



D@NTE
Laboratoire de droit des affaires
et nouvelles technologies



UNIVERSITÉ DE
VERSAILLES
ST-QUENTIN-EN-YVELINES
université PARIS-SACLAY

BACAV

Bulletin commenté des arrêts de la Cour d'appel de Versailles

**Par les membres du laboratoire DANTE
(Droit des affaires et nouvelles technologies)**

2016

Ce premier numéro du Bulletin des arrêts de la Cour d'appel de Versailles (dénommé le BACAV) est le fruit d'une initiative mise en place par la Cour d'appel et l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines (Paris Saclay) à l'occasion d'une convention de partenariat signée au mois d'avril 2016 et dont un comité scientifique, composé de deux enseignants-chercheurs, Mesdames Natacha Sauphanor-Brouillaud et Victoire Lasbordes - de Virville du laboratoire DANTE (droit des affaires et des nouvelles technologies) de la Faculté de droit, assure le suivi.

Les membres du laboratoire DANTE, enseignants-chercheurs et doctorants, livreront une analyse des arrêts, qu'ils choisissent en fonction de leurs spécialités, parmi les décisions sélectionnées par le comité scientifique après transmission par la Cour d'appel.

Trois fois dans l'année, un recueil de ces analyses pourra ainsi être diffusé auprès des magistrats de la Cour d'appel de Versailles grâce à l'implication des enseignants-chercheurs et des doctorants, également investis dans le renforcement des liens entre le Palais et l'Université. Cette collaboration pourrait d'ailleurs se prolonger par des réflexions croisées entre magistrats et universitaires lors de rencontre(s) annuelle(s) dont nous projetons d'organiser la mise en place.

Victoire Lasbordes - de Virville

Maître de conférences en droit privé

*Université de Versailles – Saint-Quentin (Paris-Saclay)
Laboratoire Dante*

Natacha Sauphanor-Brouillaud

Agrégée des facultés de droit

Professeur en droit privé

Si le droit de la responsabilité civile est à l'honneur dans cette première livraison avec d'une part les affaires du Mediator (R.G., n° 15/08232 ; R.G., n° 15/01493) et d'autre part la réparation du préjudice causé par une faute du diagnostiqueur d'amiante (R.G., n° 13/08160), de nombreuses autres matières ont fait l'objet de très intéressantes décisions rendues par la Cour d'appel de Versailles. En matière d'arbitrage, trois affaires, ayant fait l'objet de quatre décisions de la Cour ont été ainsi commentées. Elles abordent chacune des questions importantes pour la compréhension de la matière qu'il s'agisse de la validité de la clause d'arbitrage par référence conclue par oral (R.G., n° 14/06802), de la différence entre interprétation et modification du dispositif d'une sentence arbitrale - question d'un grand enjeu pratique puisqu'elle délimite les pouvoirs du juge de l'exécution- (R.G., n° 15/00782 et n° 16/03409) ou enfin de l'étendue du contrôle par le juge de l'annulation d'une sentence, des questions de recevabilité de la demande et de compétence du tribunal arbitral (R.G., n° 15/03050 et n° 15/03639). La question du contrôle du juge se décline également en droit international privé, la Cour d'appel de Versailles ayant eu à vérifier la régularité d'une décision étrangère (R.G., n° 15/00630). En droit des contrats, le contentieux de la résolution unilatérale s'est présenté aux magistrats à l'occasion de la rupture d'un contrat assez original, le contrat de distribution de jeux de grattage (R.G., n° 13/08893). La propriété industrielle est également abordée à travers l'analyse de la possibilité pour un signe d'avoir acquis par l'usage un caractère distinctif suffisant (R.G., n° 14/06332). Enfin, en droit du travail, l'examen du préavis de grève posé par des organisations syndicales du secteur de l'audiovisuel public est l'occasion de signaler l'effet pervers de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication qui en n'imposant pas, dans ce secteur, de condition de motivation du préavis, porte atteinte à la substance du droit de grève (R.G., n° 15/01369).

ARBITRAGE

CA Versailles, 1^{re} chambre, 14 janvier 2016

R.G., n° 14/06802, *GAEC de la Berhaudière c. SAS Hautbois*,

Cour d'appel de Versailles, 16^{ème} chambre, 31 mars 2016,

R.G., n° 15/00782, *Orion Satellite Communications c. Russian Satellite Communications Company*

Cour d'appel de Versailles, 16^{ème} chambre, 7 juillet 2016

R.G., n°16/03409, *Orion Satellite Communications c. Russian Satellite Communications Company*

CA Versailles, 1^{re} chambre, 30 juin 2016

R.G. n° 15/03050 et 15/03639, *M. Ziad Fakhri et société Jnah Development S.A.L. c. société Marriott International Hotels Inc*

Par :

Thomas Clay

Agrégé des facultés de droit

Professeur à l'Université de Versailles – Saint-Quentin (Paris-Saclay)

Laboratoire DANTE

Directeur du Master Arbitrage & Commerce international

thomas.clay@uvsq.fr

Denis Mouralis

Agrégé des facultés de droit

Professeur à Aix Marseille Université (Centre de droit économique)

Membre associé du laboratoire DANTE

Conseiller du Centre de médiation et d'arbitrage de Paris (CMAP)

denis.mouralis@univ-amu.fr

Si, en matière de droit de l'arbitrage, la Cour d'appel de Paris joue, depuis toujours un rôle prépondérant, celle de Versailles apporte régulièrement sa pierre à l'édifice. Comme Cour de renvoi, ou non, elle joue de plus en plus un rôle clé sur l'affinement du droit positif de l'arbitrage. Les quatre arrêts commentés ici en attestent, s'il en était besoin. Il était donc naturel que le pôle de recherche en droit de l'arbitrage de l'Université de Versailles, le plus dense du territoire, soit mis à contribution pour commenter les décisions de la Cour d'appel de Versailles et, dans une version locale du croisement des sources du droit, mettent de la manière la plus profitable en synergie jurisprudence et doctrine versaillaises.

T.C. et D.M.

CA Versailles, 1^{re} chambre, 14 janvier 2016

R.G., n° 14/06802, *GAEC de la Berhaudière c. SAS Hautbois*

Il n'est pas toujours besoins de grands enjeux pour poser de grandes questions. L'arrêt commenté en fait une fois de plus la démonstration. Le montant du litige ? 8.750 euros. Et pourtant cet arrêt intervient après une sentence arbitrale rendue par cinq arbitres sous l'égide de la Chambre internationale d'arbitrage de Paris, d'ailleurs précédée d'un projet de sentence, suivi d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris et même d'un arrêt de la Cour de cassation qui l'a cassé. Trois décisions de justice, donc, déjà rendues au sujet d'une commande de colza, d'orge et de blé, passée en 2010 par la société Hautbois au GAEC de la Berhaudière. Cette commande, formulée verbalement, renvoyait aux conditions générales d'achat de l'acheteuse qui contenaient une clause compromissoire.

Une demande d'arbitrage fut donc formée devant le centre d'arbitrage choisi, qui appliquait un ancien dispositif prévoyant qu'un projet de sentence serait d'abord rendu, lequel se convertirait en sentence si les parties l'acceptaient (ancien art. 1455 CPC, abrogé par le décret du 13 janvier 2011). Ce ne fut pas le cas. Un deuxième tribunal arbitral fut donc constitué qui fit droit à la demande d'arbitrage par une sentence rendue le 25 août 2011. Celle-ci fut annulée par la Cour d'appel de Paris au motif que la preuve de l'existence de la clause compromissoire n'était pas rapportée (Paris 4 déc. 2012, *rép. gén.* n° 11/17334 ; *PA* 2013, n° 85, p. 12, note S. Akhouad ; *Rev. arb.* 2013, p. 449, note D. Vidal ; *D.* 2013, *Panor.*, p. 2938, obs. Th. Clay ; *Gaz. Pal.* 6-8 janv. 2013, p. 19, obs. D. Bensaude). Pourtant, cette décision aboutit à une cassation brutale par la Haute Cour le 14 mai 2014, sur la base de l'article 1447, avec visa et chapeau, pour rappeler que l'autonomie de la clause compromissoire n'est pas affectée par l'absence de preuve de l'existence du contrat principal : « *La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte et n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-*

ci » (Cass. 1^{re} civ., 14 mai 2014, n° 13-15827 ; *Procédures* 2014.207, note L. Weiller ; *Rev. arb.* 2014, p. 937, note D. Bureau ; *JCP* 2014, *doctr.*, 857 § 1^{er}, obs. Ch. Seraglini ; *D.* 2014, pan., P ; 2541, obs. Th. Clay ; *RTD civ.* 2014, p. 641, obs. H. Barbier ; *RTD com.* 2015, p. 63, obs. E. Loquin ; *Gaz. Pal.* 21-22 nov. 2014, p. 21, obs. D. Bensaude).

Les parties s'opposaient donc, de manière assez classique, sur la question dite de la clause compromissoire par référence, c'est-à-dire celle qui figure dans un acte différent de celui qui est signé et auquel il renvoie. La demanderesse estimait qu'elle n'avait jamais accepté une telle clause, contenue dans des conditions générales d'achat dont l'application n'était mentionnée qu'en petits caractères au pied du *verso* du contrat, sans que le *recto* ne s'y réfère, qu'il n'y avait aucun courant d'affaires entre les parties pouvant s'appuyer sur une pratique arbitrale quelconque et que, enfin, s'agissant d'une entreprise agricole, elle était peu familière de l'arbitrage.

Pour la défenderesse, au contraire, l'acceptation de la clause compromissoire n'était pas douteuse, en ce qu'elle ressortait à la fois des usages professionnels et des pratiques contractuelles, en ce que les conditions générales d'achat avaient été visées au *recto* du contrat et en ce que l'arbitrage est une pratique courante en matière agricole. Elle ajoutait que, entre les parties, les conditions générales d'achat litigieuses ont toujours été acceptées par l'acheteuse qui faisait soudainement mine de découvrir la clause compromissoire au moment du litige.

La question portait donc sur l'opposabilité de la clause compromissoire contenue dans les conditions générales d'achat. Formulée ainsi, cette interrogation ne poserait pas de difficulté car voilà bien longtemps que le Code de procédure civile reconnaît la validité des clauses compromissoires par référence (ancien art. 1443). Le particularisme de l'espèce tenait au fait que le contrat principal avait été conclu, non pas par écrit, mais par oral. Certes, chacun sait que, en droit commun l'écrit n'est pas une condition de validité des contrats. Mais chacun sait aussi que l'écrit est une condition de validité de la clause compromissoire interne. En l'espèce, elle figurait dans les conditions générales d'achat. Mais l'acte qui y renvoyait, lui, ne reposait pas sur un contrat signé par les deux parties, puisqu'il s'agissait d'un bon de commande émis par la seule acheteuse, renvoyant à ses propres conditions générales d'achat. Est-ce que cela pouvait suffire ?

La Cour d'appel de Versailles répond ici par l'affirmative arguant du fait que deux autres commandes passées le même jour, dans les mêmes conditions, avaient été exécutées par la société vendeuse. Elle ajoute que cette relation d'affaires était également constituée de douze contrats écrits conclus en 2008 et 2009, créant un véritable « courant d'affaire », et elle précise enfin que ces contrats comportaient un *recto* avec des conditions particulières qui renvoyaient bien au *verso* contenant les conditions générales dont faisait partie la clause compromissoire. La Cour de Versailles répond donc de la manière suivante : « *Considérant qu'en consentant par écrit à de nombreuses reprises en 2008 et 2009 aux conditions particulières, lesquelles renvoient expressément et de façon très apparente aux conditions générales figurant au verso, le GAEC a accepté que ses relations contractuelles présentes et à venir avec la société Hautbois soient régies selon lesdites conditions générales et, en particulier, accepté que les différends susceptibles de naître de ces relations soient réglés par voie d'arbitrage ; qu'il n'est pas allégué qu'il aurait été mis fin à ces relations contractuelles, la conclusion de contrats verbaux en 2010, dont deux ont été exécutés, établissent au contraire leur poursuite* ». En d'autres termes, inutile de signer ces contrats pour qu'ils soient valables, surtout s'ils ont été exécutés.

Il est permis de ne pas être convaincu par cette solution, bien qu'elle s'inscrive dans la continuité de l'arrêt de la Cour de cassation après lequel la Cour de céans statue. Même si l'on approuve la volonté de favoriser l'arbitrage et de donner effet à l'engagement compromissoire, et même si l'on est convaincu que les arguments de la demanderesse pour échapper à l'arbitrage ont été invoqués de mauvaise foi, il manque à notre sens une étape dans le raisonnement de la Cour d'appel de Versailles pour donner plein effet à la clause compromissoire de l'espèce.

L'arrêt considère en effet qu'un écrit, au sens où il est signé par les deux parties, n'est plus nécessaire pour la clause compromissoire. Celle-ci peut naître des relations antérieures entre les parties, leur courant d'affaires, voire les pratiques du secteur. Il est exact que cette interprétation existe, mais pas pour l'acte principal censé sceller l'accord des parties, mais pour l'acte auquel cet accord renvoie et qui contient la clause compromissoire. Il y a ici ce qui pourrait être considéré comme une inversion des actes. Autant on peut comprendre que l'acte auquel il est renvoyé peut être d'une forme souple, au point de n'être constitué que des relations antérieures des parties, autant l'acte qui renvoie, lui, doit respecter les conditions de validité fixées par le Code de procédure civile. Or celui-ci a toujours exigé que la clause compromissoire interne soit rédigée par écrit « à peine de nullité » (art. 1442 ancien, applicable ; nouvel article 1443). L'écrit est donc une condition de validité, et, en l'espèce, la clause compromissoire n'est pas conclue par écrit car ni l'acte principal ni l'acte auquel il est renvoyé ne sont écrits. La clause compromissoire est donc nulle.

Le droit de l'arbitrage est suffisamment souple et compréhensif pour ne pas outrepasser les rares contraintes qu'il impose, comme justement l'écrit *ad validitatem* pour la clause compromissoire interne. C'est même devenue la seule exigence. On accepte bien sûr le contrat oral en droit français, on accepte aussi la clause compromissoire par référence, mais on ne peut pas accepter le cumul des deux. Le contrat oral qui renverrait à une clause compromissoire ne reposant sur aucun écrit viole, à notre sens, l'exigence d'écrit de la clause compromissoire interne.

Dans cette affaire, la Cour de cassation avait tenté de contourner la difficulté en posant que l'absence de preuve était finalement intégrée dans les cas d'inefficacité de l'acte principal, lesquels cédaient face au sacro-saint principe d'autonomie de la clause compromissoire. L'arrêt rapporté s'inscrit aussi dans cette logique en citant l'article 1447 nouveau du Code de procédure civile qui consacre ce principe (même si l'on sera un peu surpris qu'il soit cité comme étant l'article 1442 ancien).

Cette approche, pour intéressante qu'elle soit, relève en réalité de la preuve de l'acte et non de sa validité. Peu importe que pour le prouver il faille le compléter par un élément extrinsèque dès lors que l'écrit est exigé *ad validitatem* et non *ad probationem*. A trop vouloir favoriser l'arbitrage, on en oublie qu'il n'est légitime que s'il a été véritablement voulu par les parties, c'est ce qui lui donne sa pleine puissance, et c'est pourquoi le législateur a prévu que, en matière interne, la cause compromissoire doit être conclue par écrit. Ce n'est pas négociable.

T.C.

Cour d'appel de Versailles, 16^{ème} chambre, 31 mars 2016,
R.G., n° 15/00782, *Orion Satellite Communications c. Russian Satellite Communications Company*
Cour d'appel de Versailles, 16^{ème} chambre, 7 juillet 2016
R.G., n°16/03409, *Orion Satellite Communications c. Russian Satellite Communications Company*

Voici que la Cour d'appel de Versailles intervient à son tour dans la saga *Orion*, par deux arrêts, le premier ayant donné lieu à une requête en omission de statuer. C'est l'occasion pour la deuxième cour d'appel du pays de rappeler les contours du pouvoir du juge de l'exécution, à propos du contentieux relatif à l'exécution forcée d'une sentence arbitrale internationale. Afin de comprendre ces décisions, il faut rappeler l'historique de l'affaire.

Par une sentence arbitrale rendue à Moscou le 3 décembre 2004, la société Russian Satellite Communications Company (ci-après : RSCC) fut condamnée à payer à la société Orion Satellite Communications (ci-après : Orion) la somme de 42.820.000 euros, outre les intérêts. Cette sentence ayant reçu l'exequatur en France, Orion fit pratiquer une saisie-vente sur les actions détenues par sa débitrice dans le capital d'Eutelsat, afin d'avoir paiement du total de sa créance, qui, intérêts compris, s'élevait selon elle à 56.330.971,66 euros.

Toutefois, le juge de l'exécution cantonna la mesure au principal de la créance, estimant que la sentence n'expliquait pas clairement comment calculer les intérêts. Saisie d'un recours contre ce jugement, la Cour d'appel de Paris (CA Paris, 31 janv. 2013, R.G. n° 12/10267, *Juris-Data* n° 2013-001677 ; *Rev. arb.* 2013, p. 460, note N. Meyer-Fabre) s'estima au contraire en mesure d'interpréter la sentence afin de calculer les intérêts dus par RSCC.

En l'espèce, selon la traduction française, la sentence indiquait que la créance devait produire « des intérêts au taux LIBOR ». Or, cet acronyme de *London Interbank Offer Rate*, désigne non pas un mais plusieurs taux d'intérêts, publiés chaque jour par la *British Bankers' Association*, à partir des taux auxquels un certain nombre de banques internationales déclarent quotidiennement être disposées à prêter et à emprunter sur le marché monétaire londonien, à plusieurs échéances et dans dix devises, notamment la livre sterling, l'euro et le dollar américain. Les taux ainsi définis varient donc chaque jour, en fonction de la devise et de la maturité, qui va d'un jour à douze mois.

Dès lors, la seule mention du « taux LIBOR » ne suffisait pas à déterminer le taux d'intérêt applicable. Toutefois, la Cour d'appel de Paris constata que la version originale russe précisait « intérêts annuels au taux LIBOR ». Or, selon elle, lorsque la sentence a été rédigée dans une langue étrangère, c'est la décision elle-même et non sa traduction française qui reçoit l'exequatur. Dès lors, il fallait donner effet à la précision figurant dans la version russe.

Néanmoins, même la version russe était sibylline. D'une part, on pouvait douter que l'expression « intérêts annuels au taux LIBOR » eût pour objet de désigner un taux LIBOR à un an car elle pouvait tout autant signifier que les intérêts seraient produits annuellement, quel qu'en fût le taux. D'autre part, même en admettant que le tribunal arbitral ait voulu viser un taux LIBOR à un an, il pouvait y avoir quatre manières de calculer les intérêts, en fonction, notamment, de la date de référence retenue, comme l'expliquait un rapport d'expertise produit par Orion. Et chacune de ces manières faisait varier sensiblement la solution.

Pourtant, la Cour d'appel de Paris, invoquant l'aspect contractuel de l'arbitrage, décida d'appliquer la méthode d'interprétation des conventions définie par le Code civil (art. 1188 à 1192 ; anc. art. 1156 à 1164), en particulier la règle selon laquelle la clause susceptible de deux sens doit être comprise dans celui où elle peut avoir un effet plutôt que dans celui où elle n'en produirait aucun (art. 1191 ; anc. art. 1157). Elle en déduisit que la sentence désignait le taux LIBOR à un an et, parmi les différents calculs possibles sur cette base, retint celui qui était le plus favorable au créancier, en ce qu'il aboutissait au montant d'intérêts le plus élevé. Assez étrangement, ce dernier choix était contraire au principe selon lequel les clauses ambiguës doivent être interprétées contre le créancier et en faveur du débiteur (art. 1190 ; anc. art. 1162). Cela dit, ce principe doit-il vraiment s'appliquer à l'exégèse d'une sentence (v. Meyer-Fabre, note précitée) ? Il faut bien admettre qu'interpréter un acte juridictionnel selon la méthode utilisée en matière contractuelle est en soi discutable.

Surtout, il était permis de reprocher à la Cour d'appel de Paris d'avoir outrepassé ses pouvoirs. En effet, si le juge de l'exécution peut interpréter les titres exécutoires, y compris les sentences arbitrales, il ne doit jamais modifier le dispositif d'une décision de justice (C. pr. civ., art. R. 121-1), limite que la Cour prit d'ailleurs soin de rappeler ! Or, confrontée à un chef de dispositif dont le créancier lui-même admettait qu'il était susceptible de plusieurs interprétations, la Cour en avait choisi une, de manière somme toute arbitraire. N'avait-elle pas ainsi ajouté à la sentence ?

Naturellement, la débitrice forma un pourvoi. La Cour de cassation (Cass. civ. 1^{ère}, 14 janv. 2015, n° 13-20.350, *Bull. civ.* 2015, I, n° 1 ; *D.* 2015, *Pan.*, p. 2288, obs. Th. Clay ; *Gaz. Pal.* 19 juin 2015, p. 20, obs. D. Bensaude ; *RJDA* 2015, p. 552) approuva la Cour d'appel d'avoir considéré que c'était la sentence arbitrale elle-même qui avait reçu l'exequatur et, qu'en cas de doute, la version originale devait faire foi. Toutefois, l'arrêt fut cassé en ce qu'il avait infirmé le jugement qui limitait les effets de la saisie au principal, parce que la Cour d'appel avait considéré que les deux parties étaient d'accord sur le fait que la sentence désignait un taux LIBOR annuel, alors que RSCC le contestait expressément dans ses conclusions. La Cour d'appel avait donc violé le principe dispositif (C. pr. civ., art. 4).

Le motif de cassation était évidemment frustrant, puisqu'il laissait sans réponse la question relative à la différence entre interprétation et modification du dispositif d'une sentence arbitrale, essentielle pour la délimitation des pouvoirs du juge de l'exécution. Il appartenait donc à la Cour d'appel de Versailles, juridiction de renvoi, de résoudre le problème, ce qu'elle fait de manière très convaincante, à travers les deux arrêts rapportés.

Par son arrêt du 31 mars 2016, la Cour d'appel de Versailles, constate d'abord que, si les parties sont d'accord pour considérer que la sentence prévoit un calcul des intérêts moratoires sur une base annuelle, elles divergent sur la maturité du taux LIBOR à retenir. Elle observe aussi que, à supposer qu'on décide d'utiliser un taux LIBOR annuel, encore faudrait-il déterminer la date de référence pour connaître le taux exact. C'est pourquoi le rapport d'expertise produit par Orion propose quatre calculs différents des intérêts.

Dès lors, explique la Cour, déterminer le taux d'intérêt applicable irait ici « *bien au-delà d'une simple interprétation de la sentence* » et Orion demandait en réalité au juge de l'exécution d'opter « *pour tel coût de financement plutôt que tel autre* ». Autrement dit, le juge de l'exécution ne pouvait ici déterminer le montant des intérêts sans ajouter à la sentence. Le jugement est donc confirmé en ce qu'il a cantonné la saisie-vente au montant du principal, à l'exclusion de tout intérêt.

Cette analyse, qui doit être approuvée, soulève néanmoins une question : que peuvent faire les parties lorsqu'elles se trouvent, comme ici, confrontées à une sentence tellement ambiguë que son exécution nécessite une précision qui dépasse la simple interprétation ? La Cour d'appel de Versailles s'attache à répondre à cette question, en rappelant un certain nombre de principes théoriques et pratiques, à partir de diverses solutions qui auraient pu être envisageables.

Une première solution est écartée, celle consistant, pour le créancier, à demander l'application du taux d'intérêt légal. C'est ce qu'Orion avait fait ici, à titre subsidiaire, mais la Cour d'appel rejette aussi cette demande, parce

que l'accueillir reviendrait à modifier le dispositif de la sentence, dès lors que l'arbitre s'était prononcé sur le taux d'intérêt, fût-ce de manière ambiguë, sans choisir le taux légal français. Cela dit, si la sentence ne s'était pas du tout prononcée sur les intérêts moratoires, la Cour aurait pu condamner le débiteur à en payer, sur la base du taux légal français (Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, *ABC International Bank c. Ball Recouvrement*, n° 01-10.269 et 01-11.718, *Bull. civ.* I, n° 189 ; *Rev. arb.* 2005, p. 655, note R. Libchaber ; *D.* 2004, *Pan.*, p. 3185, obs. Th. Clay ; *JCP* 2005, I, 676, n° 6, obs. J. Béguin ; *JCP, éd. E.*, 2004.1860, note G. Chabot ; *Clunet* 2005, p. 785, note M. Raimon ; *RTD com.* 2005, p. 267, obs. E. Loquin ; *Gaz. Pal.* 2005, p. 1622, note C. Baude-Texidor).

Une deuxième solution aurait consisté à demander au tribunal arbitral lui-même de préciser le sens du dispositif qu'il a adopté (C. pr. civ., art. 1485, al. 2 et 1506, 4°). Il a en effet une marge de manœuvre légèrement plus importante que celle du juge de l'exécution. Certes, dans le cadre d'un recours en interprétation, les arbitres ne peuvent modifier le sens de leur décision mais ils peuvent légitimement préciser ce sens, parce que, justement, il s'agit de leur décision. Au cas d'espèce, le tribunal arbitral aurait pu indiquer la maturité et la date de référence du taux LIBOR. C'est tout l'intérêt de saisir le tribunal arbitral, plutôt que d'attendre que le juge de l'exécution soit amené à se prononcer. Ce dernier ne peut qu'interpréter la sentence comme un observateur extérieur, ce qui l'empêche d'expliquer la signification d'une formule objectivement obscure, alors que le tribunal arbitral peut reformuler le dispositif afin d'exprimer sa véritable intention.

Cependant, cette solution n'existe pas lorsque le tribunal arbitral ne peut plus être réuni. C'était le cas ici, parce que l'arbitre unique était décédé. Dans une telle hypothèse, en matière interne, les parties peuvent demander à la juridiction qui eût été compétente à défaut de convention d'arbitrage d'interpréter la sentence (C. pr. civ., art. 1586, al. 3). Cela dit, il n'est pas certain que le juge étatique puisse alors aller aussi loin que le tribunal arbitral lui-même : comment préciser la pensée d'autrui, exprimée par un libellé incompréhensible ?

Toujours est-il que cette saisine du juge étatique à la place du tribunal arbitral est impossible en matière d'arbitrage international (C. pr. civ., art. 1506, 4°), en raison, observe la Cour, de son autonomie : « *Lorsque des parties choisissent de confier leur différend à un tribunal arbitral international, elles décident de s'en remettre à un ordre juridique autonome sans lien avec l'ordre juridique étatique, [...] [le] principe d'autonomie de la juridiction arbitrale internationale fait échec à ce que le juge étatique vienne suppléer l'absence de tribunal arbitral* ».

Dès lors, si le tribunal arbitral ne peut être à nouveau réuni, la partie souhaitant voir préciser un chef de dispositif très équivoque figurant dans une sentence doit provoquer la mise-en-œuvre d'un nouvel arbitrage. D'ailleurs, conclut la Cour, c'est parce qu'il est possible de saisir un nouveau tribunal arbitral que l'interdiction faite au juge étatique d'interpréter la sentence dans ce cas de figure ne constitue pas un déni de justice.

Néanmoins, la Cour d'appel de Versailles semble négliger une difficulté. La demande ainsi présentée à un nouveau tribunal arbitral risquerait d'être déclarée irrecevable, en raison de l'autorité de chose jugée attachée à la première sentence, celle-ci ayant déjà tranché le point litigieux. Pour admettre la demande, il faudrait assimiler l'imprécision de la première sentence à une absence de décision.

A la suite de l'arrêt du 31 mars, Orion a saisi la Cour d'appel de Versailles d'une requête en omission de statuer (C. pr. civ., art. 463), en prétendant que ce premier arrêt avait ignoré deux de ses demandes subsidiaires, tendant à ce que la Cour applique un taux LIBOR à trois mois et à ce qu'une mesure d'instruction soit ordonnée. Cette requête est rejetée par l'arrêt du 7 juillet, parce que le dispositif du précédent arrêt avait débouté Orion de la totalité de ses prétentions et parce que ses motifs indiquaient clairement que la Cour ne pouvait, sans excéder ses pouvoirs, déterminer quel taux LIBOR était applicable. La Cour considère cependant que cette requête n'est pas abusive et refuse de condamner Orion à payer les dommages intérêts réclamés par RSCC.

Pour conclure, observons que le mode de calcul des intérêts représente un enjeu très important lorsque le principal de la créance est élevé. Ici, parce que l'exécution de la sentence a été circonscrite au principal, RSCC a économisé environ quatorze millions d'euros, soit un tiers de sa dette !

Ainsi, la moindre ambiguïté dans la rédaction du dispositif d'une sentence peut avoir de lourdes conséquences. Certes, les motifs peuvent permettre d'éclairer le sens du dispositif mais, comme la sentence Orion le montre, ce n'est pas nécessairement le cas. Aussi, en cas de rédaction gravement défectueuse, les arbitres pourraient-ils engager leur responsabilité civile.

C'est pourquoi ils doivent veiller à rédiger leur sentence avec soin, clarté et précision. L'approximation est toujours regrettable et nuit à l'image de l'arbitrage. De ce point de vue, le recours à un centre d'arbitrage réputé,

qui procède à une relecture attentive du projet de sentence (v. par ex. Règl. CCI, art. 33 ; Règl. CMAP, art. 23.2), peut être recommandé.

De leur côté les parties elles-mêmes doivent être vigilantes et demander au tribunal arbitral d'interpréter toute disposition de la sentence qui ne serait pas claire, en prenant garde à agir avant l'expiration du délai imparti par le règlement d'arbitrage (Règl. CCI, art. 35.2 : trente jours ; Règl. CMAP, art. 28.3 : trois mois) ou, à défaut, par la loi (C. civ., art. 1586 et 1506, 4° : trois mois), délai qui commence à courir à la notification de la sentence aux parties. Toutefois, la partie qui aurait laissé passer le délai pourrait sans doute provoquer la constitution d'un nouveau tribunal arbitral. C'est du moins ce que suggère l'arrêt du 31 mars 2016.

D'ailleurs, à la lecture de cet arrêt, on peut avoir le sentiment que la Cour d'appel de Versailles a voulu, en invoquant l'autonomie de l'arbitrage international, renvoyer les arbitres et les parties à leurs responsabilités. Qui veut échapper à la justice étatique en recourant à ce mode de résolution des litiges doit en suivre les règles et en assumer les conséquences. Si l'on choisit un juge non professionnel on prend le risque de l'amateurisme : il faut savoir choisir ses arbitres ! Lorsqu'une sentence est mal rédigée, on ne saurait demander au juge étatique de la réécrire. Il doit au contraire se borner à l'interpréter, si c'est possible, et à l'exécuter. Il ne peut rien faire de plus.

D.M.

CA Versailles, 1^{re} chambre, 30 juin 2016

R.G., n° 15/03050 et 15/03639, M. Ziad Fakhri et société Jnah Development S.A.L. c. société Marriott International Hotels Inc

Par son contexte, la troisième affaire ici commentée, comme d'ailleurs la deuxième, reflète bien la très grande diversité de l'arbitrage. Il ne s'agit plus cette fois, comme pour la première ci-dessus rapportée d'un contentieux agricole inférieur à 10.000 € entre entreprises françaises, mais d'un litige international entre une société libanaise et une société américaine, dans un arbitrage régi par la Chambre de Commerce internationale, portant sur plusieurs millions de dollars. Seul point commun avec l'affaire agricole, la sentence arbitrale a été annulée par la Cour d'appel de Paris, avant que l'arrêt soit lui-même cassé par la Cour de cassation, renvoyant le dossier à la Cour de céans.

Le litige prit naissance à l'occasion de l'exploitation à Beyrouth, par la société Jnah, d'un hôtel de la chaîne bien connue Marriott. Une première instance arbitrale opposait les deux parties, à l'initiative de la société Marriott qui a été déboutée de ses demandes à l'encontre de la société Jnah, laquelle a même vu ses demandes reconventionnelles accueillies par une sentence arbitrale rendue le 30 octobre 2003. Inversant les rôles, c'est la société Jnah qui était demanderesse dans le deuxième arbitrage initié deux ans plus tard, le 30 juin 2005. La sentence fut rendue le 4 juin 2009 et condamna à nouveau la société Marriott pour avoir manqué à son obligation de gérer l'établissement comme un hôtel de première classe. D'esprit décidément querelleur, la société Jnah engagea le 14 juin 2010 un troisième arbitrage à l'encontre de la société Marriott pour obtenir des dommages et intérêts suite à la résiliation du contrat de gestion de l'hôtel qui était intervenue entretemps, le 18 juillet 2007.

Pensant sans doute et à juste titre qu'un mauvais accord vaut mieux qu'un bon procès, les parties conclurent, le 6 avril 2011, une transaction mettant fin à tous leurs litiges. Mais une sentence fut tout de même rendue dans le troisième arbitrage, le 3 février 2012, par laquelle le tribunal arbitral, à la majorité, se déclara incompétent au motif que celui qui avait engagé l'arbitrage, M. Fakhri — qui avait cédé ses parts dans la société Jnah en 2009 tout se faisant octroyer par procuration le droit d'agir relativement à l'issue du litige avec la société Marriott —, n'avait conservé que le droit de finir le litige en cours (le deuxième arbitrage) et non pas celui d'en engager un nouveau (le troisième arbitrage). Il n'aurait donc pas eu le pouvoir d'agir, ce qui aurait ôté toute compétence au tribunal arbitral.

Bien que rendue par des arbitres prestigieux, cette sentence d'incompétence fut annulée par la Cour d'appel de Paris le 17 décembre 2013 qui estima au contraire que le cédant avait conservé le droit d'agir contre la société Marriott y compris pour de nouveaux différends (Paris 17 déc. 2013, RG n° 12/07231 ; *Paris Journ. Intern. Arb.* 2014.579, note A. Mourre et P. Pedone ; *Rev. arb.* 2014, p. 942, note D. Cohen). On sait que, compte tenu des conditions limitées, il est rare que les sentences arbitrales internationales soient annulées, surtout lorsqu'il sont rendues sous l'égide de la Chambre de Commerce internationale qui les a préalablement supervisées. Le phénomène est plus rare encore lorsque ce sont non pas des sentences au fond, mais des sentences sur la compétence. Mais le cas est alors franchement rarissimes lorsqu'il s'agit de sentences qui, non pas retiennent la compétence des arbitres, mais au contraire par lesquelles ils s'en dépouillent eux-mêmes (J.-B. Racine : « Les sentences d'incompétence », *Rev. arb.* 2010, p. 729). Lorsque les arbitres se sont spontanément déclarés

incompétents, il est vraiment exceptionnel que la Cour d'appel les rétablissent dans leur compétence. C'est pourtant ce qui s'est produit en l'espèce, en application de la célèbre jurisprudence *Abela* qui donne plein pouvoirs au juge de l'annulation de rechercher, en matière de compétence arbitrale, « tous les éléments de droit et de fait permettant d'apprécier l'existence et la portée de la convention d'arbitrage » (Cass. 1^{re} civ., 6 oct. 2010, n° 08-20563 ; *Bull. civ. I*, n° 185 ; *JCP* 2010.1028, note P. Chevalier ; *Rev. arb.* 2010, p. 813, note F.-X. Train ; *RCDIP* 2011, p. 85, note F. Jault-Seseke ; *D.* 2010, *Pan.*, p. 2943, obs. Th. Clay ; *Paris Journ. Intern. Arb.* 2011, p. 443, note J.-B. Racine ; *D.* 2010, *Act. P.* 2441, obs. X. Delpech ; *JCP* 2010, I, 1286, § 6, obs. J. Orscheidt ; *PA* 2011, n° 38, p. 6, obs. A. de Keyzer ; *Gaz. Pal.* 6-8 févr. 2011, p. 14, obs. D. Bensaude).

Mais à l'inverse de l'affaire *Abela* dans laquelle la Cour de cassation avait rejeté le pourvoi contre l'arrêt d'annulation de la sentence d'incompétence, ici la Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel de Paris dans une décision particulièrement remarquée (Cass. 1^{re} civ., 18 mars 2015, n° 14-13336 ; *Bull. civ. I*, n° 54 ; *JCP* 2015.877 § 7, obs. Ch. Seraglini ; *Procédures* 2015, 194, note L. Weiller ; *PA* 2015, n° 222, p. 17, obs. A. Canonica ; *Paris Journ. Intern. Arb.* 2015, 343, note I. Fadlallah ; *D.* 2015, *Pan.*, p. 2591, obs. Th. Clay ; *RDC* 2015, p. 555, obs. X. Boucobza et Y.-M. Serinet). La première chambre civile estime en effet que le juge de l'annulation a confondu une question de compétence pour laquelle il peut user « de tous les éléments de fait et de droit » et une question de recevabilité de la demande, pour laquelle son contrôle est bien plus sommaire. En d'autres termes, l'examen de la procuration de M. Fakhri relevait de la recevabilité de la demande et non de la compétence du Tribunal arbitral. La Cour d'appel de Paris ne pouvait donc rejurer de la recevabilité, laquelle relève du pouvoir souverain du Tribunal arbitral. C'est en ces termes que l'affaire fut renvoyée à la Cour d'appel de Versailles, qui a statué par l'arrêt commenté.

Après avoir écarté un moyen relatif à une éventuelle fraude procédurale devant le tribunal arbitral du fait de la rétribution des témoins, au motif que la preuve n'était pas rapportée de ce que cette rémunération ait influencé les témoignages (*sic*), la Cour d'appel de Versailles adopte la solution de la Cour de cassation interprétant à son tour la question de l'étendue des pouvoirs du recourant à l'arbitrage comme relevant de la recevabilité, et non pas de la compétence, contrairement à ce que les arbitres avaient eux-mêmes écrit dans leur sentence. La Cour relève que le Tribunal arbitral avait procédé à une analyse minutieuse de la question, non seulement en droit libanais, applicable au litige, mais aussi en fait pour mieux évaluer la portée de la procuration obtenue par M. Fakhri. Le Tribunal arbitral avait également analysé la notion de « litige existant » dont la traduction était ambiguë. Bref, le Tribunal arbitral avait procédé à un examen poussé de la question au terme de laquelle il avait écarté le pouvoir du demandeur d'engager un arbitrage.

La Cour d'appel de Versailles estime donc à son tour que cette question relevait d'un problème de recevabilité, et non de compétence. Elle rejette par conséquent le recours en annulation qui postulait qu'il s'agissait d'une question de compétence. On approuvera cette décision non sans noter la situation inextricable dans laquelle se trouve le juge de l'annulation qui doit procéder à une analyse approfondie pour savoir s'il a le pouvoir de faire cette analyse approfondie. En effet, seul un examen des faits et du droit lui permet de savoir s'il s'agit d'une question de recevabilité ou de compétence. Or dans le premier cas, il n'a pas le pouvoir de procéder à une telle investigation, alors qu'il en jouit dans le second cas. En définitive, il utilise les prérogatives du contrôle de la compétence pour juger qu'il s'agit d'une question de recevabilité pour laquelle il ne dispose pas de ces prérogatives. Ce n'est pas le moindre des paradoxes que révèle cette affaire définitivement close, après trois sentences et trois arrêts, par la Cour d'appel de Versailles.

T.C.

CONTRATS ET OBLIGATIONS CONVENTIONNELLES

Cour d'appel de Versailles, 12^{ème} chambre, 9 février 2016 R.G., n° 13/08893

Par un arrêt du 9 février 2016, la Cour d'appel de Versailles a eu l'occasion de revenir sur la possibilité pour un contractant de mettre un terme audit contrat en cas de manquement de l'une des parties aux obligations prévues par celui-ci.

En l'espèce, deux sociétés s'étaient entendues pour la distribution de jeux de grattage, de tirage et de pronostics sportifs. Ce contrat confère au détaillant un agrément à vendre aux joueurs, au nom et pour le compte du fournisseur, et en contrepartie d'une commission, des jeux de grattage et de tirage. Parmi les obligations qui incombent au détaillant, le contrat prévoyait qu'il « ne doit pas inciter à la consommation excessive de jeux par les joueurs, notamment les plus fragiles, et appliquer les mesures de jeu responsable édictées par [le

cocontractant], et, qu'à celui des obligations éthiques, il doit vendre des jeux uniquement aux personnes présentes physiquement dans son point de vente et ne pas accepter de paiement de mises à crédit ». Or, le détaillant a accepté plusieurs mises à crédit et a accepté des mises pour des personnes qui n'étaient pas physiquement présentes auprès d'un joueur régulier qui s'est, par la suite, suicidé. Un parent a alors alerté le fournisseur des pratiques du détaillant. Le contrat de distribution des produits a alors été résilié à l'initiative dudit fournisseur.

Considérant que la résiliation du contrat était brutale et infondée, le détaillant a assigné son cocontractant en justice sur le fondement des articles 1134 et 1147 du Code civil (nouveaux articles 1103 et 1231-1).

Le Tribunal de commerce de Nanterre, par un jugement du 12 novembre 2013, juge bien fondée la résiliation unilatérale du contrat conclu par les parties. Les manquements aux obligations contractuelles justifiaient la résiliation immédiate du contrat. Toutefois, les juges ont considéré que le fournisseur avait commis une faute en ne procédant pas à une investigation suffisamment précise, même si « celle-ci ne [venait] pas atténuer celle commise » par le détaillant.

Le détaillant interjette alors appel. Il soutient, devant la Cour d'appel de Versailles, que le fournisseur a manqué à ses obligations contractuelles en résiliant unilatéralement et brutalement le contrat. Il sollicite, à ce titre, l'indemnisation de plusieurs chefs de préjudice ainsi que la condamnation à la remise en vigueur du contrat brutalement rompu.

De son côté, le fournisseur considère que les manquements contractuels particulièrement graves du détaillant justifient la résiliation unilatérale, comme l'a reconnu le tribunal.

Ainsi, la Cour d'appel de Versailles avait à se prononcer sur le bien-fondé de la résiliation unilatérale initiée par la société compte tenu des manquements de son cocontractant et eu égard aux prescriptions du contrat.

La Cour d'appel de Versailles confirme le jugement rendu par le Tribunal de commerce de Nanterre et juge bien fondée la résiliation unilatérale du contrat. À travers un raisonnement particulièrement détaillé, les juges du fond considèrent d'une part qu'il ne peut être reproché au fournisseur d'avoir mené des investigations insuffisantes. D'autre part, ils assimilent les manquements contractuels du détaillant à des fautes légitimant la résiliation du contrat sur les dispositions de l'article 7.1.2 dudit contrat de sorte que la rupture n'est pas brutale.

L'absence de faute liée à des investigations insuffisantes

Le Tribunal de Nanterre avait retenu que les deux parties au contrat avaient commis une faute et qu'un comportement responsable « aurait dû les conduire, au-delà de leurs intérêts immédiats, à s'interroger sur l'attitude d'un joueur manifestement porteuse de risques importants ». Ce motif est infirmé par la Cour d'appel de Versailles qui approuve les moyens présentés par l'intimé. La position de la Cour d'appel de Versailles mérite d'être approuvée pour deux raisons.

D'une part, une confiance légitime qui s'était instaurée entre les parties justifiait que le fournisseur n'ait pas mené une investigation approfondie. Le premier contrat conclu par les parties est relativement ancien et aucun incident n'avait été remonté au fournisseur. Aussi, la confiance qui s'était instaurée entre les parties justifiait qu'aucune investigation approfondie ne soit menée. Une telle intervention serait, effectivement, venue nuire à la confiance légitime qui s'était instaurée entre les parties au contrat. Par ailleurs, la vente de jeux de tirage repose sur un mécanisme particulier : les coûts liés à l'achat, la mise en place et l'entretien du matériel spécifique pour ces produits sont pris en charge par le fournisseur en contrepartie de la réalisation d'un chiffre d'affaires minimum contractuellement prévu permettant au fournisseur de procéder à des prélèvements hebdomadaires sur un compte dédié pour couvrir les différents coûts. Dès lors, deux hypothèses justifient, pour le fournisseur, des explications : les impayés et un chiffre d'affaires en soudaine hausse. C'est cette dernière situation qui a amené le fournisseur à interroger le détaillant. Or, ces fortes hausses du chiffre d'affaires peuvent trouver leurs causes dans différents événements sportifs particulièrement importants comme au moment où le détaillant a été contacté. C'est d'ailleurs cette pluralité de facteurs explicatifs de la hausse du chiffre d'affaires qui justifie, dans le cas de l'espèce, qu'aucune investigation approfondie n'ait été menée.

D'autre part, le fournisseur forme ses détaillants afin de s'assurer que ceux-ci se conforment bien aux obligations légales et sensibilisent les joueurs ayant un comportement addictif ou pathologique. Ainsi, le fournisseur prouve la participation du détaillant à plusieurs formations sur la politique du jeu responsable que le fournisseur entend instaurer. Or, le détaillant n'est pas en mesure, quant à lui, de prouver qu'il a sensibilisé le joueur victime d'un suicide, du risque que présente sa pratique. Bien au contraire, le détaillant a accepté des mises par ce joueur après avoir été contacté par le fournisseur. Face à l'absence de preuves, les juges du fond n'ont pas d'autres alternatives que de constater la matérialité des faits à l'encontre du détaillant. Il en résulte que l'investigation menée par le fournisseur après des prises de jeux « très importantes et inhabituelles » est suffisante.

Le bien-fondé de la résiliation unilatérale du contrat

Eu égard aux manquements contractuels, la résiliation unilatérale du contrat par le fournisseur est bien fondée : telle est la solution qu'il faut retenir de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles le 9 février 2016.

Cette solution s'avère être particulièrement intéressante pour sa pédagogie : les différents manquements reprochés au détaillant sont expliqués avec clarté ce qui permet aux autres détaillants de mieux appréhender leurs pratiques. À titre d'exemple, la notion de paiement de mises à crédit est explicitée : il s'agit de la pratique « *consistant à consentir un ou des prêts d'argent à des joueurs afin que ceux-ci effectuent des prises de jeux, c'est-à-dire soit en avançant des mises que le joueur remboursera ultérieurement, soit en acceptant un paiement important pour permettre au joueur d'effectuer des prises de jeux sur plusieurs jours* ».

Une telle pratique se trouve être interdite par le contrat : le détaillant ne doit accepter que le règlement des prises de jeux le jour où elles sont effectuées comme le précise l'article 5.1.2 dudit contrat. Or, en l'espèce, à deux reprises au moins, la victime a procédé au paiement d'une certaine somme sans que cela corresponde aux prises de jeux effectivement réalisées le jour du paiement. Il apparaît alors, à défaut de preuves contraires, que la pratique de jeux à crédit est caractérisée.

En somme, les trois principaux manquements contractuels reprochés au détaillant – prises de jeux à crédit, prises de jeux à des personnes qui ne sont pas présentes dans le fonds de commerce, acceptation de moyens de paiement qui ne sont pas au nom de la victime – démontrent qu'il n'a pas agi dans l'intérêt de la victime et qu'il n'a pas cherché à la sensibiliser sur son état addictif et pathologique au jeu. Il en résulte que ces pratiques « *relèvent de la catégorie irrégularité, fraude, tentative de fraude ou atteinte à l'image* » du fournisseur prévue dans ce contrat. Celui-ci se trouve alors, en vertu de l'article 7.1.2 dudit contrat en droit de le résilier unilatéralement et immédiatement sans que cette rupture puisse être qualifiée de brutale.

Enfin, si le détaillant a, dans cette affaire, choisi de se fonder sur la brutalité de la rupture découlant de la résiliation immédiate du contrat d'agrément, il pouvait également se fonder, en première instance, sur une disposition du droit spécial et invoquer l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce relatif à la rupture brutale. Il semble toutefois qu'une solution équivalente aurait été rendue sur cette disposition : les manquements aux obligations contractuelles du partenaire commercial justifient une rupture sans préavis suffisant. C'est en ce sens que s'est prononcée la chambre commerciale de la Cour de cassation par un arrêt en date du 11 septembre 2012 en approuvant une cour d'appel qui avait refusé de caractériser une rupture brutale des relations commerciales suite à la résiliation du contrat en raison des manquements aux obligations contractuelles et conformément aux stipulations contractuelles (Cass. com., 11 sept. 2012, n°11-23067, *Contrats, conc. consom.* 2012, comm. n°256, obs. N. Mathey).

Lénaïc Godard

ATER Doctorant

Université de Versailles – Saint-Quentin (Paris-Saclay)

Laboratoire DANTE

DROIT INTERNATIONAL PRIVE

Cour d'appel de Versailles, 2ème chambre, 1ère section, 28 janvier 2016

R.G., n° 15/00630

Cet arrêt rendu le 28 janvier 2016 par la 2ème chambre, 1ère section, de la Cour d'appel de Versailles intervient sur renvoi après cassation (Cass. civ. 1^{re}, 3 déc. 2014, n° 13-25802). La Cour de cassation avait alors indiqué que lorsque l'affaire dont étaient saisies les juridictions françaises avait fait l'objet d'une décision rendue à l'étranger, le jeu de l'exception de litispendance internationale était exclu. L'affirmation n'était pas nouvelle (Cass. civ. 1^{re}, 30 sept. 2009, n° 08-18769 : *D.* 2010, p. 58, 3^e esp., note B. Audit, *Rev. crit. DIP* 2010, p. 133, 4^e esp., note H. Gaudemet-Tallon ; Cass. civ. 1^{re}, 16 déc. 2009, n° 08-20.305 : *Rev. crit. DIP* 2010, p. 164, note H. Muir Watt, *JDI* 2010, p. 827, note L. Sinopoli, *Gaz. Pal.* 27-28 nov. 2009, p. 8, chron. M.-L. Niboyet). La décision intervenue à l'étranger rend sans objet l'action portée devant les tribunaux français. Il faut néanmoins vérifier que le jugement étranger est susceptible d'être reconnu en France. C'est ce à quoi s'emploie la Cour d'appel de Versailles dans l'arrêt rapporté. Le renvoi devant elle se justifiait : en exerçant ce contrôle, la Cour de cassation aurait excédé sa mission (Cass. civ. 1^{re}, 11 juin 2008 : *Rev. crit. DIP* 2008, p. 859, note B. Ancel).

L'espèce concerne deux époux franco-américains qui avaient fixé leur résidence commune aux Etats-Unis où leurs deux enfants sont nés. En juillet 2011, avant de revenir s'installer en France, l'époux a déposé une requête en divorce auprès du tribunal de grande instance de Paris tandis que l'épouse saisissait en août 2011 un juge américain. Tout en constatant l'existence d'une situation de litispendance, le juge français s'était reconnu compétent dès lors qu'il avait été saisi le premier (sur ce que le dépôt de requête vaut saisine dans un contexte international, v. Cass. civ. 1^{re}, 6 déc. 2005, n° 03-17542). Le juge américain a néanmoins prononcé le divorce par une décision définitive le 10 septembre 2012, ce qui a conduit, en 2013, la Cour d'appel de Paris à déclarer les juridictions françaises incompétentes pour connaître de l'action en divorce, tout en retenant à tort l'existence d'une situation de litispendance. Cette erreur a entraîné la cassation de l'arrêt. En parallèle, l'époux a poursuivi la procédure de divorce en France. La question posée à la Cour d'appel de Versailles est celle de l'extinction de cette procédure. La réponse dépend de l'autorité de la chose jugée de la décision américaine.

La décision offre un bel exemple du contrôle de régularité des décisions étrangères auquel le juge a le devoir de procéder. La Cour d'appel précise que le contrôle incident de la régularité internationale d'un jugement étranger peut être opéré par tout juge devant lequel ce jugement est invoqué pour contester son pouvoir de juger. Cette solution peut s'appuyer sur une jurisprudence constante (Cass. civ. 1^{re}, 10 mai 2007, n° 06-11323 et n° 06-12.476 : *D.* 2007, p. 2690, obs. M. Douchy-Oudot ; *AJ fam.* 2007, p. 433, obs. A. Boiché; 19 sept. 2007, n° 06-19577 ; déjà, Cass. civ. 1^{re}, 9 juill. 1991, *D.* 1992, p. 334, note J. Massip; *JCP* 1992, II ; 21798, note H. Muir Watt ; *JDI* 1991, p. 975, obs. H. Gaudemet-Tallon).

La Cour affirme en conséquence que le juge aux affaires familiales saisi d'une requête en divorce a le pouvoir de se prononcer, dès le stade de la conciliation, sur la régularité internationale d'un jugement étranger de divorce.

Ici, l'époux conteste la régularité de la décision américaine en invoquant sa contrariété à l'ordre public et le comportement frauduleux de l'épouse. La Cour d'appel s'emploie au préalable à vérifier la compétence du juge américain, ce qui lui permet d'examiner la régularité du jugement au regard de toutes les conditions posées par la jurisprudence, telle qu'elle est exprimée par l'arrêt *Cornelissen* (Cass. civ. 1^{re}, 20 févr. 2007 : *D.* 2007, p. 1759, obs. F. Jault-Seseke, *Rev. crit. DIP* 2007. 420, note B. Ancel et H. Muir Watt ; *Gaz. Pal.* 2007, n° 123, chron. M.-L. Niboyet ; *JDI* 2007, p. 1195, note F.-X. Train) qui exige la compétence du juge étranger, l'absence de contrariété à l'ordre public international et l'absence de fraude. La Cour précise alors que « la compétence des juridictions françaises sur le fondement de la nationalité des époux au visa de l'article 15 du Code civil n'exclut pas la compétence indirecte d'une juridiction étrangère dès lors que le litige se rattache de manière caractérisée à l'Etat dont la juridiction est saisie et que ce choix n'est pas frauduleux ». Elle ajoute qu'« en l'espèce, la compétence du juge américain pour connaître du divorce des époux apparaît incontestable ». Il est vrai que les époux ont également la nationalité américaine, qu'ils résidaient ensemble aux Etats-Unis avant que l'époux ne revienne en France, que l'épouse y réside toujours avec leur enfant mineur. La conclusion est à l'abri de la critique. On regrettera simplement que, de façon maladroite, la Cour d'appel fonde la compétence des juridictions françaises sur l'article 15 du Code civil qui est une règle exorbitante alors que, comme l'avait relevé la Cour de cassation dans son arrêt du 3 décembre 2014, la compétence des juridictions françaises résultait de l'article 3 § 1 du règlement Bruxelles 2 bis.

Pour s'opposer à la reconnaissance de la décision américaine de divorce, l'époux alléguait la fraude dont se serait rendue coupable son épouse pour assurer le succès de ses prétentions. Il indique d'une part qu'un compte-rendu d'audience fait état de sa présence alors qu'il aurait été en France à cette date pour passer son permis de conduire. La Cour écarte cette allégation pour différentes raisons : le compte rendu original ne lui a pas été fourni et sa traduction ne fait pas apparaître les signatures ; elle fait confiance au juge américain qui n'a relevé aucune inexactitude dans le compte-rendu ; en outre, la pièce relative à la présence en France de l'époux pour passer son permis ne comporte pas de date. Il reproche d'autre part à son épouse d'avoir menti en indiquant qu'il n'avait pas communiqué ses pièces ce qui lui aurait permis d'obtenir une ordonnance l'empêchant de conclure. Là encore, la Cour écarte l'argument : l'ordonnance en cause est certes produite mais elle n'est pas traduite, ce qui la met dans l'impossibilité d'apprécier les circonstances et les motifs de cette décision. Elle se fonde sur l'article 2 de la Constitution selon lequel la langue de la République est le français. Enfin, l'époux reproche à son épouse d'avoir commis un parjure en attestant qu'aucune procédure n'était pendante devant une autre juridiction. La Cour relève que le juge américain était parfaitement au courant de la procédure en France et que l'attestation ne concernait que les autres juridictions américaines. Elle remarque en outre que l'argument de la fraude avait déjà été invoqué devant les juridictions américaines et qu'elles l'avaient écarté.

Sur le terrain de la contrariété à l'ordre public international, l'époux alléguait que la procédure suivie avait été émaillée d'atteintes aux droits de la défense et au droit à un procès équitable et que la décision restreignait de façon excessive ses droits parentaux sur l'enfant mineur. La Cour relève que l'époux a été informé de toutes les étapes de la procédure et qu'il a comparu à plusieurs reprises. Certes il s'est vu privé du droit d'opposer toute

défense à son adversaire et de produire des moyens de preuve au soutien de ses prétentions selon une décision du 31 mai 2012, en raison du non respect de ses obligations en matière de production et de communication des pièces, mais selon la Cour, cette procédure n'est pas exorbitante, le droit français instituant à travers les articles 908, 909 et 910 du Code de procédure civile français des « règles comparables ». Les règles françaises et américaines ne sont pas similaires mais on peut admettre qu'elles soient comparables dès lors que dans le souci d'une bonne administration de la justice, elles permettent de sanctionner la partie négligente. On comprend que l'on ne puisse y voir une atteinte au droit au procès équitable. L'époux indiquait ne pas avoir reçu signification de toutes les décisions intervenues dans la procédure américaine, ce qui l'aurait placé dans l'impossibilité de préparer sa défense lors de l'audience relative à la garde de l'enfant. La Cour d'appel écarte ce grief dont le bien fondé n'est pas démontré et relève que l'époux n'a pas comparu de son propre chef à l'audience à laquelle l'affaire avait été renvoyée, notamment parce qu'il n'a pas constitué de nouvel avocat après s'être séparé de celui qui l'avait assisté à l'audience préalable.

Concernant les droits parentaux, la décision américaine a confié la garde des enfants à leur mère, à qui elle a attribué l'exercice exclusif de l'autorité parentale et confié les passeports de l'enfant mineur. En outre, elle ne confère pas de droit de visite au père. Cette décision peut paraître sévère mais la Cour d'appel ne la juge pas disproportionnée (Comp. Cass. civ. 1^{re}, 4 nov. 2010, n° 09-15302 : *AJ fam.* 2011, p. 46, obs. A. Boiché ; *RTD civ.* 2011, p. 115, obs. J. Hauser ; *D.* 2011, p. 1374, obs. F. Jault-Seseke : le jugement américain qui privait le père de la possibilité de mettre les enfants en présence de sa maîtresse tant qu'il ne l'aurait pas épousée et laissait la mère libre de prendre seule les décisions importantes concernant les enfants portait atteinte à l'égalité des parents). Elle note que les mesures prises correspondent à celles qu'auraient pu prendre un juge français, que le jugement est motivé au regard de l'intérêt supérieur de l'enfant et que les facteurs pris en considération - qualité de l'environnement familial ; surveillance parentale de l'enfant ; capacité de chacun des parents à assurer le développement affectif et intellectuel de l'enfant ; situation financière ; relations de l'enfant avec le parent qui n'a pas la garde – permettent de voir que les principes mis en œuvre par le juge américain sont « compatibles sinon identiques à ceux respectés en France ». Elle conclut qu'aucun élément ne révèle de contrariété à l'ordre public et que le père qui n'avait pas comparu pour solliciter un droit de visite peut toujours saisir le juge américain pour obtenir l'aménagement de ses droits.

La Cour exprime ici clairement l'idée que le juge américain, qui est le juge de la résidence habituelle de l'enfant, est le mieux placé pour connaître du contentieux relatif à l'autorité parentale. La solution qui se serait imposée dans le cadre de l'Espace judiciaire européen par application du Règlement Bruxelles 2 bis, ou en dehors par le jeu de la convention de la Haye du 19 octobre 1996 (convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants) ne va pas de soi dans le contexte des relations franco-américaines. Les Etats-Unis, en effet, se sont bornés à signer la Convention qu'ils n'ont pas encore ratifiée et le juge français pourrait se reconnaître compétent en raison de la nationalité des parties.

On ne blâmera néanmoins pas la Cour d'avoir anticipé cette ratification tant il paraît inopportun que le juge français connaisse des questions d'autorité parentale relatives à un enfant qui n'a jamais résidé en France.

Au delà, on saluera la confiance que la Cour accorde au juge américain, témoin du souffle libéral qui facilite l'accueil des décisions étrangères et évite la naissance de solutions inconciliables.

Fabienne Jault-Seseke
Professeur de Droit privé
Université de Versailles – Saint-Quentin (Paris-Saclay)
Laboratoire DANTE

PROPRIETE INDUSTRIELLE

CA Versailles, 12eme chambre, 19 janvier 2016
R.G., n° 14/06332

La création d'une marque nécessite de satisfaire les exigences d'efficacité marketing par le choix d'un signe le plus évocateur possible du produit et, aussi, de remplir les conditions juridiques de validité, notamment, le caractère distinctif. L'équilibre est parfois précaire et il est courant que soit discutée, à l'occasion d'une action en contrefaçon, la distinctivité de la marque dont la protection est recherchée. Plus la marque est évocatrice du produit qu'elle vise, plus l'appréciation de son caractère distinctif est ardue (C. Bertin et V. Varet, « Marque constituée de termes du langage courant : quelle efficacité ? », *RLDI* juin 2015, n° 3762, p. 13). Laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond, cette condition fait l'objet d'une jurisprudence fluctuante, parfois même contradictoire (Paris, 31 mars 2015, soc. Vente-privée.com : *Propr. intell.* 2015, n° 56, p. 308, obs.

Bouvel ; *RLDI* mai 2015, n° 3744, obs. Costes ; *Propr. ind.* 2015, comm. 35, note Tréfigny – Comp. Paris, 14 oct. 2014, n°13-10534, soc. Seloger.com).

En l'espèce, la société Jean Chatel, titulaire de la marque « CJ Punch des Iles », déposée le 7 décembre 2005 pour commercialiser une boisson alcoolisée à base de rhum blanc, de sirop de canne, d'arôme caramel et d'extraits de végétaux, a assigné la société Rhums et Punchs Isautier en contrefaçon, en concurrence déloyale et en parasitisme, estimant que la dénomination « Punch Traditionnel de l'île de la Réunion / des Iles » apposée sur ses bouteilles depuis le 1^{er} janvier 2011, constitue la reprise de sa marque et que l'étiquette recopie quasi servilement la sienne. La société Rhums et Punchs Isautier, qui, étonnamment, n'agit pas en nullité de la marque, réplique au prononcé de la déchéance des droits de la société Jean Chatel sur la marque « CJ Punch des Iles » pour absence d'usage sérieux pendant au moins cinq années interrompues et à l'indemnisation de son préjudice né d'actes de concurrence déloyale et de parasitisme.

Le 22 mai 2014, le tribunal de grande instance de Nanterre a fait droit aux demandes de la société défenderesse, jugeant que le signe « Punch des Iles » n'étant pas distinctif, il ne peut pas être assimilé à l'usage sérieux de la marque sous forme modifiée. La société Jean Chatel a interjeté appel de cette décision.

Le principal enjeu de cette affaire réside donc dans la reconnaissance de la distinctivité du signe « Punch des Iles » désignant du punch.

L'absence d'examen de la distinctivité intrinsèque du signe « Punch des Iles »

La cour d'appel n'examine pas le caractère intrinsèquement distinctif du signe « Punch des Iles ». Certes, elle reconnaît qu'il est évocateur (Une marque évocatrice est constituée d'un signe dépourvu d'élément arbitraire. Elle est valable dès lors qu'elle évoque subtilement le produit sans le décrire expressément : G. Bonet, A. Bouvel, *JCL Marques-Dessins et modèles*, Fasc. 7112, *Distinctivité du signe*, spéc. n° 19) mais elle infirme le jugement en concluant à l'insuffisance des preuves de son caractère nécessaire, générique ou usuel à la date du dépôt de la demande d'enregistrement. Les juges appliquent donc rigoureusement la jurisprudence de la Cour de cassation portant sur la date d'appréciation du caractère distinctif (Cass. com., 1^{er} avr. 1997, n° 95-11162 ; CJUE, 19 juin 2014, aff. jtes C-217/13 et C-218/13, *Oberbank AG et a.*, pts 60 et 61), évitant ainsi de se prononcer clairement sur la distinctivité intrinsèque du signe. Cette décision est d'autant plus sévère que la société intimée apporte tant des preuves postérieures au dépôt de la demande, démontrant implicitement que la société appelante a laissé ses concurrents utiliser les termes « punch des îles » pour désigner leurs produits, que des preuves antérieures à ce dépôt.

Il aurait donc été intéressant que les juges étudient ce signe en appliquant la méthode d'appréciation du caractère distinctif d'une marque composée de plusieurs termes, élaborée par la CJCE à l'occasion du litige portant sur la marque communautaire Baby-Dry (CJCE, 20 sept. 2001, *Baby-Dry*, C-383/99 P : PIBD 2002, n° 734, III, 31 ; Grands arrêts de la propr. intell., p. 361, obs. B. Humblot ; *Rev. aff. eur.* 2000/4, p. 469, note J. Passa ; C. Vilmart, « La distinctivité des marques communautaires au regard de la jurisprudence communautaire », *Propr. intell.* 2002, n° 3, p. 38 - Bien que la marque soit communautaire, cette méthode s'applique aux marques nationales, les dispositions du règlement et de la directive étant similaires). Elle explique que le caractère distinctif doit être constaté pour chaque terme et, aussi, pour l'ensemble. Elle ajoute que « *tout écart perceptible dans la formulation du syntagme proposé à l'enregistrement par rapport à la terminologie employée, dans le langage courant de la catégorie de consommateurs concernée, pour désigner le produit ou le service ou leurs caractéristiques essentielles est propre à conférer à ce syntagme un caractère distinctif lui permettant d'être enregistré comme marque* » (La notion d'écart perceptible entre le syntagme et la terminologie employée dans le langage courant a été précisée par la CJCE : CJCE, 12 févr. 2004, aff. C-265/00, *Campina* ; aff. C-363/99, *KPN* : *JCP E* 2004, pan. 359 ; J. Passa, *Traité de Droit de la propriété industrielle*, LGDJ, 2006, t. 1, n° 129). Le caractère distinctif s'apprécie donc en fonction du langage courant du consommateur. En effet, la distinctivité fait référence à la fonction essentielle de la marque, celle de garantir au consommateur l'identité d'origine du produit ou du service qu'elle désigne afin qu'il puisse le distinguer de ceux provenant d'autres entreprises (CJCE, 22 juin 1976, *Terrapin c/ Terranova*, aff. 119/75 : Rec. CJCE 1976, p. 1039 – Sur cette question lire : J. Passa, « L'incidence de la fonction de la marque sur l'obtention ou la validité et le maintien en vigueur du droit », *Propr. ind.* 2010, oct., p. 16 ; P. Tréfigny-Goy, « L'incidence de la fonction sur la portée de la protection de la marque », *Propr. ind.* 2010, oct. p. 21 ; M. Vivant, « Des mots pour ne pas dire, Les fonctions énigmatiques de la marque », *Propr. intell.* 2010, n° 35, p. 756). Elle permet d'éviter toute confusion dans l'esprit du consommateur.

Cette méthode n'est pas toujours appliquée par les juges français. Bien que le droit de l'Union européenne en fasse une condition autonome (Les caractères distinctif, descriptif et usuel sont présentés distinctement dans toutes les directives rapprochant les législations des Etats membres sur les marques. Bien que reconnaissant un

certain « *chevauchement* » de ces conditions de validité, la CJCE en exige un examen séparé : CJCE, 8 avr. 2003, *Linde*, aff. C-53/01, spéc. pt. 67 ; CJCE, 12 févr. 2004, *Campina*, aff. C-265/00, spéc. pt. 18, celle-ci est encore, en France, souvent assimilée aux conditions d'absence de caractère générique, usuel ou descriptif du signe. Cette assimilation est due à la rédaction de l'article L. 711-2 du code de la propriété intellectuelle qui ne définit pas de manière positive le caractère distinctif de la marque (De manière positive, un signe distinctif peut être défini comme un signe arbitraire au regard des produits et services qu'il désigne : J. Passa, *Traité de Droit de la propriété industrielle*, t. 1, LGDJ, 2006, n° 87) mais, liste limitativement les signes dont les caractéristiques excluent toute distinctivité, notamment les signes génériques, descriptifs, nécessaires ou usuels. Pourtant, cette disposition devrait être interprétée à la lumière des directives successives relatives au droit des marques, excluant que le caractère distinctif soit déduit de l'absence de caractère usuel, nécessaire, générique ou descriptif. Cette autonomie est d'autant plus importante que le caractère générique, usuel ou descriptif, s'apprécie, contrairement au caractère distinctif, au regard des habitudes du secteur et de la nécessité, pour les professionnels, de pouvoir utiliser le signe librement.

La décision étudiée ne fait pas exception à cette confusion. Les juges se prononcent sur les caractères nécessaire, générique ou usuel du signe pour en déduire l'existence du caractère distinctif et l'étudient davantage au regard de son utilisation par les professionnels du secteur que par les consommateurs. Concernant chaque élément pris individuellement, si le terme « Punch » constitue indubitablement la dénomination nécessaire et générique d'un punch, la cour d'appel juge que le vocable « des Iles » n'a pas de lien direct, immédiat ou nécessaire avec l'île de la Réunion. Pourtant, la société intimée cite la marque concurrente « Punch des Iles Mascareignes » et mentionne qu'elle utilise, depuis 1992, les dénominations « Rhum arrangé des îles », « Arrangé des îles » et « Blonde des îles », démontrant, contrairement à ce qu'affirment les juges, que le vocable « des Iles » est utilisé pour désigner diverses boissons provenant des départements d'outre-mer. Les termes « des Iles » tend donc à désigner la provenance géographique du produit.

Il n'est alors pas certain qu'en appliquant la méthode d'appréciation élaborée par la CJCE, les juges seraient parvenus à la même conclusion.

La reconnaissance de l'acquisition, par l'usage, d'un « caractère distinctif suffisant »

N'ayant pas examiné la distinctivité intrinsèque du signe « Punch des Iles », les juges de la cour d'appel statuent sur la possibilité, pour celui-ci, d'avoir acquis ce caractère par l'usage. La société appelante démontre qu'elle appose le signe « Punch des Iles » sur les étiquettes de ses bouteilles depuis 1975 et que ce vocable a été mentionné dans des articles de presse portant sur la société Jean Chatel, de 1981 jusqu'en 2010. Ces éléments ont suffi à convaincre les juges que, s'il était faiblement distinctif, ce signe a acquis, grâce à ce long usage, un caractère suffisamment distinctif au jour du dépôt. La référence au degré de distinctivité du signe est juridiquement inutile et met en exergue la difficulté qu'ont les juges à caractériser cette condition. Certes, l'article L. 711-2 du code de la propriété intellectuelle prévoit *in fine* que le caractère distinctif peut être acquis par l'usage mais, il s'applique aux signes dépourvus de caractère distinctif lors de la première utilisation. Ni la loi, ni la jurisprudence ne font de distinction entre les signes faiblement et fortement distinctifs (Cass. com., 7 déc. 1983 : *Ann. propr. ind.* 1984, 29 ; Cass. com., 6 mai 2002 : *PIBD* 2002, III, p. 432). Peu importe le degré, dès lors que le signe est distinctif, la condition de validité est remplie. L'étude de l'acquisition du caractère distinctif par l'usage n'a d'intérêt que si le signe n'est pas intrinsèquement distinctif. Or, les juges envisagent la possibilité qu'il ait été faiblement distinctif.

L'étude de la jurisprudence montre qu'en présence d'une marque évocatrice, les juges apprécient sévèrement le risque de confusion, condition nécessaire au succès d'une action en contrefaçon lorsque les signes ou les produits visés ne sont pas identiques (C. Caron, « Vers la consécration des marques faibles en droit français », *CCE* 2004, comm. 16). S'ils prononcent la validité de la marque, ils sont souvent réticents à prononcer une condamnation pour contrefaçon (Paris, 27 mars 2002, n° 2001/20977, n° 2001/15809 et n° 2002/03748 : *PIBD* 2002, III p. 407 ; *Ann. propr. ind.* 2002, p. 290 – Paris, 4 déc. 2002, n° 2001/01099 : *RTD com.* 2003, p. 49, chron. J. Azéma et J.C. Galloux ; *D.* 2003, p. 2629, obs. S. Durrande). Malgré les difficultés évidentes à reconnaître le caractère distinctif du signe « Punch des Iles », les juges ont caractérisé tant des actes de contrefaçon que des actes de concurrence déloyale de la part de la société Rhums et Punchs Isautier, rejetant seulement la demande fondée sur les actes de parasitisme.

Anais Szkopinski

Doctorante

Université de Versailles – Saint-Quentin (Paris-Saclay)

Laboratoire DANTE

RESPONSABILITE CIVILE

CA Versailles, 4eme chambre, 8 février 2016
R.G., n° 13/08160

L'accroissement des obligations de diagnostics techniques préalables à la vente d'un bien immobilier « s'inscrit dans le sens du renforcement de la sécurité des transactions immobilières et de la protection des acquéreurs voulu par le législateur » (Communiqué de la Cour de cassation à propos de l'arrêt : Cass., ch. mixte, 8 juillet 2015, n° 13-26686, https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambres_mixtes_2740/diagnostiqueurs_immobiliers_32304.html), puisqu'elle permet à celui-ci de disposer d'informations relatives à la sécurité du bien ainsi qu'à son état réel. Toutefois, son pendant est qu'il contribue nécessairement à nourrir un contentieux prolix à l'égard non seulement des vendeurs, mais aussi et surtout des diagnostiqueurs chargés de mener ces contrôles. C'est sur une telle responsabilité que s'est prononcée la 4^e chambre de la Cour d'appel de Versailles à l'occasion de l'arrêt commenté du 8 février 2016.

En l'espèce, une société avait, par acte notarié du 18 mars 2011, acquis d'une commune un ensemble immobilier. Le vendeur ayant, préalablement à la vente, fait réaliser par une société spécialisée le diagnostic de repérage des matériaux et produits contenant de l'amiante, cette dernière avait établi deux rapports, l'un portant sur l'ensemble des appartements et ne révélant pas la présence d'amiante, et l'autre sur le sous-sol et les parties communes et faisant état de la présence d'amiante. Par la suite, l'acquéreur a fait procéder à une nouvelle mission de repérage d'amiante dans la perspective de travaux d'aménagement et l'a confiée à une autre société de contrôle, laquelle a relevé la présence d'amiante dans l'ensemble des logements. L'acquéreur a donc fait assigner en référé le diagnostiqueur devant le tribunal de commerce de Nanterre afin d'obtenir une certaine somme à titre de provision.

Au fond, le tribunal de commerce a, par un jugement en date du 31 octobre 2013, retenu la faute du diagnostiqueur, mais considéré qu'elle n'était pas en lien avec le préjudice invoqué par l'acquéreur, à savoir les frais liés au désamiantage du bien, et l'a donc débouté de sa demande en réparation. Celui-ci a interjeté appel du jugement.

Se prévalant d'une faute du diagnostiqueur dans la réalisation des prélèvements, effectués selon lui en nombre insuffisant, l'acquéreur a sollicité la confirmation du jugement sur ce point. Par ailleurs, il a demandé à la Cour d'appel d'infirmer celui-ci en ce qu'il a retenu l'absence de lien de causalité entre cette faute et le préjudice subi, et que soit condamné le diagnostiqueur à lui réparer le préjudice consistant dans l'indemnisation du coût des travaux de désamiantage.

L'assureur du diagnostiqueur s'est quant à lui prévalu de l'absence de faute de celui-ci, considérant qu'il n'avait pas manqué à son obligation dès lors que sa mission consistait à procéder à un constat visuel en réalisant des prélèvements sur des matériaux directement visibles et accessibles sans sondages destructifs, contrairement à la mission confiée avant travaux et qui avait révélé la présence d'amiante. Il a par ailleurs demandé la confirmation du jugement en ce qu'il a considéré qu'il n'existait pas de lien de causalité certain entre la faute et le préjudice invoqué.

La Cour d'appel était ainsi invitée à se prononcer sur l'existence d'une faute du diagnostiqueur dans l'accomplissement de sa mission ainsi que celle d'un lien de causalité entre cette faute éventuelle et le préjudice invoqué par l'acquéreur.

Sur le premier point, il est constant qu'en dehors des cas où l'acquéreur est fondé à agir en garantie à l'encontre du vendeur en raison notamment du manquement à ses obligations relatives au formalisme informatif rendu impératif par l'article L. 271-4 du Code de la construction et de l'habitation, la jurisprudence admet qu'il puisse agir directement à l'encontre du diagnostiqueur qui aurait manqué à sa mission et transmis un état erroné concernant le bien contrôlé. En effet, la Cour de cassation retient depuis un arrêt remarqué du 6 octobre 2006 (Ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13255 : *Bull. civ.*, n° 9, *AJDI* 2007, p. 295, obs. N. Damas ; *D.* 2006, p. 2825, obs. I. Gallmeister, note G. Viney ; *D.* 2007, p. 1827, obs. L. Rozès, p. 2897, obs. P. Brun et P. Jourdain, p. 2966, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *RDI* 2006, p. 504, obs. P. Malinvaud ; *RTD civ.* 2007, p. 61, obs. P. Deumier, p. 115, obs. J. Mestre et B. Fages, p. 123, obs. P. Jourdain) que le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que celui-ci lui a causé un dommage. Le manquement du diagnostiqueur à son obligation de conseil peut donc constituer le fondement d'une action au profit de l'acquéreur. En outre, cette responsabilité découle naturellement de la mission du diagnostiqueur qui, au travers de l'état qu'il réalise, est susceptible d'influencer le consentement de

l'acquéreur. En effet, comme le rappelle l'arrêt commenté par une formule empruntée à un important arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation rendu le 8 juillet 2015 (Ch. mixte, 8 juill. 2015, n° 13-26.686 : *D.* 2015, p. 2155, p. 2155, note V. Mazeaud ; *D.* 2016, p. 38, obs. P. Brun ; *AJDI* 2015, p. 868, obs. F. Cohet ; *RTD civ.* 2015, p. 895, obs. P.-Y. Gautier ; *RTD civ.* 2016, p.130, obs. P. Jourdain ; *JCP* 2015, n° 1088, note Y.-M. Serinet, n° 1409, n° 2, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *RCA* 2015, comm. 293, obs. S. Hocquet-Berg ; *Gaz. Pal.* 21-22 oct. 2015, p. 19, obs. M. Mekki ; *RDC* 2015, p. 848, obs. O. Deshayes), « l'état mentionné à l'article L. 1334-13 du code de la santé publique, annexé à la promesse de vente ou à l'acte authentique d'un immeuble, garantit l'acquéreur contre le risque amiante ».

Il demeure néanmoins qu'un tel manquement doit pouvoir être caractérisé pour engager la responsabilité délictuelle du diagnostiqueur à l'égard de l'acquéreur. Sur ce point, la jurisprudence impose à celui-ci de procéder à une recherche approfondie qui ne peut se limiter à un simple constat visuel (V. notamment : Cass. civ. 3^e, 2 juill. 2003, n° 01-16346 : *AJDI* 2003, p. 751, obs. Y. Rouquet ; *RDI* 2003, p. 554 et 557, obs. F.-G. Trébulle ; Cass. civ. 3^e, 3 janv. 2006, n° 05-14380 : *AJDI* 2006, p. 222 ; *RDI* 2006, p. 186, obs. F.-G. Trébulle). L'existence d'un manquement peut donc s'inférer d'une recherche insuffisante ou non conforme aux règles de l'art et aux normes en vigueur. Tel a été le cas dans l'arrêt commenté, puisque les juges d'appel ont retenu la faute du diagnostiqueur qui n'avait procédé qu'à un prélèvement quand les normes applicables lui imposaient d'effectuer plusieurs prélèvements compte tenu de la couleur des matériaux et de la superficie de l'ensemble immobilier. La Cour d'appel a ainsi retenu l'existence d'une faute technique, rappelant par ailleurs les termes de l'arrêt de la chambre mixte précité selon lesquels « la responsabilité du diagnostiqueur est (...) nécessairement engagée lorsque l'état qu'il a établi n'a pas été réalisé conformément aux règles édictées et aux règles de l'art et qu'il se révèle erroné ».

La faute ayant été caractérisée, il restait aux juges à se déterminer sur le préjudice réparable. A cet égard, il est utile de rappeler que la mission confiée au diagnostiqueur fait peser sur lui une obligation d'information quant à l'état du bien considéré. Or, il est traditionnellement admis qu'en matière de manquement à une telle obligation, seule la perte de chance qui en découle constitue un préjudice indemnisable, comme en témoigne notamment l'abondante jurisprudence relative au défaut d'information en matière médicale (V. par ex : Cass. civ. 1^{re}, 7 fév. 1990, n° 88-14797 : *Bull.* I, n° 39 ; Cass. civ. 1^{re}, 7 déc. 2004, n° 02-10957 : *Bull.* I, n° 302 ; Cass. civ. 1^{re}, 6 déc. 2007, n° 06-19301 : *Bull.* I, n° 380). Le recours à la perte de chance se justifie par l'absence de certitude du préjudice invoqué, dès lors qu'il n'est pas certain que l'information qui n'a pas été délivrée ou qui s'est avérée erronée aurait permis d'éviter sa survenance. La jurisprudence s'est cependant révélée divisée quant à la nature du préjudice réparable à la suite d'une faute technique du diagnostiqueur. Alors que les première et deuxième chambres civiles de la Cour de cassation se ralliaient à l'orthodoxie en retenant la réparation de la perte de chance (V. notamment : Cass. civ. 2^e, 25 fév. 2010, n° 08-12991 ; Cass. civ. 1^{re}, 9 déc. 2010, n° 09-69490 ; *RDI* 2011, p. 119, obs. P. Dessuet ; *AJDI* 2011, p. 553, obs. M. Thioye), la troisième chambre civile fit le choix d'une réparation intégrale du préjudice consistant dans le coût des travaux de réparation (V. notamment : Cass. civ. 3^e, 26 sept. 2001, n° 99-21764 ; Cass. civ. 3^e, 23 mai 2007, n° 06-13656 ; Cass. civ. 3^e, 12 sept. 2012, n° 11-18122). C'est cette dernière solution qui fut consacrée par la chambre mixte de la Cour de cassation dans l'arrêt précité du 8 juillet 2015.

L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Versailles s'inscrit à nouveau en conformité avec la jurisprudence actuelle puisque les juges d'appel ont condamné le diagnostiqueur à réparer le « préjudice matériel certain » subi par l'acquéreur aux motifs que « si la faute du diagnostiqueur n'a pas entraîné la présence d'amiante, elle est cependant la cause des frais supportés par l'acheteur, tenu de procéder au désamiantage de son bien ». Il en résulte que le préjudice subi par l'acquéreur découle nécessairement, pour les juges du fond, de la délivrance par le diagnostiqueur d'une information erronée.

La solution n'échappe cependant pas à la critique. En effet, il semble tout d'abord que la détermination de la certitude du préjudice invoqué soit fondée sur celle du lien de causalité. Or, ces notions méritent d'être distinguées dès lors que la première a pour objet de déterminer la réalité du préjudice, difficilement contestable en l'espèce, quand la seconde a pour fonction d'en considérer l'origine, ici bien moins certaine. Si cette confusion n'est pas propre à l'arrêt commenté et paraît influencée par les solutions récentes de la Cour de cassation, elle n'en est pas moins regrettable. En outre, la certitude du lien de causalité entre la faute du diagnostiqueur et le préjudice de l'acquéreur laisse perplexe dès lors que rien n'assure que, mieux informé, l'acquéreur aurait refusé d'acquiescer le bien litigieux, ou du moins obtenu du vendeur une réduction du prix correspondant au coût du désamiantage. L'aléa est patent et devrait faire échec à une indemnisation de l'intégralité du coût de ces travaux.

La justification de cette solution semble plutôt devoir être recherchée dans l'articulation des obligations respectives du vendeur et du diagnostiqueur à l'égard de l'acquéreur. En effet, les difficultés d'un recours de l'acquéreur à l'encontre du vendeur ayant transmis le dossier de diagnostic technique pourraient permettre de fonder l'opportunité de la solution. La Cour d'appel de Versailles le rappelle d'ailleurs dans son arrêt lorsqu'elle

énonce, pour justifier la réparation du préjudice, que l'acquéreur est « placé dans l'impossibilité d'actionner son vendeur en garantie puisque l'amiante dans les matériaux de construction constitue un vice caché et que la bonne foi du vendeur n'est pas contestée ». Comme le relèvent plusieurs auteurs, c'est, en définitive, d'avantage dans un « objectif de politique juridique » (V. notamment sur ce point : V. Mazeaud, note préc. ; P. Brun, obs. préc. ; P. Jourdain, obs. préc. ; Y.-M. Serinet, note préc. ; M. Mekki, obs. préc. ; Ph. Stoffel-Munck, obs. préc. ; O. Deshayes, obs. préc.) que réside le motif de la réparation du préjudice de l'acquéreur.

Hakim Gali
ATER Doctorant
Université de Versailles – St Quentin (Paris-Saclay)
Laboratoire DANTE

RESPONSABILITE CIVILE

Cour d'appel de Versailles, 3eme chambre, 14 avril 2016

R.G., n° 15/08232 (sur recours contre TGI Nanterre, 22 oct. 2015)

R.G., n° 15/01593 (sur recours contre TGI Nanterre, ordonn. mise en état, 15 janv. 2015)

Une réponse juridique à un drame sanitaire de grande ampleur consiste à créer un système spécial d'indemnisation censé assurer, par une procédure rapide et déjudiciarisée, la réparation intégrale des atteintes à l'intégrité corporelle. Lorsqu'elle existe, cette procédure d'indemnisation n'est pas obligatoire pour la victime qui reste libre de saisir les juridictions de droit commun d'une action en réparation. C'est ainsi que toute personne s'estimant victime d'un « *déficit fonctionnel imputable au benfluorex* » (C. santé publ., art. L. 1142-24-2) et, à ce titre, éligible au dispositif spécial d'indemnisation organisé par la loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011 (J.O. 30 juill. ; C. santé publ., art. L. 1142-24-2 à L. 1142-24-8), est admise à rechercher la responsabilité du fabricant du médicament sur le fondement de la responsabilité du fait des produits défectueux (C.civ., art. 1245 et s., anc. art. 1386-1 et s.).

La première affaire concernait une patiente qui, après un traitement au Mediator de 2006 à 2009 (date de suspension du médicament du marché français avant son retrait en 2010 en raison de sa toxicité cardiovasculaire), a développé une insuffisance cardiaque diagnostiquée en 2011. Sa demande de provision sur dommages formée contre la société les laboratoires Servier a été rejetée par le juge de la mise en état contrairement à sa demande de provision pour frais de procès (TGI Nanterre, ordonn. 15 janv. 2015, R.G. n° 14/0000). Sur recours formée par la patiente, la Cour d'appel de Versailles infirme l'ordonnance. La demande de provision sur dommages ne se heurtait à aucune contestation sérieuse ni quant au défaut du médicament, ni quant à l'absence de cause d'exonération pour le laboratoire. En conséquence, la victime s'est vue allouer une provision de 10 000 euros à valoir sur la réparation des préjudices d'ores et déjà incontestables (taux d'incapacité et souffrances endurées). En revanche, la Cour d'appel a reçu l'argument du laboratoire selon lequel l'existence d'une procédure gratuite spécialement créée par le législateur au profit des victimes du benfluorex (L. 29 juill. 2011, C. santé publ., art. L. 1142-24-1 et s.) ne justifiait pas l'octroi d'une provision sur frais de procès.

Les faits dont était saisie la Cour d'appel de Versailles dans la seconde affaire concernaient une patiente qui, dans le cadre d'un traitement d'une trygliceridémie, a absorbé pendant trois années (de 2006 à 2009,) du Mediator sur prescription de son médecin. Alertée en décembre 2010 par un courrier reçu de l'AFSSAPS (l'Agence Française de Sécurité Sanitaire des produits de santé) sur les dangers du benfluorex, la patiente a fait procéder à une échographie qui a révélé une double valvulopathie. Elle a, en conséquence, recherché la responsabilité des laboratoires Servier, fabricant du Mediator, sur le fondement de la responsabilité du fait des produits défectueux tout en saisissant l'ONIAM d'une demande d'indemnisation.

Par jugement du 22 octobre 2015, le Tribunal de grande instance de Nanterre (TGI Nanterre, 22 oct. 1995, R.G. n° 12/07723 et 13/06176, L. Bloch, « Scoop à Nanterre : le Mediator est un produit défectueux », *Resp. civ. et assur.* 2015, focus, 35) a reconnu la responsabilité du laboratoire et l'a condamné à verser à la victime, 3 000 euros au titre des souffrances endurées, 1 350 euros au titre du déficit fonctionnel temporaire et 5 400 euros au titre du déficit fonctionnel permanent. S'y ajoute une somme au profit de la Caisse primaire d'assurance maladie au titre des frais futurs engagés par la victime.

Le 27 novembre 2015, la société les laboratoires Servier a relevé appel du jugement tout en invitant la Cour d'appel à statuer en raison de procédures pénales en cours (pour tromperie et homicides et blessures involontaires) et d'une procédure administrative ayant retenu la responsabilité de l'Etat du fait de l'abstention fautive des autorités sanitaires à compter de 1999 (TA Paris, 7 juill. 2014, n° 1312466 et CAA Paris, 31 juill.

2015, n° 14PA04082 ; CE, 9 nov. 2016, n° 393902). La Cour d'appel de Versailles confirme le rejet du sursis à statuer qui ne peut être prononcé en application de l'article 4 du Code de procédure pénale, l'action en réparation formée par la victime sur le fondement de la responsabilité du fait des produits défectueux n'ayant pas pour objet la réparation des préjudices nés des infractions objet des poursuites et n'impliquant pas la preuve d'une faute imputable au laboratoire. Quant à la procédure administrative, la Cour d'appel s'y réfère mais uniquement pour juger que l'abstention fautive des autorités sanitaires ne constituait pas une cause d'exonération pour le producteur pas plus d'ailleurs que le risque de développement prévu par l'article 1386-11, 4° du Code civil et que le laboratoire invoquait pour échapper à sa responsabilité de plein droit.

Sur le fond, le laboratoire contestait également l'imputabilité de la pathologie de la victime au médicament reprochant notamment au jugement d'avoir sous estimé le rôle causal d'autres facteurs tenant à l'âge et à l'état de santé antérieur du patient.

La victime demandait quant à elle à la Cour de confirmer le jugement sur la responsabilité du laboratoire du fait de la défectuosité du Mediator et de réévaluer le montant des indemnités allouées soit, 8 000 euros au titre des souffrances endurées, 1 650 euros au titre du déficit fonctionnel temporaire et enfin, 50 000 euros au titre du déficit fonctionnel permanent comprenant l'angoisse de développer une maladie évolutive.

Par cet arrêt du 14 avril 2016 (n° RG 15/01593), la Cour d'appel de Versailles confirme le jugement ayant retenu la responsabilité du laboratoire, le condamne à verser à la CPAM du Tarn certaines sommes (l'une au titre des frais futurs engagés par la victime pour combattre les effets du médicament, l'autre au titre de l'indemnité forfaitaire de gestion) mais diminue en revanche le montant de l'indemnité allouée à la victime au titre de son déficit fonctionnel permanent (fixé à 3 300 euros contre 5 400 euros en première instance). La décision apporte des réponses claires à plusieurs questions essentielles pour la réparation des dommages causés par un produit de santé dont la défectuosité est alléguée par son utilisateur sur le fondement des articles 1386-1 et suivants du Code civil (nouveaux art. 1245 et s.). La pérennité de certaines de ces solutions pourrait, toutefois, être menacée selon la réponse que donnera la CJUE à une question préjudicielle récemment posée par la Cour de cassation à propos de l'article 4 de la directive du 25 juillet 1985 transposé à l'article 1245-8 du Code civil (ancien art. 1386-9).

Le caractère défectueux du Mediator réaffirmé.

Le jugement du Tribunal de grande instance est confirmé en ce qu'il a déclaré que le Mediator était un produit défectueux parce que n'offrant pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre au sens de l'article 1386-4 du Code civil. Ce texte enjoint le juge à tenir compte de toutes les circonstances et notamment, de la présentation du produit, de l'usage qui peut en être raisonnablement attendu et du moment de sa mise en circulation. En l'espèce, la Cour d'appel approuve les juges d'avoir conclu à la défectuosité du médicament après avoir relevé, d'une part, que pendant la période de traitement de la victime, les risques du produit étaient avérés et d'autre part, que la notice d'utilisation n'en faisait pas mention. La Cour d'appel procède au même examen du rapport bénéfice/risque du médicament pour relever que ce rapport était défavorable à la victime, l'intérêt thérapeutique du Mediator étant supplanté par les risques liés à son utilisation. La référence au rapport bénéfice/risque du produit ne surprend pas de la part de la Cour d'appel de Versailles qui, dans le contentieux relatif au vaccin contre l'hépatite B, a rejeté une demande formée contre le fabricant au motif que le rapport entre les bénéfices et les risques du vaccin n'avait jamais été remis en cause de sorte que le défaut de sécurité du produit n'était pas établi (contrairement aux juges du fond ayant admis la preuve par présomptions du défaut du produit, v. CA Versailles, 10 fév. 2011, sur recours, Cass. civ. 1^{re}, 26 sept. 2012, n° 11-17738, cassation pour défaut de base légale au regard des anciens articles 1386-4 et 1353 du Code civil). A cette première considération (portant sur la défectuosité intrinsèque du produit, v. sur cette distinction, Ch. Radé, *Le défaut du produit*, *Resp. civ. et assur.* 2016, dossier 10, spéc. n° 8 et 9 ; pour une application, v. Cass. civ. 1^{re}, 25 fév. 2016 : *Resp. civ. et assur.* 2016, comm. 161, L. Bloch), s'ajoute celle tenant à l'absence d'information des médecins et des patients quant aux risques du médicament pour la santé (défectuosité extrinsèque). Ces éléments caractérisent le défaut du produit indépendamment de la connaissance que le laboratoire pouvait avoir à l'époque des faits de la nocivité du produit (v. dans ce sens, Cass. civ. 1^{re}, 25 fév. 2016, *préc.* ; Cass. civ. 1^{re}, 29 juin 2016 : *Resp. civ. et assur.* oct. 2016, comm. 279, L. Bloch).

La preuve par présomptions du lien de causalité consolidée.

La Cour d'appel approuve les juges de première instance d'avoir constaté, à partir d'un ensemble d'éléments de faits graves, précis et concordants, le lien de causalité entre le Mediator et le dommage. La Cour confirme ainsi l'admission des présomptions du fait de l'homme (C. civ., art. 1382 ; anc. art. 1353) comme mode de preuve du lien de causalité entre le défaut du produit et le dommage. En l'espèce, les juges ont relevé la concordance entre les conclusions de l'expert judiciaire et celles du collège d'experts benfluorex intervenus dans le cadre de la procédure d'indemnisation amiable parallèlement mise en œuvre par la victime (C. santé publ., art. L. 1142-24-1 et s.) et l'absence de toute autre cause possible à la pathologie tenant à l'état antérieur de la victime, à

d'éventuelles prédispositions, à son âge ou encore à la proximité temporelle entre le dommage et l'ingestion du médicament. Ici encore, la solution ne surprend pas. S'agissant des modalités de preuve du lien causal entre le défaut du produit et le dommage, la Cour d'appel de Versailles s'inscrit dans le prolongement d'une évolution favorable à la victime d'un produit de santé défectueux en particulier, celle ayant développé une sclérose en plaques à la suite d'une vaccination contre l'hépatite B. Après avoir écarté la preuve par présomptions en l'absence de certitude scientifique quant à l'existence d'un lien entre le vaccin et la maladie, la Cour de cassation a admis la preuve par présomptions pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes (Cass. civ. 1^{re}, 22 mai 2008, n° 05-20317 et 06-10967 ; Cass. civ. 1^{re}, 26 sept. 2012, n° 11-17738 : *D.* 2012, p. 2304 et 2810 ; Cass. civ. 1^{re}, 10 juill. 2013, n° 12-21314 : *D.* 2013, p. 2312, note Ph. Brun).

Toutefois, la pérennité de la solution n'est pas assurée. Sa remise en cause pourrait venir de la Cour de justice de l'Union européenne saisie d'une question préjudicielle sur le fait de savoir si l'article 4 de la directive du 25 juillet 1985 s'oppose, dans le domaine de la responsabilité des laboratoires pharmaceutiques du fait des vaccins qu'ils produisent, à la preuve par présomptions du défaut du vaccin et du lien de causalité entre ce défaut et le dommage (Cass. civ. 1^{re}, 12 nov. 2015, n° 14-18118 : *D.* 2015, p. 2602, note J.-S. Borghetti).

En cas de réponse négative, la Cour de cassation interroge la Cour de justice sur la possibilité de consacrer une présomption de causalité qui jouerait automatiquement en présence de certains indices (proximité temporelle entre la vaccination et l'apparition de la maladie, absence d'antécédents neurologiques personnels ou familiaux). Dans le cas contraire où la Cour de Luxembourg exclurait la preuve par présomptions du lien de causalité, le contentieux relatif à la responsabilité des laboratoires du fait d'un médicament défectueux, bien que non directement visé, pourrait être impacté. Réserver un accueil différent à la preuve par présomptions selon le produit en cause (vaccin ou médicament) et l'état des connaissances scientifiques (risque incertain, risque avéré) apparaît en effet difficilement justifiable. En ce qui concerne le Mediator, l'existence d'une procédure spéciale d'indemnisation des victimes limiterait, sans doute, l'impact de la décision si l'on considère que le collège d'experts benfluorex, appelé à rendre un avis sur la demande d'indemnisation de la victime (C. santé publ., art. L. 1142-24-5) intervient en application d'un régime spécifique d'indemnisation et ne se trouve dès lors pas lié par la décision de la Cour de justice.

L'exonération pour risque de développement neutralisée.

Sur le fond, la société les laboratoires Servier reprochait au jugement d'avoir écarté toute exonération pour risque de développement faute pour le fabricant d'avoir démontré que l'état des connaissances techniques et scientifiques au moment de la mise en circulation du produit ne lui avait pas permis de déceler le défaut du médicament. Le laboratoire soutenait au contraire que jusqu'à la fin de l'année 2009, les risques du médicament étaient encore controversés de sorte que la rapport bénéfice/risque n'était pas défavorable aux patients. L'argument n'a pas prospéré. La Cour d'appel relève notamment que deux médicaments anorexigènes produits par le laboratoire (l'Isoméride et le Pondéral) et contenant la même molécule que le Mediator (fréquemment détourné à usage de coupe faim) ont été retirés du marché français en 1997 tandis que le Mediator, commercialisé sous un autre nom en Suisse et en Espagne, a été retiré de ces marchés à l'initiative du laboratoire respectivement en 1998 et en 2003. Les juges considèrent comme établi qu'au plus tard en 1997, existaient des données scientifiques concordantes sur les effets nocifs du médicament exclusives d'une exonération au titre du risque de développement. Cette solution protectrice des intérêts de la victime pourrait, à l'avenir, être systématisée au profit de toute victime d'un produit de santé à usage humain défectueux. L'avant projet de réforme du droit de la responsabilité civile présenté le 29 avril 2016 exclut en effet l'exonération du producteur au titre du risque de développement lorsque le dommage a été causé par « *tout produit de santé à usage humain mentionné dans le premier chapitre du titre II du livre Ier de la cinquième partie du code de la santé publique* ». La Cour d'appel de Versailles anticipe de ce point de vue une évolution possible de la législation.

Le préjudice d'angoisse indemnisé.

Statuant sur la liquidation des préjudices, la Cour d'appel de Versailles apporte une précision importante puisque, sans pour autant suivre la victime sur le montant de l'indemnité, elle lui alloue une somme au titre de l'anxiété liée à l'éventuelle aggravation de son insuffisance aortique « *en raison de l'incertitude subsistante sur l'évolution future des lésions causées par le médiateur et par la nécessité de se soumettre à des examens cardiaques réguliers* ». Le préjudice d'angoisse ou d'anxiété continue à gagner du terrain. D'abord reconnu au profit de salariés exposés à l'amiante (Cass. soc., 11 mai 2010, n° 09-42241, où le préjudice est défini comme le fait d'être « *dans une situation d'inquiétude permanente face au risque de déclaration à tout moment d'une maladie* » et de devoir « *subir des contrôles et examens réguliers propres à réactiver cette angoisse* »), ensuite étendu à des femmes exposées in utero au Distillène ayant vécu avec la crainte de développer une maladie (Cass. civ. 1^{re}, 2 juill. 2014, n° 10-19206 : *Resp. civ. et assur.* 2014 comm. 312, S. Hocquet-Berg), un préjudice d'angoisse peut être invoqué par les patients traités par le Mediator avant son retrait du marché (sur les

demandes de provision sur dommage pour préjudice d'angoisse allégué par une trentaine de patients exposés au Mediator sans en avoir encore subi les effets indésirables, v. TGI Nanterre, ordonn. 28 janv. 2016, n° 15/01586) Sa reconnaissance au profit des utilisateurs du Mediator apparaît cependant doublement limitée. Limitée, d'abord, par le rattachement du préjudice d'angoisse au déficit fonctionnel permanent ce qui rend nécessaire le constat préalable d'une atteinte corporelle subie par la victime (ici, l'insuffisance aortique). Limitée, ensuite, par l'exigence de la soumission à des examens cardiaques réguliers, contrainte de nature à réactiver l'angoisse ressentie par la victime. Par cette condition, la Cour d'appel ne cède donc pas à la tentation d'objectiver le préjudice d'angoisse au profit de toute victime exposée à un risque (M. Develay, « Du préjudice d'angoisse au préjudice d'exposition », *Rev. Lamy Dr. civil* 2013, n° 103). Des provisions au titre d'un préjudice d'angoisse ont ainsi été accordées à des patients traités par le Mediator mais uniquement à ceux pouvant justifier d'un suivi médical contraignant de nature à provoquer un sentiment d'inquiétude permanent (TGI Nanterre, ordonn. 28 janv. 2016, *préc.*). La condition est discutable : d'abord, parce que ce n'est pas tant le suivi médical qui génère l'angoisse que le fait d'avoir absorbé un médicament dont les effets nocifs sont scientifiquement avérés (*Resp. civ. et assur.* 2016, comm. 160, S. Hocquet-Berg) ensuite, parce que la Cour de cassation a abandonné cette condition dans le contentieux de l'exposition aux poussières d'amiante (Cass. soc., 4 déc. 2012, n° 11-26294 ; Cass. soc, 25 sept. 2013, n° 12-17668). Il est vrai cependant que dans le cadre de ce même contentieux, la chambre sociale a amorcé un mouvement de reflux réservant la réparation du préjudice d'anxiété aux seuls salariés ayant travaillé dans l'un des établissements figurant sur la liste visée à l'article 41 de la loi du 23 décembre 1998 et ouvrant droit à une allocation de préretraite –ACAATA– (Cass. soc., 3 mai 2015 : *D.* 2015, p. 635 et 968, note J. Knetsch ; v. à propos du Distilbène, Cass. civ. 2^e, 11 déc. 2014, n° 13-27440). L'arrêt du 14 avril 2016 exprime, à cet égard, une prudence bienvenue.

Victoire Lasbordes – de Virville
Maître de conférences en Droit privé
Université de Versailles – Saint-Quentin (Paris-Saclay)
Laboratoire DANTE

TRAVAIL

CA Versailles, 14eme chambre, 3 mars 2016
R.G., n° 15/01369

S'opposant à un projet de réorganisation du travail, deux organisations syndicales du groupe « France Télévisions » avaient déposé, le 31 janvier 2015, et pour le site de Vanves, un préavis de grève illimitée. Celui-ci visait uniquement les salariés qui étaient planifiés sur les véhicules satellites autonomes à partir desquels il est possible d'établir des séquences « en direct » lors d'une émission télévisée telle que le journal local d'informations. Le 5 février suivant, et toujours pour le site de Vanves, un second préavis de grève illimitée était déposé, visant cette fois les salariés qui étaient planifiés sur l'émission « Météo à la carte ». Par ces actions, évidemment, il s'agissait de perturber plusieurs émissions différentes – les plus suivies par les téléspectateurs – aux fins de faire valoir les différentes revendications portées par les organisations agissantes, au nom des services visés, et d'établir à leur profit un rapport de force avec la direction de la société.

Estimant toutefois que le second préavis ne répondait pas aux conditions fixées par la loi, France Télévisions assignait les deux syndicats en référé d'heure à heure afin que le juge constate son irrégularité. L'employeur obtint gain de cause, tant en première instance qu'en appel, devant la 14^e chambre de la Cour d'appel de Versailles.

Pour la Cour d'appel, l'irrégularité du second préavis se fonde sur le constat que la législation relative à la liberté de communication « *ne fait aucune distinction selon que les préavis déposés reposent ou non sur des motifs différents ou visent des périmètres distincts.* »

En conséquence, « *il ne saurait être ajouté à ce texte une condition qui n'est pas prévue concernant la motivation du préavis puisque les règles édictées le sont dans l'objectif d'assurer la continuité du service public, de sorte qu'il est indifférent que les préavis visent des services et/ou émissions différents du site de Vanves.* »

Les magistrats, dans cette affaire, ont ainsi rigoureusement appliqué l'article 57 de la loi du 30 septembre 1986, au terme duquel – et ce depuis 1986 – le préavis de grève, pour être conforme à l'exigence de continuité du service public, doit « *fixer le lieu, la date et l'heure du début, ainsi que la durée, illimitée ou non, de la grève*

envisagée ». L'article 57 interdit par ailleurs le dépôt d'un nouveau préavis par la même organisation syndicale tant que le délai de préavis initial n'est pas échu, ou que la grève qui suit ce dernier ne s'est pas régulièrement terminée.

Dans l'esprit de la juridiction d'appel, l'objectif de continuité du service public conduit à ne pas distinguer entre les services de l'entreprise ou les émissions qu'elle diffuse, ni même entre les motivations professionnelles alléguées. Sitôt qu'un préavis de grève est déposé par une organisation syndicale, celle-ci met en cause ledit principe de continuité et enclenche *de facto* la procédure légale de règlement du conflit avec, comme principe directeur, que tant que la première discorde n'est pas traitée, l'organisation syndicale concernée ne peut en soulever d'autres.

Il en ressort que ce qui compte, que ce qui serait le moins admissible pour la société, ne sont pas tant les causes sociales et professionnelles qui aboutissent, par la cessation de travail annoncée, à porter atteinte au principe de continuité, que l'atteinte elle-même. En d'autres termes, entre le droit de grève des salariés d'une part, et le devoir de l'employeur d'assurer, de façon effective, sa mission de service public, le juge d'appel positionne clairement le curseur sur le second... au nom de la volonté du législateur.

« *Dura lex, sed lex* » ? Peut-être... sauf qu'avant d'être dure pour les syndicats, la loi appliquée en l'espèce est surtout mal faite : l'absence de condition de motivation du préavis de grève constitue en effet une entorse grave à ce qu'est, fondamentalement, le droit de grève.

Rappelons en effet que la grève est la cessation collective et concertée du travail *en vue d'appuyer des revendications professionnelles*. Sans l'existence de ces dernières, point de grève (Cass. soc., 23 mars 1953 : *JCP*, G, 1953, II, 7709, note H. Delpech ; Cass. soc., 14 oct. 1954 : *Dr. soc.*, 1955, 102 ; Cass. soc., 17 déc. 1996 : *TPS*, 1997, comm. 85 – v. aussi Cass. soc., 10 mars 1961 : *Dr. soc.*, 1961, 363, obs. J. Savatier : dans le cas d'une grève « mixte », mêlant revendications politiques et professionnelles, l'irrégularité de la grève est constatée lorsque les revendications politiques l'emportent sur celles professionnelles). Par ailleurs, et même s'il existe sur ce sujet des discordances au sein même de la Cour de cassation, ces revendications professionnelles doivent être considérées comme « raisonnables » - c'est-à-dire comme pouvant être objectivement satisfaites par l'employeur – ce que le droit européen ne manque pas de rappeler également de son côté (v. Cass. Ass. Plén., 4 juill. 1986 : *JCP*, E, II, 14796, note B. Teyssié ; CJCE, 11 déc. 2007, C-438/05 : *JCP*, S, 2008, 1086, note J. Cavallini ; CJCE, 18 déc. 2007, C-341/05 : *JCP*, S, 2008, 1087, note J. Cavallini ; v. toutefois, la position de la chambre sociale qui continue de refuser de substituer son appréciation à celle des grévistes sur la légitimité et le bien-fondé de leurs revendications : Cass. Soc., 19 oct. 1994 : *RJS*, 12/94, 1413 ; Cass. soc., 23 oct. 2007 : *RJS*, 1/08, 65).

Il importe donc que le juge soit en capacité de vérifier si la cessation de travail n'est pas fondée sur des revendications professionnelles artificielles susceptibles de causer un trouble manifestement illicite. Or cet examen n'est possible que si le préavis mentionne le motif de la grève.

En n'imposant pas de condition de motivation des préavis, l'article 57 de la loi du 30 septembre 1986 porte ainsi atteinte à la substance même du droit de grève, à sa légitimité la plus essentielle, puisqu'en fin de compte, il le réduit à sa conséquence (la suspension de la relation de travail) ainsi qu'à ses modalités (lieu, date, heure et durée), alors que ce qui est central dans ce droit sont les causes professionnelles qui le justifient. La malfaçon législative est ici évidente.

Du reste l'argumentation des syndicats appelants tendait à faire valoir ce lien essentiel entre le droit de grève et ses causes professionnelles. Selon eux, l'interdiction d'un nouveau préavis de grève déposé par la même organisation syndicale ne peut s'entendre que de préavis successifs reposant sur les mêmes motifs, sauf à porter atteinte au droit de grève de façon manifestement disproportionnée. En effet, si l'on imagine un premier préavis déposé en raison du projet de réorganisation de l'entreprise, faut-il dès lors considérer qu'aucune grève n'est envisageable en parallèle qui reposerait, par exemple, sur la dénonciation de pratiques de management de la direction ou sur des revendications de nature salariale ? L'altération des conditions de travail des salariés est-elle à ce point un fait insignifiant qu'elle ne peut justifier aucune action collective si, pour des raisons qui lui sont totalement étrangères, le téléspectateur n'est déjà plus en mesure de suivre normalement ses émissions régulières ?

L'indécence de cette proposition est d'autant moins admissible qu'elle contrevient à l'esprit de l'ensemble de la législation relative à la conciliation du droit de grève avec le principe de continuité des services publics.

Rappelons en effet que si l'article 57 constitue une législation spéciale applicable au secteur de l'audiovisuel public, il existe en revanche une législation générale relative à la continuité du service public qui, via les articles

L. 2512-1 et L. 2512-2 du Code du travail, dispose depuis longue date que le préavis déposé – et notamment par les personnels des entreprises qui sont chargés de la gestion d'un service public - « *précise les motifs du recours à la grève* ».

Observons également que l'ensemble de la jurisprudence de la Cour de cassation positionne la motivation des préavis comme la clé de voûte de tout le dispositif de conciliation. C'est ainsi que sous l'empire de la législation générale, les préavis successifs mentionnant des motifs différents sont admis (Cass. soc., 30 janv. 2008 : *RJS*, 4/08, 470) tout comme le sont, du reste, ceux qui sont fondés sur le même motif (Cass. soc., 25 janv. 2012 : *RJS*, 4/12, 384) dès lors que les syndicats ne se dérobent pas à leur obligation d'engager immédiatement des négociations collectives avec l'employeur.

Car dans l'esprit de la législation générale, au-delà de se préserver la capacité de contrôler la nature professionnelle des revendications, les préavis sont là non pour empêcher la démultiplication des causes de cessation de travail, mais pour s'assurer que tout sera fait pour résoudre les conflits avant qu'ils n'aboutissent à une grève, ou à une grève trop longue si aucun accord n'est intervenu dans le délai du préavis.

La continuité des services publics n'est donc pas conçue comme une excuse servant à relativiser, voir à nier, les causes professionnelles d'un conflit : c'est une motivation supplémentaire pesant sur les parties pour qu'elles règlent leur différend le plus rapidement possible, et dans les meilleures conditions pour les usagers.

Or l'effet pervers de l'interprétation de l'article 57, telle qu'elle découle du présent arrêt, est que si un second motif de grève devait apparaître durant le temps d'un préavis fondé sur un autre motif, aucune négociation ne serait engagée formellement à ce propos. Le conflit pourrait alors facilement s'enliser, s'aggraver puis conduire à un préavis immédiatement déposé aux lendemains de la résolution de la première discorde, avec de nouvelles négociations en perspective qui seraient sans doute plus complexes à mener... au regard de l'objectif de continuité des services publics. Le moins que l'on puisse dire est que l'on aurait pu faire plus simple et plus efficace.

Alors oui, la Cour d'appel de Versailles a rigoureusement appliqué la loi spéciale. Oui, l'adage « *Specialia generalibus derogant* » a été scrupuleusement respecté. Oui, le premier fautif dans cette affaire est le législateur qui n'a pas veillé à la cohérence de sa législation.

Or, s'agissant plus particulièrement du droit de grève, interrogeons-nous : pouvons-nous admettre une démocratie sociale qui, au nom du service public, voire pire sous la pression d'un certain consumérisme médiatique, ne porte plus guère d'intérêt aux causes profondes des conflits sociaux ? En sommes-nous réduits à ne considérer la grève que sous l'angle des désagréments qu'elle génère naturellement, comme un trouble qu'il faut faire cesser quelle qu'en soit la cause ?

Mais interrogeons-nous plus fondamentalement sur ce système qui aboutit, en quelque sorte, à faire du juge un simple « fonctionnaire de la loi » (pour reprendre la célèbre expression de Michel Villey), l'exécutant du vouloir indiscutable, non critiquable, du législateur. Le juge doit être en mesure de rendre « son office » : à l'aide des textes, il doit pouvoir trouver la solution juste, combler les manques de la loi, rechercher l'esprit des lois parfois au-delà de leur lettre lorsqu'elle est maladroite ou incomplète... un pouvoir dont la Cour d'Appel de Versailles a été privée, du fait de notre conception générale du Droit.

Si le législateur – mû par des considérations avant tout politiques - fournit la matière normative, le juge devrait pouvoir rester cet artiste qui la façonne pour dévoiler ce qui, dans une société, est acceptable et ce qui ne l'est pas... Dans le cas contraire, on prend le risque que le Droit renonce à protéger ce qui, dans une société, cimente la solidarité sociale. L'essence du droit de grève en fait indiscutablement partie.

Benoît PETIT
Maître de conférences en droit privé
Université de Versailles – Saint-Quentin (Paris-Saclay)
Codirecteur du Master « droit des ressources humaines et de la protection sociale »
Laboratoire DANTE, Observatoire « Droit, Ethique & RSE »