

L. 233-10 du Code de commerce, faute pour la cour d'appel d'avoir caractérisé l'existence d'un accord conclu en vue d'exercer des droits de vote pour mettre en œuvre une politique commune vis-à-vis de la filiale cotée ou pour en obtenir le contrôle.

La solution pourra paraître sévère, compte tenu de l'ensemble des circonstances de fait relevées au titre de la stratégie visiblement élaborée en commun par les auteurs de la demande de dérogation. Elle doit cependant être approuvée. Exception à la règle, la dérogation à l'obligation de déposer une offre publique doit être d'interprétation stricte, d'autant qu'elle repose en l'espèce sur l'interprétation d'une notion plastique, celle « d'accord », qui n'est soumise à aucun formalisme². L'action de concert est un concept réaliste, qui existe pour fédérer

des intérêts convergents et non, comme en l'espèce, pour créer de manière opportuniste une division au sein d'un groupe familial. C'est positivement que le concert doit être établi entre ses membres et non de manière négative, par référence à ceux qui n'en font pas ou plus partie.

L'apparent concert familial plus global justifiait une recherche approfondie de la réalité des liens et antagonismes existant au jour du dépôt de la demande de dérogation entre les deux actionnaires de contrôle et les autres membres de la famille. Ce simple élément de circonstance justifie un opportun retour au texte afin de distinguer précisément les membres opérationnels d'un concert des « sous-concertistes ». Les deux réalités ne sont pas assimilables et c'est à juste titre que la Cour de cassation vient le souligner.

2. V. spéc. V° Action de concert, Rép. Dalloz. Droit des sociétés, par D. Schmidt et N. Rontchevsky, n° 11 et s.

Le tracé de frontière entre dol et défaut de mise en garde.

Cass. com. 29 nov. 2016, n° 15-15-793, inédit.

Commentaire de Jérôme Chacornac

Non publié au bulletin, l'arrêt rendu le 29 novembre 2016 soulève l'irritante question de l'articulation entre l'inexécution du traditionnel devoir de mise en garde qui pèse sur les prestataires de services d'investissement et l'annulation du contrat pour dol¹. Question d'une actualité renouvelée en raison de l'évitement de la difficulté par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. L'articulation entre les vices du consentement et l'inexécution du devoir précontractuel d'information ne sort pas éclaircie par le nouveau texte. Il apparaît aujourd'hui que si les vices du consentement, dont le dol, vicie le consentement de telle manière que « sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes » (article 1130), le devoir d'information doit porter sur une information « dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre » (article 1112-1). Il y a donc lieu, aujourd'hui comme hier, de distinguer le caractère déterminant de l'information qui fonde l'obligation, de la répercussion de la désinformation, qui vicie le consentement. Arithmétique aux résultats incertains, qui invite à la casuistique tant légale² – si l'on peut dire – que juris-

prudentielle³. Ainsi, la méconnaissance d'un devoir spécial d'information, tel le devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit, ne constitue pas, en elle-même, un dol⁴.

C'est la même logique qui sous-tend l'arrêt du 29 novembre 2016. En l'espèce, une SCI constituée par un couple avait souscrit un emprunt auprès d'une banque afin d'acquérir un immeuble à usage d'habitation. La banque avait obtenu diverses garanties dont la remise en nantissement de parts d'un FCP dont elle avait demandé la souscription aux associés de la SCI. Certaines échéances n'ayant pas été honorées, la banque engagea une procédure de saisie immobilière à l'encontre de la SCI, à laquelle celle-ci et le couple d'associés s'opposèrent en formant une demande en annulation des contrats de prêts et de souscription des parts de FCP, ainsi qu'en paiement de dommages-intérêts.

Déboutés en appel, ceux-ci formèrent un pourvoi dont les arguments, essentiellement factuels, furent tous rejetés. Ainsi en fut-il tout spécialement des différentes branches du moyen suggérant l'existence d'un dol commis par la banque dans la présentation des caractéristiques du placement. Au fond, l'argumentaire développé par le pourvoi tendait, en visant des textes extrêmement différents⁵, à démontrer l'existence d'un dol dans la présentation erronée des perspectives de rendement des instruments souscrits.

1. Pour une autre hypothèse de rejet du dol invoqué à l'encontre d'un PSI, CA Paris, pôle 5, ch. 6, 26 sept. 2013, n° 11/19539, cité par A.-C. Muller contre l'arrêt rendu par la chambre commerciale sur le pourvoi qui ne remettait pas en cause cette analyse, com. 17 mars 2015, n° 13-25-142 : RDBF, mai 2015, comm. 104.

2. Sur la multiplicité et le manque de cohérence des sanctions prévues par le législateur au titre du non respect des différentes règles imposant le respect d'un formalisme informatif, V. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les Obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 262, spéc. n° 293-296.

3. Par exemple, au sujet de l'obligation d'information de l'agent de voyage, qui n'entraîne la nullité que dans les conditions du droit commun, Civ. 1^{re}, 31 oct. 2007, n° 05-15.601, Bull. civ. I, n° 342 : D. 2008.522, note Dagorne-Labbé ; CCC 2008, n° 34, note Leveneur.

4. Com. 9 févr. 2016, n° 14-23-210, à paraître au Bulletin : « Mais attendu que ne constitue pas un dol le seul manquement de l'établissement de crédit à son devoir de mise en garde. »

5. Outre l'article 1116, visé exclusivement par la troisième branche, le pourvoi s'appuyait, de manière confuse, sur les articles 1147 ancien du Code civil, L. 533-4 du Code monétaire et financier et même L. 121-1 du Code de la consommation.

La chambre commerciale approuve la cour d'appel d'avoir conclu à l'absence de dol sur la base de deux séries d'appréciations : celles tenant à l'absence de démonstration que la banque disposait d'éléments lui assurant la connaissance de la sous-performance du produit et celles relatives à la notice agréée par la COB, qui faisaient apparaître les aléas susceptibles d'affecter la performance du produit.

Dit de manière plus canonique sur le terrain des vices du consentement, il manquait au dol son élément psychologique ou délictuel tout comme son élément matériel, tenant au caractère trompeur ou incomplet de l'information transmise. Question de fond tranchée sur le terrain des faits donc, mais question ô combien décisive en termes d'enjeu.

S'il n'était pas constitutif d'un dol, le comportement de la banque a bien été jugé constitutif d'une inexécution de son devoir de mise en garde, dont la conséquence est toutefois bien différente de celle d'une nullité. La SCI et ses associés avaient articulé leur pourvoi dans

un second moyen contestant le montant de la réparation qui leur avait été allouée, limitée à une perte de chance de ne pas contracter.

Tandis que, par le jeu des restitutions, l'annulation suppose un raisonnement en valeur, l'indemnisation suppose un raisonnement en termes de préjudice, un préjudice sur lequel on joue, que l'on malaxe à l'envi, pour parvenir dans une espèce comme celle examinée, au résultat consistant à ne pas transformer la responsabilité en assurances contre les pertes financières.

Au résultat, des investisseurs se sont trouvés accusés à la souscription d'instruments financiers risqués, dont les caractéristiques s'avéraient, de l'aveu même de la cour d'appel, complexes. S'il est rigoureux de ne pas y avoir vu un dol, à défaut de tout élément établissant sa dimension délictuelle, on peut cependant être réservé sur le traitement indemnitaire dont font ici l'objet les emprunteurs, forcés à la dépense dans l'objet d'un nantissement à la valorisation aussi aléatoire que difficile à mesurer.

Les clauses de droit de suite dans le cadre de rapprochement d'entreprises.

Cass. com. 11 octobre 2016, n° 14-28114, inédit.

Commentaire de Frida Mekoui

Cet arrêt non publié au Bulletin doit être signalé en ce qu'il éclaire la portée des clauses de droit de suite traditionnellement prévues dans le cadre des contrats désignant un intermédiaire chargé du rapprochement d'entreprises.

En l'espèce, une société avait confié à un prestataire de services d'investissement la mission de trouver un acquéreur pour tout ou partie des actions de l'une de ses filiales. La société cliente résilie finalement le contrat au bout d'un an en l'absence de cession intervenue. Néanmoins, deux ans après cette résiliation la société est finalement cédée à une société qui apparaissait comme acquéreur potentiel sur une liste fournie par le prestataire alors que le contrat de mise en relation était encore en cours.

Le prestataire réclame alors paiement de la commission de succès prévue en cas de réalisation d'une opération sur le fondement de la clause de droit de suite du contrat. En effet, en toute logique ces prestataires se prémunissent usuellement contre le risque que leur client, une fois mis en relation, ne mette fin au contrat pour se soustraire au paiement de la rémunération tout en réalisant l'opération concernée. En l'occurrence, la clause prévoyait que « si l'opération ne devait pas se réaliser, pour quelque raison que ce soit pendant la validité du contrat, [...] et que l'opération financière aboutissait au cours des 36 mois suivant la fin du mandat avec un investisseur potentiel présenté par l'intermédiaire, une rémunération sera due à l'intermédiaire [...] ». »

La demande est rejetée, tant par la Cour d'appel que par la Cour de cassation, au motif d'une part que la fourniture d'une liste d'acquéreurs potentiels constitue une simple identification et non une présentation au sens de la clause instituant le droit de suite et, d'autre part, que la présentation dont il est question doit avoir lieu durant l'exécution du contrat.

En effet, l'appréciation concernant le moment de la présentation était importante dans la mesure où le prestataire était intervenu dans la mise en relation des deux sociétés protagonistes deux ans après la résiliation du contrat. D'ailleurs, le prestataire s'est ensuite prévalu, dans ce cadre, de l'existence d'un éventuel « mandat » tacite reçu de la part de la société cédante compte tenu de l'organisation d'une réunion entre les deux parties.

Là encore, les juges considèrent qu'il n'existe pas de « mandat » tacite mais que l'intervention spontanée du prestataire, deux ans après la résiliation du contrat, s'analyse en une gestion d'affaires laquelle implique simplement le remboursement des frais engagés par le prestataire et non une rémunération particulière.

La Cour de Cassation relève, d'ailleurs, que le prestataire ne pouvait ignorer l'absence de « mandat » tacite compte tenu « de sa qualité de prestataire de service connexes aux services d'investissement ». La référence à la qualité de prestataire de services connexes aux services d'investissement peut paraître, à première vue surprenante, dès lors qu'elle ne correspond à aucun statut régulé particulier et qu'en l'occurrence l'intermédiaire avait la qualité de prestataire de services d'investissement (statut quant à lui bien régulé). Elle permet toutefois d'appréhender tous les intermédiaires qui sans avoir de statut particulier, tel que celui de prestataire de services d'investissement comme en l'espèce, fournissent le service connexe de « conseil en haut de bilan ».