

## À la une

### Variation du développement sexuel dans le sport de compétition : entre discrimination, vulnérabilité sociale et mauvais genre

note par Patrice LE MAIGAT sous CEDH, 3<sup>e</sup> sect., 11 juill. 2023

*La CEDH sanctionne pour discrimination et atteinte à la vie privée le système judiciaire suisse qui n'offre pas à une athlète internationale hyperandrogène les garanties institutionnelles et procédurales suffisantes.*



© Alex from the Rock

## Actualité

### Collaboration libérale : les habits neufs de la rémunération pour apport d'affaires

focus

## Doctrine

### L'obligation préalable de tenter un règlement amiable : un « Lazare juridique »

étude par Chloé CALMETTES

## Jurisprudence

### Le domicile de l'arbitre et son indépendance

note par Daniel MAINGUY  
sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 juin 2023

## Gazette Spécialisée

### DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

#### SOUS LA RESPONSABILITÉ SCIENTIFIQUE DE

• Thierry MONTÉRAN

Avocat au barreau de Paris, UGGC Avocats

• Patrick ROSSI

Magistrat honoraire exerçant des fonctions juridictionnelles

• Marine SIMONNOT

Avocate au barreau de Paris, UGGC Avocats

#### AVEC LA PARTICIPATION DE

Anne CHEVALIER, Sarah FARHI, Benjamin FERRARI, Christine GAILHBAUD, Florence GAINOT, Thibault GOUJON-BETHAN, Fabien KENDÉRIAN, Christine LEBEL, Florence REILLE, Emmanuelle SCHOLL, Michael TOTA et Béatrice VEYSSIÈRE



## Gazette du Palais

Édité par Lextenso

1, Parvis de La Défense

92044 Paris – La Défense (CEDEX)

Directrice générale, Directrice de la publication :

Emmanuelle Filiberti

Présidente du Conseil scientifique :

Marie Burguburu Charvet

Rédactrice en chef : Laurence Gamarie

Coordinatrice de la Gazette spécialisée : Marie Rajchenbach

Rédacteurs : Catherine Berlaud, Nathalie Finck et Samuel Seroc

Responsable scientifique : Pauline Le Monnier de Gouville

Secrétaire de rédaction : Elsa Boulinguez

Rédaction :

Tél. : 01 40 93 40 00

Courriel : redactiongp@lextenso.fr

Abonnements :

Tél. : 01 40 93 40 40

Courriel : abonnements@lextenso.fr

Publicité : benoit.favre@lextenso.fr

Tél. : 01 40 93 40 68

Tarifs 2023

\* Prix TTC au n° : 20 €

+ frais de port

\* Abonnement France (un an) :

Journal seul : 570,74 € TTC

Recueils + table seuls : 556,45 € TTC

Journal, recueil + table : 764,73 €

Abonnement feuilletable numérique : 244,02 € TTC

\* Abonnement étranger (un an) :

Journal seul : 645 €

Journal, recueil + table : 859 €

Abonnement feuilletable numérique : 239 €

Internet : gazette-du-palais.fr

Twitter : @LextensoAvocat

Commission paritaire n° 0528 T 83097

ISSN 0242-6331

Dépôt légal à parution

Imprimé par Duplicit Mayenne, 733, rue Saint Léonard, 53101 Mayenne CEDEX

sur des papiers produits en Italie (couverture, 0% de fibres recyclées) et en Allemagne (intérieur, 100% de fibres recyclées), issus de forêts gérées durablement ;

impact gaz à effet de serre

pour un exemplaire : 689 g éq. CO<sub>2</sub>



Illustration de la Gazette spécialisée sur la couverture :  
Fanny Dallé-Asté / Da-fanny

Toute reproduction, même partielle, est interdite,  
sauf exceptions prévues par la loi.

Projets d'articles : les manuscrits doivent être adressés par courriel en format word à redactiongp@lextenso.fr et comporter 15 000 caractères maximum (notes de bas de page et espaces compris). La rédaction n'est pas responsable des manuscrits communiqués.

La Gazette du Palais peut désormais être citée de la façon suivante : GPL 7 déc. 2023, n° GPL430b0.

Le numéro de type GPL430b0 est un numéro d'identifiant unique permettant de retrouver directement l'article via un moteur de recherche ou sur www.labase-lextenso.fr

## Actualité

GPL453s5 ■ Collaboration libérale : les habits neufs de la rémunération pour apport d'affaires 3

GPL453t6 ■ Élections au CNB : c'est parti ! 6

## Doctrine

GPL453t5 ■ L'obligation préalable de tenter un règlement amiable : un « Lazare juridique » étude par Chloé CALMETTES 7

## Technique

GPL453s4 ■ Le secret de l'enquête et le secret de l'instruction étude par Nathalie FINCK 11

## Jurisprudence

GPL453s6 ■ Variation du développement sexuel dans le sport de compétition : entre discrimination, vulnérabilité sociale et mauvais genre note par Patrice LE MAIGAT sous CEDH, 3<sup>e</sup> sect., 11 juill. 2023 15

GPL453s2 ■ Le domicile de l'arbitre et son indépendance note par Daniel MAINGUY sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 juin 2023 18

GPL453j9 ■ Panorama de jurisprudence de la Cour de cassation par Catherine BERLAUD 21

GPL453m9 ■ Panorama de jurisprudence du Conseil d'État par Nathalie FINCK et Samuel SEROC 25

GPL453q1 ■ Panorama de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme par Catherine BERLAUD 28

GPL453i5 ■ Chronique de jurisprudence de droit de la responsabilité civile sous la direction scientifique de Julie TRAULLÉ avec la collaboration de Marie DUGUÉ, Stéphane GERRY-VERNIÈRES, Zoé JACQUEMIN et Vincent MAZEAUD <https://lex.so/GPL453i5>



## Gazette Spécialisée

### DROIT DES ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

29

Sous la responsabilité scientifique de  
Thierry MONTÉRAN, Patrick ROSSI et Marine SIMONNOT

# Revue des contrats

TRIMESTRIEL - SEPTEMBRE 2023

2023/3

Alain BÉNABENT  
Laurent AYNÈS  
Philippe STOFFEL-MUNCK  
*Directeurs scientifiques*

Julia HEINICH  
*Directrice éditoriale*

Denis MAZEAUD  
Thierry REVET  
*Fondateurs*

*Notamment dans ce numéro :*

## CHRONIQUES

### DROIT COMMUN DES CONTRATS

**Responsabilité** → Une bien curieuse délimitation du champ d'application de la directive relative à la responsabilité du fait des produits défectueux ! – par Marie Dugué (P. 9) → Détournement ou absence de pouvoir : nouveau couplet de la lacinante comptine du mandataire perfide... – par Sophie Pellet (P. 14)

### CONTRATS SPÉCIAUX

**Contrats et nouvelles technologies** → Usage des technologies disruptives : les ressources du contrat – par Jean-Michel Bruguière (P. 26) **Contrats translatifs** → Droit de la vente et responsabilité du fait des produits défectueux : option ou éviction ? – par Louis Thibierge (P. 34) **Contrats de jouissance** → Les mesures d'exécution du contrat par un tiers aux frais du contractant défaillant : exécution du contrat ou indemnisation ? – par Jean-Baptiste Seube (P. 41) **Contrats et droit des sociétés** → La durée d'un pacte d'associés peut valablement être adossée sur celle de la société – par Julia Heinich (P. 43)

### CONTRAT ET AUTRES DROITS

**Droit pénal** → Pas d'organisation frauduleuse de l'insolvabilité en cas de condamnation au paiement d'une somme de nature contractuelle – par Valérie Malabat (P. 56) **Droit de la consommation** → La réforme de l'action de groupe est en cours : regard sur la proposition de loi – par Jérôme Julien (P. 64) **Droit des biens** → Droit réel de jouissance spéciale et perception des loyers – par Frédéric Danos (P. 90)

### SOURCES DU DROIT DES CONTRATS

**Droit européen des contrats** → Les restitutions consécutives à l'anéantissement du contrat encadrées par le principe de proportionnalité – par Jean-Pierre Marguénaud (P. 104)

## DOSSIER

→ Traitement des difficultés des entreprises : le contrat, obstacle ou instrument ? (P. 107)

# Sommaire

## SOMMAIRE DE LA REVUE DE SEPTEMBRE 2023

### Chroniques

#### Droit commun des contrats

##### Responsabilité

**P. 9** Une bien curieuse délimitation du champ d'application de la directive relative à la responsabilité du fait des produits défectueux !

*Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 mai 2023, n<sup>o</sup> 21-23174, FS-B*

RDC201p7 **I** Les préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux résultant d'une atteinte à la réputation causée par une atteinte à la personne ou à un bien autre que le produit défectueux lui-même, y compris par ricochet, sont couverts par le régime de la responsabilité du fait des produits défectueux. Si le droit commun applicable à l'atteinte à la réputation causée par un produit mis en circulation avant la transposition de la directive du 25 juillet 1985 doit donc être interprété à la lumière de cette directive, le délai de prescription issu de l'article L. 110-4 ancien du Code de commerce ne saurait voir son point de départ fixé par référence à l'article 11 de la norme européenne, qui pose un délai butoir.

par Marie Dugué

**P. 14** Détournement ou absence de pouvoir : nouveau couplet de la lacinante comptine du mandataire perfide...

*Cass. com., 29 mars 2023, n<sup>o</sup> 22-10001, FS-B*

RDC201n3 **I** L'arrêt commenté affirme qu'en présence d'un détournement de pouvoir du mandataire au détriment du mandant, ce dernier demeure engagé par l'acte du mandataire, sauf si le tiers connaît, ou ne pouvait ignorer, le détournement de pouvoir. Cette application anticipée d'une solution qu'a consacrée l'ordonnance n<sup>o</sup> 2016-131 du 10 février 2016 se conçoit. Mais elle est, au cas d'espèce, particulièrement contestable car il n'était pas imputé au mandataire qu'un simple détournement de ses pouvoirs : le représentant infidèle avait également, semble-t-il, agi sans pouvoir. Or l'absence de pouvoirs et le détournement de pouvoir sont d'essences différentes ; leurs régimes ne sauraient être assimilés.

par Sophie Pellet

**P. 19** Quelle articulation entre responsabilité du fait des produits défectueux et garantie des vices cachés ?

*Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 avr. 2023, n<sup>o</sup> 21-23726, F-B*

RDC201o7 **I** La responsabilité du producteur peut être recherchée, d'une part, sur le fondement de la responsabilité du fait des produits défectueux au titre du dommage qui résulte d'une atteinte à la personne ou à un bien autre que le produit défectueux lui-même, d'autre part, sur le fondement de la garantie de vices cachés au titre notamment du dommage qui résulte d'une atteinte au produit qu'il a vendu.

par Jonas Knetsch

#### Régime des obligations contractuelles

**P. 24** Le titre exécutoire et la subrogation

*Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 avr. 2023, n<sup>o</sup> 22-16060, FS-B*

RDC201o4 **I** Par une décision publiée au *Bulletin*, la Cour de cassation vient affirmer que « la subrogation investit le subrogé de la créance primitive, avec tous ses avantages et accessoires existant à la date du paiement ». Cet enseignement était prévisible, mais n'en reste pas moins bienvenu. Toutefois, dans l'arrêt commenté, il est mis au service d'une déduction fort discutable au fond, qui revient de façon peu opportune sur ce que les premiers juges avaient décidé.

par Rémy Libchaber

### Contrats spéciaux

#### Contrats et nouvelles technologies

**P. 26** Usage des technologies disruptives : les ressources du contrat

RDC201n6 **I** L'utilisation des technologies disruptives (telles que l'intelligence artificielle générative, les métavers, les NFT...) dans le cadre d'opérations commerciales se réalise aujourd'hui à l'aide du contrat. Cette pratique est généralement peu mise en valeur dans le cadre de chroniques « savantes ». Une fois n'est pas coutume, celle-ci est ici envisagée à partir de deux exemples concrets afin de vérifier que le contrat est toujours un acte de prévision.

par Jean-Michel Bruguière

## P. 30 Observations sur les deux avant-projets de réforme des principaux contrats

*Association Henri Capitant, Offre de réforme du droit des contrats spéciaux, remise à la Chancellerie en 2020*

*Avant-projet de réforme du droit des contrats spéciaux, commission présidée par le professeur Philippe Stoffel-Munck, remis à la Chancellerie en 2022*

RDC201n4 | Les deux avant-projets de réforme du droit des contrats spéciaux apparaissent assez passistes, dans le choix des contrats notamment, et suscitent des propositions novatrices, dans le numérique tout particulièrement.

par Jérôme Huet

## P. 33 De l'usage d'un courrier électronique pour exercer un droit de rétractation

*Cass. 3<sup>e</sup> civ., 2 févr. 2022, n<sup>o</sup> 20-23468, FS-DB*

RDC201o3 | La faculté de rétractation de l'acquéreur prévue à l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation pouvant être exercée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout autre moyen présentant des garanties équivalentes pour la détermination de la date de réception ou de remise, les juges d'appel doivent rechercher si l'envoi d'un courriel n'a pas permis aux acquéreurs d'exercer régulièrement cette faculté de rétractation.

par Jérôme Huet

## Contrats translatifs

### P. 34 Droit de la vente et responsabilité du fait des produits défectueux : option ou éviction ?

*Cass. 1<sup>e</sup> civ., 19 avr. 2023, n<sup>o</sup> 21-23726, F-B*

RDC201n9 | Aux termes de l'article 1245-17 du Code civil, le régime spécial de responsabilité du fait des produits défectueux ne porte pas atteinte aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre du droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle ou au titre d'un régime spécial de responsabilité. La victime disposerait ainsi d'une option entre droit spécial et droit commun. Pourtant, une récente décision de la Cour de cassation laisse entendre qu'à l'option, la haute juridiction préférerait l'éviction.

par Louis Thibierge

### P. 37 Défiscalisation : du miroir aux alouettes

*Cass. 3<sup>e</sup> civ., 16 mars 2023, n<sup>o</sup> 21-25984, F-D*

RDC201p1 | Lorsque l'opération de défiscalisation ne présente pas la rentabilité promise, quels recours s'offrent à l'investisseur marié ? L'apprenti spéculateur peut-il se prévaloir de ce défaut de rentabilité pour remettre en cause la vente ? Faut-il, au contraire, lui opposer les risques du métier ?

par Louis Thibierge

## Contrats de jouissance

### P. 41 Les mesures d'exécution du contrat par un tiers aux frais du contractant défaillant : exécution du contrat ou indemnisation ?

*Cass. 3<sup>e</sup> civ., 6 avr. 2023, n<sup>o</sup> 19-14118, 19-14119, FS-B*

RDC201o9 | Dans un arrêt soigneusement rédigé, la Cour pose qu'« en cas de manquement du bailleur à son obligation de délivrance, le locataire peut, d'une part, obtenir l'indemnisation des conséquences dommageables de l'inexécution par le bailleur des travaux lui incombant, d'autre part, soit obtenir l'exécution forcée en nature, soit être autorisé à faire exécuter lui-même les travaux et obtenir l'avance des sommes nécessaires à cette exécution ». Elle en déduit que « le coût des travaux de remise en état des locaux ne constitue pas un préjudice indemnisable mais une avance sur l'exécution des travaux ». Même si elle révèle la porosité entre l'exécution du contrat et l'indemnisation d'un préjudice, la solution est parfaitement fondée.

par Jean-Baptiste Seube

## Contrats et droit des sociétés

### P. 43 La durée d'un pacte d'associés peut valablement être adossée sur celle de la société

*Cass. 1<sup>e</sup> civ., 25 janv. 2023, n<sup>o</sup> 19-25478, FS-B*

RDC201p8 | Après presque 20 ans d'errements jurisprudentiels, la question hautement sensible en pratique de la durée des pactes d'associés serait-elle enfin résolue ? La première chambre civile de la Cour de cassation, qui a rendu cet arrêt, ainsi que la chambre commerciale, qui a délibéré sur l'un des moyens, délivrent une solution pragmatique, entre droit des contrats et droit des sociétés. Sur le double fondement de l'ancien article 1134, alinéa 1<sup>er</sup>, et de l'article 1838 du Code civil, la Cour décide que « la prohibition des engagements perpétuels n'interdit pas de conclure un pacte d'associés pour la durée de la vie de la société, de sorte que les parties ne peuvent y mettre fin unilatéralement ». Ce faisant, elle étend aux pactes d'associés l'application d'un élément du régime du contrat de société : sa durée dérogatoire, qui peut aller jusqu'à 99 ans sans porter atteinte au principe de prohibition des engagements perpétuels. Cette solution, en apparence claire, mérite néanmoins quelques précisions.

par Julia Heinich

**P. 48 Revirement sur les nullités des décisions collectives dans la SAS : en attendant le législateur...**

*Cass. com., 15 mars 2023, n° 21-18324, FS-B*

RDC201q2 **¶** La violation d'une clause statutaire prévoyant, en application de l'article L. 227-9, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de commerce, le domaine de compétence de la collectivité des associés et les modalités des décisions collectives, entraîne désormais la nullité des décisions sociales en application de l'alinéa 4 du même article, lorsque cette violation est « de nature à influer sur le résultat du processus de décision ». Ce revirement de jurisprudence, justifié par un impératif de bon fonctionnement et de sécurité de la SAS, pose un certain nombre de questions. Il est souhaitable qu'il provoque une réaction législative.

par Marie Caffin-Moi

## Contrat et autres droits

### Droit processuel

**P. 52 Contrat-cadre de distribution, qualification du contrat et compétence internationale**

*Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 avr. 2023, n° 22-15689, F-B*

RDC201o8 **¶** Il résulte de l'article 46 du Code de procédure civile que, lorsqu'il n'y a ni convention internationale ni règlement européen relatif à la compétence judiciaire, la compétence internationale se détermine par extension des règles de compétence territoriale interne, de sorte que le demandeur peut, en matière contractuelle, saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur, la juridiction du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service.

par Yves-Marie Serinet et Xavier Boucoba

### Droit pénal

**P. 56 Pas d'organisation frauduleuse de l'insolvabilité en cas de condamnation au paiement d'une somme de nature contractuelle**

*Cass. crim., 5 avr. 2023, n° 21-80478, FS-B*

RDC201p0 **¶** La somme allouée au salarié par le juge du contrat de travail en réparation d'un harcèlement moral est une créance de nature contractuelle, ce qui l'exclut des condamnations pécuniaires qui peuvent donner lieu à l'application de l'organisation frauduleuse de l'insolvabilité incriminée à l'article 314-7 du Code pénal.

par Valérie Malabat

**P. 61 Tromperie : de la présomption d'offre de vente à la présomption de tentative de tromperie**

*Cass. crim., 4 oct. 2022, n° 21-84517, F-D*

RDC201p3 **¶** La détention, dans les locaux professionnels d'un négociant dont l'activité est d'acheter et vendre, d'excédents de vins figurant dans les déclarations de récolte et en comptabilité sous les appellations revendiquées lors du contrôle, détermine un début de processus de fabrication et de commercialisation, présume leur offre à la vente et caractérise l'intention de vendre ces vins sous lesdites appellations.

par Valérie Malabat

### Droit de la consommation

**P. 64 La réforme de l'action de groupe est en cours : regard sur la proposition de loi**

*AN, prop. L. n° 87, adoptée le 8 mars 2023 : <https://lexit.so/xykp-n>*

RDC201o2 **¶** Une réforme d'ampleur de l'action de groupe a débuté par le vote en première lecture à l'Assemblée nationale d'une proposition de loi. Le texte, en cours de discussion, apporte de nombreux changements aux dispositifs existants. Il propose de supprimer l'ensemble des actions de groupe actuelles, pour les remplacer par un mécanisme unique, universel et général. Le texte réalise par ailleurs la transposition de la directive du 25 novembre 2020 sur les actions représentatives et comprend nombre de dispositions nouvelles : réparation de tout type de préjudice, élargissement des personnes pouvant intenter une action de groupe, introduction dans le Code civil d'un mécanisme de sanction civile pour réprimer les fautes lucratives... Manifestement, le législateur est ici en quête d'effectivité et d'efficacité.

par Jérôme Julien

**P. 70 Quand le droit de la consommation favorise l'enrichissement sans cause du consommateur**

*Brèves réflexions à la lumière du régime des contrats conclus hors établissement*

*CJUE, 17 mai 2023, n° C-97/22*

RDC201o5 **¶** Les dispositions de la directive du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs doivent être interprétées en ce sens que le consommateur se trouve exonéré de toute obligation de payer les prestations fournies en exécution d'un contrat hors établissement, lorsque le professionnel ne lui a pas transmis les informations relatives au droit de rétractation, et que ce consommateur a exercé ce droit après l'exécution de ce contrat.

par Jean-Denis Pellier

## Droit de la concurrence

**P. 74** Extension du domaine du contrôle judiciaire du prix : les réductions de prix peuvent être contrôlées au titre de l'article L. 442-6, I, 1°, du Code de commerce

*Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 janv. 2023, n<sup>o</sup> 21-11163, FS-B*

RDC201p4 **■** Dans un important arrêt du 11 janvier 2023, la chambre commerciale de la Cour de cassation décide que l'article L. 442-6, I, 1°, du Code de commerce, qui sanctionne l'obtention d'un avantage ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu, s'applique à des réductions de prix obtenues dans le cadre d'une relation entre un donneur d'ordre et ses sous-traitants. Ce faisant, la haute juridiction confirme que le dispositif permet un contrôle judiciaire des clauses relatives au prix.

par Jean-Christophe Roda

**P. 77** Déséquilibre significatif et boutiques d'applications : épisode 2

*T. com. Paris, 13<sup>e</sup> ch., 19 déc. 2022, n<sup>o</sup> 2017040626*

RDC201p5 **■** L'appréciation du déséquilibre significatif au sens de l'actuel article L. 442-1, I, 2°, du Code de commerce donne lieu à une pratique contrastée des juges du fond. Si certaines clauses font l'objet d'un traitement à peu près stabilisé, d'autres sont soumises à des variations difficilement explicables. Ce jugement de la 13<sup>e</sup> chambre du tribunal de commerce de Paris en fait la preuve à propos du contrat liant les dévelopeurs d'applications à la fameuse boutique d'applications d'Apple : l'App Store. Comme dans de précédentes affaires, cette chambre juge déséquilibrées les clauses traduisant une forme excessive d'unilatéralisme au profit de la partie forte et portant sur des déséquilibres accessoires par rapport à l'économie générale du contrat. En revanche, les clauses plus centrales, notamment celles relatives au prix, sont jugées équilibrées. Cette solution est exactement contraire à celle de la 15<sup>e</sup> chambre de ce même tribunal qui avait eu à connaître quelques mois plus tôt de l'affaire *Google Play Store*.

par Rafael Amaro

**P. 81** Nullité et réparation consécutives à une entente : précisions sur l'articulation entre droit primaire, droit dérivé et droit interne

*CJUE, 20 avr. 2023, n<sup>o</sup> C25/21*

RDC201p6 **■** Cet arrêt préjudiciel condense les principales tendances du contentieux privé du droit des pratiques anticoncurrentielles. Fidèle à sa doctrine *Courage*, la Cour de justice de l'Union européenne s'appuie sur le principe d'effectivité pour borner l'autonomie procédurale des États membres et remodeler certaines règles de droit interne qui régissent la mise en œuvre de la nullité et de la responsabilité. Ce faisant, elle s'attache à mieux délimiter le champ matériel et temporel de la directive *Dommages*. La Cour traite aussi d'une difficulté récurrente liée à l'articulation entre le contentieux répressif devant les autorités et le contentieux privé. Enfin, elle fixe le régime de la nullité des stipulations anticoncurrentielles.

par Rafael Amaro

## Droit administratif

**P. 86** L'absence de mise en concurrence préalable à la conclusion des contrats d'occupation du domaine privé : une question en suspens ?

*CE, 2 déc. 2022, n<sup>o</sup> 460100*

RDC201p2 **■** Dans cette affaire, le Conseil d'État juge qu'un bail sur le domaine privé d'une commune n'est pas constitutif d'une autorisation au sens de la directive *Services* n° 2006/123 et peut donc être conclu librement entre les parties. Reste à savoir si cette solution règle de façon définitive la question de la mise en concurrence des contrats sur le domaine privé des personnes publiques.

par Marion Ubaud-Bergeron

## Droit du travail

**P. 88** Rupture sur rupture qui vaut

*Cass. soc., 11 mai 2023, n<sup>o</sup> 21-18117, FS-B*

RDC201q0 **■** Lorsque le contrat de travail a été rompu par l'exercice par l'une ou l'autre des parties de son droit de résiliation unilatérale, la signature postérieure d'une rupture conventionnelle vaut renonciation commune à la rupture précédemment intervenue, même s'agissant d'un licenciement verbal antérieur.

par Grégoire Loiseau

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

## Droit des biens

### P. 90 Droit réel de jouissance spéciale et perception des loyers

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 6 avr. 2023, n<sup>o</sup> 21-19851, *F-D*

RDC201p9 **■** La convention qui stipule un droit de jouissance ou d'occupation d'un bien immobilier au profit de son seul titulaire lui confère le droit de louer ce bien et d'en percevoir les loyers.

par Frédéric Danos

### P. 96 Accession différée en matière d'usufruit : la Cour de cassation sème la zizanie

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 13 avr. 2023, n<sup>o</sup> 22-10487, *FS-B*

RDC201o6 **■** L'usufruitier qui construit sur le sol du nu-propriétaire devient propriétaire des édifices ainsi élevés. Le nu-propriétaire ne devient propriétaire de ces édifices qu'à la fin de l'usufruit s'il décide de les conserver et moyennant le paiement d'une indemnité à l'usufruitier. Dans le cas contraire, il peut contraindre l'usufruitier à les détruire à ses frais. Quoi qu'il en soit, pendant l'usufruit, le nu-propriétaire n'étant pas propriétaire de ces constructions, il ne peut mettre en œuvre la garantie décennale pour les désordres affectant les constructions réalisées par l'usufruitier puisque la loi attache cette garantie à la propriété de l'ouvrage.

par Antoine Tadros

## Sources du droit des contrats

### Théorie générale des sources

### P. 100 Recours pour excès de pouvoir contre une FAQ publiée sur le site internet du ministère de l'Économie : les « effets notables » du droit souple

CE, 3 févr. 2023, n<sup>o</sup> 451052

RDC201n7 **■** Par un arrêt du 3 février 2023, le Conseil d'État confirme que les réponses apportées par l'administration dans une foire aux questions (FAQ) peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir dès lors qu'elles produisent des effets notables. Est annulée la réponse apportée par l'administration dans le cadre d'une foire aux questions publiées sur son site internet écartant certains administrés du bénéfice du fonds de solidarité instauré au profit des entreprises particulièrement touchées par les conséquences de la crise sanitaire.

par Stéphane Gerry-Vernières

## Droit européen des contrats

### P. 104 Les restitutions consécutives

à l'anéantissement du contrat encadrées par le principe de proportionnalité

CEDH, 16 avr. 2023, n<sup>o</sup> 61380/15

RDC201o0 **■** L'acquéreur de mauvaise foi partiellement responsable de l'annulation de la vente qui a obtenu, en conséquence, un dédommagement d'une modicité relevant en pratique à le priver de tout remboursement a subi une charge excessive entraînant une rupture du juste équilibre dont l'article 1 du protocole n<sup>o</sup> 1 exige la préservation.

par Jean-Pierre Marguénaud

### P. 106 Droit à la vie et action des proches de la victime d'un accident de la route contre l'assureur du conducteur irresponsable

CEDH, 30 mai 2023, n<sup>o</sup> 56352/14

RDC201o1 **■** Le droit à la vie garanti par l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme, qui est applicable dans le contexte des accidents de la circulation causés par des personnes privées, engendre à la charge de l'État l'obligation procédurale de mettre en place un système permettant une réparation appropriée des dommages subis par les proches de la victime d'un accident de la route mortel provoqué par une personne qui n'est pas responsable en raison de son état mental.

par Jean-Pierre Marguénaud

# Dossier

## Traitements des difficultés des entreprises : le contrat, obstacle ou instrument ?

RDC201q4 | La fin du soutien de l'État à l'économie lié à la crise du Covid-19 a entraîné une nette reprise des défaillances d'entreprises, à telle enseigne que 2023 pourrait être l'année du *restructuring*. Une formation organisée par Lextenso, en partenariat avec la Revue des contrats, s'est tenue le 13 avril 2023 pour étudier la place du contrat dans le traitement des difficultés des entreprises.

Les modes contractuels de résolution des difficultés des entreprises ont les faveurs du législateur et des tribunaux, dans le traitement amiable comme judiciaire. Quel rôle pourront-ils jouer dans le contexte économique actuel ?

Réiproquement, la résolution des difficultés des entreprises passe fréquemment par une adaptation de leurs relations contractuelles. Comment les procédures amiables et judiciaire peuvent-elles être les instruments d'une modification du contrat ?

- Le *restructuring* : instrument d'adaptation du contrat, par Augustin Aynès • p. 108
- Le *restructuring* : instrument d'adaptation du contrat (le point de vue du mandataire judiciaire), par François Legrand • p. 113
- La formation et la conclusion de l'accord de conciliation, par François Kopf et Anaïs Alle • p. 115
- L'exécution de l'accord de conciliation dans le cadre du traitement des difficultés des entreprises, par Maud Laroche • p. 120
- Le contrat, outil de traitement amiable (le point de vue du mandataire judiciaire), par François Legrand • p. 125

### P. 108 Le *restructuring* : instrument d'adaptation du contrat

RDC201n8 | Afin de promouvoir la poursuite d'activité, le droit des entreprises en difficulté permet d'imposer le maintien des contrats au mépris du principe de la force obligatoire. D'autres règles favorisent leur aménagement, afin de les adapter aux besoins et à la situation de l'entreprise en difficulté. Les procédures amiables ou judiciaires du Livre VI du Code de commerce apparaissent ainsi de nature à permettre une adaptation du contrat à l'évolution de la situation économique de l'un des parties, davantage que les règles du droit commun des obligations.

par Augustin Aynès

### P. 113 Le *restructuring* : instrument d'adaptation du contrat (le point de vue du mandataire judiciaire)

RDC201q1 | La procédure de conciliation, contrairement à la procédure de mandat *ad hoc*, permet de forcer le lien contractuel en présence d'un créancier récalcitrant avec cependant certaines limites. En procédure judiciaire, sauvegarde et redressement judiciaire, le cocontractant va pouvoir se voir imposer la poursuite du contrat ou la cession à un tiers du contrat dans le cadre d'un plan de cession. Le privilège *post money* va sécuriser le créancier qui accompagne l'entreprise en difficulté, mais sa garantie en pratique connaît une efficacité relative.

par François Legrand

### P. 115 La formation et la conclusion de l'accord de conciliation

RDC201q6 | L'accord de conciliation a été conçu par le législateur comme une solution de restructuration consensuelle, par contraste avec la discipline collective caractérisant les procédures collectives. En ce sens, la formation et la conclusion de l'accord de conciliation obéissent aux règles de droit des contrats. Cependant, afin de renforcer l'efficacité de cette procédure de prévention des difficultés des entreprises, le législateur a introduit des mesures qui influencent l'équilibre des négociations et, ainsi, le type et le contenu du contrat de conciliation.

par François Kopf et Anaïs Alle

### P. 120 L'exécution de l'accord de conciliation dans le cadre du traitement des difficultés des entreprises

RDC201n5 | La convention de conciliation peut être constatée par le président du tribunal de la procédure ou homologuée par ce tribunal, comme elle peut ne faire l'objet d'aucune démarche judiciaire finale. Sa portée peut ainsi être modulée par le débiteur, en accord avec les créanciers signataires, à la recherche de la solution la plus efficace pour le traitement de ses difficultés. Constatée ou homologuée, la convention devient indivisible, ce qui pourrait se révéler néfaste si les parties n'anticipent pas son échec.

par Maud Laroche

**P. 125 Le contrat, outil de traitement amiable (le point de vue du mandataire judiciaire)**

RDC201q3 Un protocole de conciliation constaté par le président du tribunal ou homologué par le tribunal bénéficie de la force exécutoire, ce qui n'est pas le cas de l'accord intervenu en mandat *ad hoc* ou dans le cadre d'un mandat à l'exécution de l'accord. La confidentialité de la

procédure préventive s'impose tant aux tiers qu'aux parties à la procédure. Le créancier, qui a consenti, pour les besoins de l'accord, une avance donnant naissance à une nouvelle créance garantie par un cautionnement, est en mesure de demander l'exécution par la caution de cet engagement, en dépit de la caducité de l'accord.

par François Legrand

**Prix de thèse 2023 de la Revue des contrats**

Pour l'édition 2023 du prix de thèse de la *Revue des contrats*, les candidats ayant soutenu leur thèse après le 31 décembre 2022 doivent faire parvenir leur thèse ainsi que leur rapport de soutenance avant le 31 décembre 2023. Le prix de thèse sera remis à l'issue du colloque annuel de la revue.

Les candidats doivent adresser leur thèse à Nadine Lolli à l'adresse suivante :

LEXTENSO - La Grande Arche, Paroi Nord – 30<sup>e</sup> étage - 1 Parvis de La Défense 92044 Paris – La Défense

Le prix de thèse de la *Revue des contrats* offre la possibilité d'une publication.

Les colauréates du prix 2021 sont :

- Marion Bleusez, pour sa thèse intitulée « La perfection du contrat » ;
- Léa Molina, pour sa thèse intitulée « La prérogative contractuelle ».

Les colauréates du prix 2022 sont :

- Isabelle Boismery, pour sa thèse intitulée « Essai d'une théorie générale des contrats spéciaux » ;
- Gisèle Zouein, pour sa thèse intitulée « Les promesses unilatérales de cession forcée d'actions : Réflexions sur l'obligation comme garantie et peine privée dans le cadre des pactes d'actionnaires : Étude à partir des droits français et libanais ».

**Table chronologique des sources commentées**

**2022**

**FÉVRIER**

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 2 févr. 2022, n° 20-23468, FS-DB .....p. 33 RDC201o3

**OCTOBRE**

Cass. crim., 4 oct. 2022, n° 21-84517, F-D .....p. 61 RDC201p3

**DÉCEMBRE**

CE, 2 déc. 2022, n° 460100 .....p. 86 RDC201p2  
T. com. Paris, 13<sup>e</sup> ch., 19 déc. 2022, n° 2017040626..p. 77 RDC201p5

**2023**

**JANVIER**

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 janv. 2023, n° 21-11163, FS-B.....p. 74 RDC201p4  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 janv. 2023, n° 19-25478, FS-B.....p. 43 RDC201p8

**FÉVRIER**

CE, 3 févr. 2023, n° 451052 .....p. 100 RDC201n7

**MARS**

AN, prop. L. n° 87, adoptée le 8 mars 2023 :  
<https://lex.so/xykp-n>.....p. 64 RDC201o2  
Cass. com., 15 mars 2023, n° 21-18324, FS-B.....p. 48 RDC201q2

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 16 mars 2023, n° 21-25984, F-D .....p. 37 RDC201p1  
Cass. com., 29 mars 2023, n° 22-10001, FS-B.....p. 14 RDC201n3

**AVRIL**

Cass. crim., 5 avr. 2023, n° 21-80478, FS-B .....p. 56 RDC201p0  
Cass. 3<sup>e</sup> civ., 6 avr. 2023, n° 19-14118, 19-14119,  
FS-B.....p. 41 RDC201o9  
Cass. 3<sup>e</sup> civ., 6 avr. 2023, n° 21-19851, F-D .....p. 90 RDC201p9  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 avr. 2023, n° 22-16060, FS-B .....p. 24 RDC201o4  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 avr. 2023, n° 22-15689, F-B .....p. 52 RDC201o8  
Cass. 3<sup>e</sup> civ., 13 avr. 2023, n° 22-10487, FS-B .....p. 96 RDC201o6  
CEDH, 16 avr. 2023, n° 61380/15 .....p. 104 RDC201o0  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 avr. 2023, n° 21-23726, F-B .....p. 19 RDC201o7  
.....p. 34 RDC201n9  
CJUE, 20 avr. 2023, n° C25/21 .....p. 81 RDC201p6

**MAI**

Cass. soc., 11 mai 2023, n° 21-18117, FS-B.....p. 88 RDC201q0  
CJUE, 17 mai 2023, n° C-97/22.....p. 70 RDC201o5  
Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 mai 2023, n° 21-23174, FS-B.....p. 9 RDC201p7  
CEDH, 30 mai 2023, n° 56352/14 .....p. 106 RDC201o1