autres droits

Droit processuel

P. 92 **L'expertise de l'article 1843-4 du Code civil, l'arbitrage et les voies de recours**

Cass. com., 10 oct. 2018, n° 16-22215, PB

Une clause statutaire de la société civile des Mousquetaires (art. 35.2) prévoit de soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement au contrat, y compris celui relatif à la valeur du remboursement des parts sociales de l'associé retrayant ou exclu, et que l'évaluation des parts sociales entre dans le champ de la clause d'arbitrage. La Cour de cassation juge qu'après avoir retenu que le caractère d'ordre public de l'article 1843-4 du Code civil n'exclut pas l'arbitrabilité du litige, une cour d'appel décide exactement que la circonstance que cette clause accorde aux arbitres le pouvoir de procéder eux-mêmes à cette évaluation et de trancher le litige, contrairement au pouvoir de l'expert nommé en application de l'article 1843-4 du Code civil d'évaluer sans trancher, ne la rend pas manifestement inapplicable ou nulle. En l'état de ces appréciations, dont elle a déduit que ces points relevaient de l'examen par la juridiction arbitrale de sa propre compétence et que le premier juge n'avait pas commis d'excès de pouvoir, la cour d'appel a jugé à bon droit que l'appel était irrecevable.

par [Xavier Boucobza](#) et [Yves-Marie Serinet](#)

Droit pénal

P. 100 **Abus de confiance. Pas de détournement punissable de fonds remis en vertu d'un contrat de prestation de service : revirement ou précision ?**

Cass. crim., 5 avr. 2018, n° 17-81085, PB

L'abus de confiance ne peut porter que sur des fonds, valeurs ou biens remis à titre précaire et ne peut donc être caractérisé dès lors que des fonds ont été remis en pleine propriété en vertu de contrats de prestations de service, peu important la connaissance par le prévenu, dès la remise des fonds, de son impossibilité d'exécuter le contrat.

par [Valérie Malabat](#)

[SUITE DU SOMMAIRE EN PAGE SUIVANTE >>](#)

P. 106 Paris sportifs truqués et escroquerie : qui raflera la mise ?*Cass. crim., 21 nov. 2018, n° 17-81096, FS-PBRI*

Constitue le délit d'escroquerie par emploi de manœuvres frauduleuses l'entente entre différents parieurs reposant sur l'altération du jeu au cours d'un match de handball ayant déterminé la FDJ à verser des gains hors de proportion avec ceux payés habituellement pour ce genre de manifestation.

par Romain Ollard

Droit de la consommation**P. 109 Clauses abusives et prêt en francs suisses : retour sur la transparence des clauses***CJUE, 20 sept. 2018, n° C-51/17*

Les prêts en francs suisses n'en finissent pas d'enrichir la jurisprudence. C'est ici la question de l'appréciation du caractère abusif de certaines clauses de l'un de ces contrats qui permet à la CJUE de préciser les contours du contrôle des clauses relatives à l'objet du contrat. Elle se montre ainsi particulièrement sévère sur l'appréciation de la clarté d'une clause relative au risque de change. Celle-ci doit permettre à l'emprunteur d'en mesurer la portée concrète, obligeant le prêteur à fournir de nombreuses explications sur le risque encouru.

par Garance Cattalano

P. 114 Quand un professionnel peut se prévaloir du droit de rétractation en cas de contrat conclu hors établissement*Cass. 1^{re} civ., 12 sept. 2018, n° 17-17319*

Deux professionnels concluent un contrat hors établissement portant sur la création et l'exploitation d'un site internet. L'un d'entre eux décide par la suite de se rétracter en invoquant les dispositions d'un article devenu l'article L. 221-3 du Code de la consommation. Celui-ci étend au professionnel démarché la protection prévue pour le consommateur dès lors qu'il n'emploie pas plus de cinq salariés et que le contrat conclu n'entre pas dans le champ de son activité principale. Le litige se concentre sur ce dernier critère, la Cour de cassation se retranchant derrière l'appréciation souveraine des juges du fond. Au-delà de l'aspect technique, c'est bien la question du champ de la règle consumériste qui est ici posée.

par Jérôme Julien

P. 116 Crédit affecté : le prêteur qui ne vérifie pas la validité du contrat principal est privé de sa créance de restitution du capital emprunté*Cass. 1^{re} civ., 26 sept. 2018, n° 17-18083*

Un consommateur conclut, à la suite d'un démarchage à domicile, un contrat d'acquisition et d'installation de panneaux photovoltaïques. Afin de financer l'opération, il souscrit un crédit affecté. Le contrat principal ne respectant pas les règles du Code de la consommation, il est annulé, entraînant la disparition du contrat de crédit. Le prêteur réclame alors à l'emprunteur le remboursement du prêt, ce à quoi s'oppose la Cour de cassation. En versant les fonds, sans s'assurer de la validité du contrat principal, il a commis une faute qui le prive de son droit au remboursement.

par Jérôme Julien

P. 118 Retour sur la notion de fourniture non demandée*CJUE, 13 sept. 2018, nos C-54/17 et C-55/17*

La notion de « fourniture non demandée », au sens de l'annexe I, point 29, de la directive du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, doit être interprétée en ce sens qu'elle couvre des comportements consistant, pour un opérateur de télécommunications, à commercialiser des cartes SIM sur lesquelles sont préinstallés et préalablement activés certains services, tels que la navigation sur Internet et la messagerie vocale, sans avoir préalablement et de manière adéquate informé le consommateur de cette préinstallation et activation préalable ni des coûts de ces services. La présente décision permet de revenir sur la notion de fourniture non demandée, qui semble unitaire au regard du droit de l'Union européenne alors qu'elle est plurale en droit français.

par Jean-Denis Pellier

Droit de la concurrence**P. 122 Ententes dans le commerce en ligne : prix de revente imposés et contrôlés par algorithmes ; restriction disproportionnée à la vente en ligne***Comm. UE, déc. n° AT.40182, 24 juill. 2018**Comm. UE, déc. n° AT.40181, 24 juill. 2018**Comm. UE, déc. n° AT.40469, 24 juill. 2018**Comm. UE, déc. n° AT. 40465, 24 juill. 2018**Aut. conc., 24 oct. 2018, n° 18-D-23*

Dans le droit fil du rapport relatif à son enquête sectorielle sur le commerce en ligne, la Commission européenne sanctionne quatre fabricants d'électronique grand public. Leur sont reprochées des pratiques de prix de vente imposés à leurs revendeurs en usant de moyens de contrôle par algorithmes, voire pour l'un d'entre eux l'entrave à des ventes transfrontières. L'Autorité française de la concurrence s'inspire également de ce rapport et de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne pour sanctionner une clause d'un contrat de distribution sélective assimilée à une interdiction *de facto* de vendre en ligne.

par Catherine Prieto

Droit du vivant

P. 125 Rencontre incongrue entre contrats et filiation

CA Rouen, 31 mai 2018, n° 17/02084

Le désir d'enfant conduit certains à conclure des arrangements privés pour obtenir la conception et/ou la garde d'un bébé. Outre que de telles conventions sont nulles et exposent leurs auteurs à des sanctions pénales, elles se heurtent au droit de la filiation dont le caractère institutionnel s'accommode mal des contrats conclus entre particuliers. En témoigne l'arrêt rendu par la cour d'appel de Rouen le 31 mai 2018.

par Elsa Supiot

Droit des biens

P. 131 La clause de réserve de propriété est une sûreté qui suspend l'effet translatif de la vente (mais pas que ?)

Cass. com., 17 oct. 2018, n° 17-14986, PBI

La clause de réserve de propriété s'analyse comme une sûreté suspendant l'effet translatif de la vente jusqu'au complet paiement du prix, de sorte qu'elle ne remet pas en cause le caractère ferme et définitif de la vente conclue lors de l'échange des consentements.

par Frédéric Danos

P. 138 Les formalités de publicité foncière ne sont pas constitutives de droit (mais n'ont-elles pas un effet translatif ?)

Cass. 3^e civ., 18 oct. 2018, n° 17-26734, PBI

La publicité foncière n'étant pas constitutive de droits, les corrections erronées apportées par le service de la publicité foncière ne peuvent avoir pour effet de modifier la nature d'un droit de propriété résultant d'actes antérieurement publiés.

par Frédéric Danos

P. 146 Les errements de la théorie du démembrement de propriété et la durée de l'usufruit

Cass. com., 26 sept. 2018, n° 16-26503

La constitution d'usufruit donne lieu à des droits d'enregistrement et à une taxe de publicité foncière. L'assiette d'imposition est déterminée conformément aux dispositions de l'article 669 du Code général des impôts (CGI). Ce texte distingue deux méthodes de calcul suivant que l'usufruit est viager ou consenti pour une durée déterminée. Lorsque l'usufruit est concédé au profit d'une personne morale, mais indexé sur la durée de vie d'une personne physique, la Cour de cassation considère que l'usufruit est viager.

par Antoine Tadros

Sources du droit des contrats

Droit européen des contrats

P. 151 Nullités de la période suspecte : à la recherche de l'équilibre entre le tiers contractant, le débiteur insolvable et ses créanciers

CEDH, 5 juill. 2018, n°s 41299/09 et 11132/10

À l'époque des faits, le droit bulgare frappait automatiquement de nullité les actes réalisés par le débiteur durant la période suspecte. La Cour européenne des droits de l'homme estime que cette approche mécanique met à la charge du tiers contractant l'ensemble des conséquences de la nullité. Son constat de violation invite à donner plus de poids à certaines circonstances telles que la nature de l'acte encourant la nullité, la bonne ou la mauvaise foi du tiers ou encore le préjudice pour les créanciers du débiteur insolvable. Les nullités facultatives du droit français offrent suffisamment de souplesse pour répondre à cette invitation. En revanche, la rigidité du système des nullités de droit et les conditions sur lesquelles il repose soulèvent des interrogations.

par Fabien Marchadier

SUITE DU SOMMAIRE EN PAGE SUIVANTE >>

P. 154 Action paulienne et détachement des travailleurs : nouveautés jurisprudentielle et législative

CJUE, 4 oct. 2018, n° C-337/17

PE et Cons. UE, dir. n° 2018/957, 28 juin 2018

Le droit européen des contrats se manifeste au travers des règles européennes de compétence et de la notion de matière contractuelle. Il se joue aussi dans les règles applicables, plus particulièrement dans le domaine sensible du détachement des travailleurs.

La notion de matière contractuelle dans le cadre des règles européennes de compétence est toujours l'occasion d'arrêts surprenants : celui rendu par la CJUE à propos de la qualification de l'action paulienne s'inscrit sans doute dans cette lignée. Quittant l'approche généraliste, les questions spécifiques soulevées par les règles applicables aux salariés détachés sont renouvelées par la récente directive 2018/957 du 28 juin 2018 modifiant la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.

par Aline Tenenbaum

Débats

P. 159 L'évaluation des dommages et intérêts : question de fait ou question de droit ?

Le droit français de la responsabilité civile prête peu d'attention aux dommages et intérêts, lesquels ne sont pour lui qu'un chiffre : le montant *in casu* du préjudice, un pur fait. Les juges du fond disposent d'un pouvoir souverain dans leur évaluation. Fin du bal.

Mais si évaluer tel préjudice est effectivement une opération qui relève du fait, déterminer en amont quels sont les préjudices réparables et comment les évaluer est bien une opération juridique. Il ne faudrait donc pas que le voile du fait fasse oublier la part du droit, qu'il soit l'oreiller de paresse sur lequel s'endormiraient les avocats, magistrats et universitaires.

C'est cette part que les contributions rassemblées ci-après entendent révéler, après d'autres. Le contexte s'y prête particulièrement : limitation légale de certaines indemnités, tendance à la barémisation des préjudices, réforme de la responsabilité civile, apparition de bases de données chiffrées sur les réparations accordées en justice...

P. 160 La mesure des dommages et intérêts : question de fait ou question de droit ? Pour un renforcement du contrôle de la motivation des juges du fond

par Anne Danis-Fatôme

En droit commun de la responsabilité civile, le principe suivant lequel l'évaluation de l'indemnisation allouée à la victime est laissée au pouvoir souverain des juges du fond présente certains inconvénients. Il en résulte une grande disparité entre les juridictions quant aux montants alloués et parfois une atteinte au principe de la réparation intégrale. On peut plaider pour qu'à l'avenir, le contrôle de la Cour de cassation se renforce et porte notamment sur la motivation des juges du fond.

P. 164 Une évaluation innovante des dommages et intérêts pour traduire les faits en règles de droit et réduire l'imprévisibilité judiciaire

par Frank S. Giaoui

Au point de vue des victimes comme des responsables qui devront les indemniser, l'évaluation du *quantum* est évidemment essentielle. Mais curieusement il s'agit là d'un processus abandonné aux lumières du juge car le *quantum*, dit-on traditionnellement, est une question de fait. Nous commençons par rappeler les principes fondateurs de l'indemnisation du préjudice et nous montrons les limites de cette conception du droit positif. Elle débouche en pratique sur un aléa judiciaire chronique et un dévoiement du principe de la réparation intégrale. La mesure des dommages et intérêts a vocation à intégrer des règles de droit normatif dont l'application sera contrôlable. Pour le démontrer, nous utilisons deux instruments méthodologiques : l'analyse empirique et le droit comparé – droit civil français, *common law* américaine et droit du commerce international. Nous proposons de développer des référentiels d'indemnisation fonctionnant sur l'intelligence artificielle. Ils serviraient rapidement d'outils d'aide à la décision et, le cas échéant, ouvriraient des perspectives de justice prédictive.

P. 182 La mesure des dommages et intérêts par la Cour de cassation

par Gaëtan Guerlin

La mesure des dommages et intérêts est une question de fond véritable. Comme telle, elle n'échappe cependant pas totalement à l'empire de la Cour de cassation, qui peut désormais statuer au fond, de manière exceptionnelle.

P. 187 La réparation sans perte, ni profit selon la Cour de cassation ou l'art de transformer une maxime en instrument de contrôle

par Zoé Jacquemin

Sous la forme d'un panorama de la jurisprudence récente de la Cour de cassation en droit de la responsabilité civile (mars 2016 – décembre 2018), la présente contribution cherche à mettre en lumière la manière dont le juge du droit a transformé le principe de la réparation intégrale sans perte, ni profit, en un instrument de contrôle de l'évaluation des dommages et intérêts par les juridictions du fond.

P. 193 La mesure des dommages-intérêts : question de fait ou question de droit ?
Libres réflexions au travers du prisme de la minimisation du préjudice

par Louis Thibierge

La mesure des dommages-intérêts relève-t-elle du fait ou du droit ? Les deux ! Elle procède, d'abord, de choix d'ordre juridique. Ce n'est qu'ensuite que le fait prend le relais du droit. Au travers du prisme de l'obligation de minimiser le dommage, l'on se propose de démontrer cette double appartenance chronologique, au droit comme au fait, de la mesure des dommages-intérêts, ce Janus bifrons.

Table chronologique des sources commentées

2018

JANVIER

Cass. com., 10 janv. 2018, n° 15-25287p. 76 115v1

FÉVRIER

CA Paris, 28 févr. 2018, n° 16/17642.....p. 78 115v0

MARS

CJUE, 7 mars 2018, n° C274/16, C447/16 et C448/16p. 85 115v5

CJUE, 7 mars 2018, n°s C-274/16, C-447/16 et C-448/16p. 90 115v3

AVRIL

Cass. crim., 5 avr. 2018, n° 17-81085, PB.....p. 100 115w4

MAI

CA Rouen, 31 mai 2018, n° 17/02084p. 125 115x7

JUIN

Cass. 1^{re} civ., 6 juin 2018, n° 17-17438, FS–PB.....p. 24 115x1

Cass. com., 20 juin 2018, n° 17-14742.....p. 56 115u1

Cass. com., 20 juin 2018, n° 17-12559, F–PB.....p. 65 115v8

PE et Cons. UE, dir. n° 2018/957, 28 juin 2018.....p. 154 115u5

JUILLET

CEDH, 5 juill. 2018, n°s 41299/09 et 11132/10.....p. 151 115w2

CJUE, 11 juill. 2018, n° C-88/17p. 90 115v3

Comm. UE, déc. n° AT.40182, 24 juill. 2018p. 122 115w0

Comm. UE, déc. n° AT.40181, 24 juill. 2018p. 122 115w0

Comm. UE, déc. n° AT.40469, 24 juill. 2018p. 122 115w0

Comm. UE, déc. n° AT. 40465, 24 juill. 2018.....p. 122 115w0

L. n° 2018-670, 30 juill. 2018.....p. 73 115u6

SEPTEMBRE

Cass. 1^{re} civ., 12 sept. 2018, n° 17-17319.....p. 114 115v6

CJUE, 13 sept. 2018, n°s C-54/17 et C-55/17p. 118 115w9

CJUE, 20 sept. 2018, n° C-51/17.....p. 109 115y5

Cass. 1^{re} civ., 26 sept. 2018, n° 17-21271, PBp. 45 115y0

Cass. com., 26 sept. 2018, n° 16-28133, F–PB.....p. 50 115w5

Cass. 1^{re} civ., 26 sept. 2018, n° 17-18083.....p. 116 115v2

Cass. com., 26 sept. 2018, n° 16-26503.....p. 146 115x2

OCTOBRE

CJUE, 4 oct. 2018, n° C-337/17p. 53 115v7

.....p. 85 115v5

.....p. 154 115u5

Cass. com., 10 oct. 2018, n° 16-22215, PBp. 92 115x0

Cass. com., 17 oct. 2018, n° 17-14986, PBI.....p. 131 115x6

Cass. 3^e civ., 18 oct. 2018, n° 17-26734, PBIp. 138 115x5

CA Paris, 23 oct. 2018, n° 16/24374p. 79 115v9

Cass. com., 24 oct. 2018, n° 17-25672, F–PB.....p. 38 115x4

Aut. conc., 24 oct. 2018, n° 18-D-23p. 122 115w0

Cass. 2^e civ., 25 oct. 2018, n° 16-23103, F–PBp. 42 115u3

NOVEMBRE

Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2018, n° 17-23135p. 10 115x9

Cass. 1^{re} civ., 14 nov. 2018, n° 17-27980, PB.....p. 47 115x8

Cass. 3^e civ., 15 nov. 2018, n° 17-26986, PB.....p. 57 115u4

Cass. 3^e civ., 15 nov. 2018, n° 16-26477p. 59 115u8

Cass. com., 21 nov. 2018, n° 16-25128, PB.....p. 61 115v4

Cass. crim., 21 nov. 2018, n° 17-81096, FS–PBRIp. 106 115w8

Cons. const., 30 nov. 2018, n° 2018-749 QPC.....p. 68 115u9

.....p. 71 115u7

DÉCEMBRE

Cass. 3^e civ., 6 déc. 2018, n° 17-23321, FS–PBI.....p. 20 115w1

Cass. 3^e civ., 6 déc. 2018, n°s 17-21170 et 17-

21171, FS–Dp. 22 115w6

Cass. com., 12 déc. 2018, n° 17-22268, F–D.....p. 16 115w7

Un encart « *Mélanges Mestre* » est joint au présent numéro.