



RAPPORT DE M. MORNET, CONSEILLER

Arrêt n° 287 du 29 octobre 2021 – Chambre mixte

Pourvoi n° 19-18.470

Décision attaquée : 02 avril 2019 de la cour d'appel de Paris

Société ATC agri terroir communication ; et autres

C/

M. [H] [W] ; et autres

Rapport avec proposition de rejet non spécialement motivé de certains griefs

Plan du rapport

1. Rappel des faits et de la procédure	p.3
2. Enoncé des moyens	p.6
2.1. Dans un premier moyen	p.6
2.2. Dans un deuxième moyen	p.6
2.3. Dans un troisième moyen	p.7
3. Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger	p.9
4. Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine	p.9
4.1. Premier moyen (RNSM)	p.9
4.2. Deuxième moyen	p.9
4.2.1. Première branche du deuxième moyen (RNSM)	p.9
4.2.2. Seconde branche du deuxième moyen	p.10
4.2.2.1. La problématique	p.10
4.2.2.2. Éléments de discussion	p.12
Les textes applicables	p.12
La jurisprudence	p.12
La doctrine	p.18
Quelques éléments de droit comparé	p.30
4.2.3. Le cas d'espèce	p.33
4.3. Troisième moyen (RNSM)	p.34
4.3.1. Première branche du troisième moyen	p.34
4.3.2. Deuxième branche du troisième moyen	p.35
4.3.3. Troisième branche du troisième moyen	p.36

1. Rappel des faits et de la procédure

Le capital de la société X-Média Développement (la société XMD) était détenu à 45% par M. [H] [W], à 5% par son épouse, Mme [M] [L], épouse [W], à 15% par ses enfants, Mme [M] [W], épouse [G], Mme [T] [O] et M. [P] [W] (les conjoints [W]) et, à 35% par la société MBO Partenaires, désormais dénommée MBO & Co, représentant le MBO Capital 2FCPR, fonds commun de placement à risque.

Les conjoints [W] ont souhaité vendre la société XMD et donné mandat de céder leurs actions à M. [H] [W].

Au terme d'un protocole de cession rédigé par la société Aucteur Finance et signé le 7 mars 2012 par l'ensemble des associés de la société XMD, la société ATC Agri terroir communication (la société ATC) s'est engagée à acheter l'ensemble des actions de la société XMD, ce rachat devant s'effectuer en deux temps :

- une première tranche d'acquisition portant sur 2.428.600 actions, représentant 85% du capital social de la société XMD, moyennant le prix de 3.570.042 euros qui a été payé les 15 mars et 13 avril 2012,
- une seconde tranche pour l'acquisition du solde des actions détenues par M. et Mme [W], soit 428.576 actions, moyennant le prix de 630.006,72 euros, payable au plus tard le 15 janvier 2013.

Le protocole de cession comportait une garantie d'actif et de passif, le président, M. [H] [W], et la société MBO Partenaires étant les garants.

Le 15 avril 2012, le contrôle du Groupe X-Média et de ses filiales est passé au cessionnaire en exécution du protocole de cession.

Le 3 mai 2012, M. [S] (directeur général de X-Média depuis 2007) a informé la société ATC de son souhait de quitter la société XMD dans le cadre d'une rupture conventionnelle de son contrat de travail et a cessé ses fonctions à la fin du mois de juin 2012 après avoir signé un protocole d'accord avec la société ATC.

Le 3 janvier 2013, la société ATC a procédé à une première mise en oeuvre de la garantie de passif, à laquelle se sont opposés les garants.

Le 4 janvier 2013, M. et Mme [W] ont indiqué à la société ATC être prêts au transfert du solde des actions et ont sollicité le paiement correspondant. La société ATC ne s'est pas acquittée du solde du prix à l'échéance du 15 janvier 2013, ni après mise en demeure du 24 janvier 2013, opposant aux époux [W] l'existence d'un dol.

Le 31 janvier 2013, M. et Mme [W] ont assigné en référé les sociétés ATC et XMD aux fins d'exécution forcée du paiement du solde des actions, le juge des référés renvoyant l'affaire au tribunal de commerce de Paris.

Les 15 et 18 février 2013, les sociétés ATC et XMD ont assigné M. [H] [W] et la société Aucteur Finance pour voir annuler pour dol la cession de l'ensemble des actions au motif que M. [S] avait dès le 12 mai 2012 informé la société ATC de sa volonté de quitter le groupe, volonté connue par M. [H] [W] au moment de la cession, alors que l'existence d'une direction stable était une condition déterminante du rachat par la société ATC, et obtenir la condamnation à des dommages et intérêts. Elles ont ultérieurement assigné en intervention forcée l'épouse et les enfants de M. [H] [W], ainsi que la société MBO Partenaires, représentant de MBO Capital 2 FCPR.

La société ATC a ensuite renoncé à demander l'annulation de la vente et limité sa demande à l'indemnisation de son préjudice.

Par jugement du 5 février 2016, le tribunal de commerce de Paris, rectifié le 3 mars 2016, a notamment :

- retenu l'existence d'un dol, en ce que le projet de départ de M.[S], directeur général, avait été dissimulé,
- condamné in solidum les consorts [W] et la société Aucteur Finance à payer 600.000 euros de dommages et intérêts à la société ATC,
- ordonné à M. [W] de remettre à la société ATC l'ordre de mouvement des 285.719 actions qu'il détient encore,
- condamné la société ATC à payer à M. [W] 30.006,93 euros et à verser sur un compte séquestre 390.000 euros afin que cette somme revienne à M. [W] quand le litige sur la garantie d'actif et de passif aura fait l'objet d'une décision irrévocable, à moins d'une remise d'une caution bancaire de même montant, dans cette hypothèse les 390.000 euros étant remis à M. [W], avec exécution provisoire.

Par arrêt du 2 avril 2019, la cour d'appel de Paris a, notamment :

Sur le dol_:

- confirmé le jugement en ce qu'il a condamné M. [H] [W] à payer des dommages et intérêts à la société ATC au titre du dol, mais l'a infirmé sur le quantum,
- l'a infirmé en ce qu'il a condamné in solidum Mme [M] [W], Mme [M] [W], M. [P] [W], Mme [T] [O] et la société Aucteur Finance avec M. [H] [W],

- l'a confirmé en ce qu'il a débouté la société ATC de sa demande dirigée contre la société MBO Partenaires, représentant le MBO Capital 2FCPR.

Statuant à nouveau des chefs infirmés, a

- condamné M. [H] [W] à payer à la société ATC 400.000 euros de dommages et intérêts en réparation du préjudice résultant du dol,
- débouté la société ATC de ses plus amples demandes de ce chef.

Sur la garantie de passif :

- confirmé le jugement en ce qu'il a débouté la société ATC de ses demandes au titre de la garantie de passif mise en oeuvre le 3 janvier 2013, le 15 novembre 2013 et le 11 avril 2014 et rejeté la demande d'expertise.

Sur la demande au titre du préjudice moral de la société ATC :

- confirmé le jugement en ce qu'il a débouté la société ATC de sa demande de dommages et intérêts au titre du préjudice moral et d'image.

Sur le transfert et le paiement des 285.719 actions de la société X-Média (tranche 2) :

- confirmé le jugement en ce qu'il a ordonné à M. [H] [W] de remettre à la société ATC l'ordre de mouvement des 285.719 actions de la société XMD qu'il détient et en ce qu'il a condamné la société ATC à payer à M. [H] [W] le prix de ces actions,
- l'a infirmé en ce qu'il a ordonné le placement sous séquestre de la somme de 390.00 euros.

Statuant à nouveau du chef infirmé,

- a dit que l'intégralité du prix des actions sera remis à M. [W], déduction faite du montant des dommages et intérêts alloués à la société ATC au titre du dol.

C'est l'arrêt attaqué.

2. Enoncé des moyens

2.1. Dans un premier moyen,

les sociétés ATC et XMD font grief à l'arrêt de rejeter la demande de la société ATC dirigée contre MBO Capital 2FCPR, représenté par la société MBO & Co, alors que « dans ses conclusions d'appel, la société ATC faisait valoir que la société MBO ne pouvait prétendre ignorer les faits couverts ses déclarations, dès lors qu'elle était dirigeante de la société XMO et largement impliquée dans sa gestion, en vertu du pacte d'actionnaires conclu avec les consorts [W] le 23 mai 2007, aux termes duquel les parties avaient mis en place, au sein de la société, un Comité d'Echange ayant « *une mission de conseil et de surveillance des mandataires sociaux de la société et de ses filiales* » et vocation à étudier « *tout projet ... de cession de la société et/ou de ses Filiales* » (cf. p. 14) ; qu'en outre, elle avait réitéré, dans le protocole de cession, ses déclarations « *en toute connaissance de cause* », dans le but de céder sa participation, en prenant le risque de souscrire à des déclarations qu'elle savait mensongères et en donnant crédit, par sa signature professionnelle, aux déclarations de M. [H] [W] ; qu'en statuant comme elle l'a fait, sans répondre à ce moyen de nature à établir le dol commis par la société MBO, la Cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile. »

2.2. Dans un deuxième moyen, divisé en deux branches,

les sociétés ATC et XMD font grief à l'arrêt de limiter la condamnation de M. [H] [W] au profit de la société ATC, à la somme de 400.000 € à titre de dommages et intérêts, en réparation du préjudice résultant du dol, et de rejeter le surplus des demandes de la société ATC contre l'épouse et les enfants, alors :

« 1°/ que le préjudice réparable résultant de manoeuvres dolosives commises par un cocontractant correspond, dans le cas où l'annulation du contrat n'est pas demandée, à la perte de chance d'avoir pu contracter à des conditions plus avantageuses ; qu'en conséquence, l'indemnisation pécuniaire du cessionnaire d'actions de société victime des manoeuvres dolosives du cédant doit prendre la forme de la restitution de « *l'excès de prix* » qu'il a été conduit à payer ; qu'en l'espèce, les sociétés ATC et XMD faisaient valoir, dans leurs conclusions d'appel, que dès les négociations et avant-contrats conclus entre les parties, la société ATC avait fait savoir aux consorts [W] et à la société MBO que le prix qu'elle était prête à payer avait été fixé et était notamment la contrepartie « *de la participation opérationnelle de M. [W] et de M. [S] qui cumulait les fonctions de directeur général et de directeur commercial du groupe X-Média* », et que l'excédent de prix payé en raison du dol s'élevait à 2.648.000 € (cf. pp. 79-80) ; qu'en se bornant à retenir, pour limiter le préjudice résultant du dol à la somme de 400.000 €, que « *si le départ de M. [S] ne lui avait pas été dissimulé, lors du protocole de cession, ATC aurait pris en compte cet élément défavorable dans le montant de sa proposition* »

(cf. arrêt, p. 16) sans rechercher, ainsi qu'elle y était invitée, le prix que la société ATC aurait accepté de payer si elle avait eu connaissance du départ de M. [S] à la date du protocole de cession des actions de XMD du 7 mars 2012, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1116 et 1382 du code civil, dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 ;

2°/ que, en toute hypothèse, le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné ; que les manoeuvres dolosives du mandataire, déterminantes du consentement du cocontractant, sont opposables au mandant ; qu'en l'espèce, la cour d'appel a expressément relevé que « *l'épouse et les enfants de M. [W]* » avaient « *donné mandat à M. [W] de céder leurs actions X-Média* » (cf. arrêt, p.14) ; qu'en déboutant cependant la société ATC de sa demande tendant à voir condamner l'épouse et les enfants de M. [W], solidairement avec ce dernier, au paiement de dommages et intérêts au titre du dol, au motif inopérant qu'aucun élément ne permettait de retenir que « *ces derniers ont personnellement participé aux arrangements dolosifs* » (cf. arrêt, p. 14), quand ces agissements avaient été accomplis dans les limites du mandat conféré à M. [H] [W], la cour d'appel a violé l'article 1998 du code civil.»

2.3. Dans un troisième moyen, divisé en trois branches,

les sociétés ATC et XMD font grief à l'arrêt de rejeter les demandes de la société ATC au titre de la garantie de passif mise en oeuvre le 3 janvier 2013, le 15 novembre 2013 et le 11 avril 2014, alors :

« 1°/ que la cassation à intervenir sur le fondement du premier moyen de cassation, du chef de dispositif ayant limité la condamnation de M. [H] [W] au profit de la société ATC, à la somme de 400.000 € à titre de dommages et intérêts, en réparation du préjudice résultant du dol entraînera, par voie de conséquence, celle du chef de dispositif de l'arrêt ayant débouté la société ATC de ses demandes au titre de la garantie de passif mise en oeuvre notamment le 3 janvier 2013, en application de l'article 624 du code de procédure civile ;

2°/ que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ; qu'aux termes de 7.5.4 du protocole du 7 mars 2012, les garants avaient déclaré que les sociétés cédées avaient « *valablement et régulièrement exécuté les obligations qui leur incombent à l'égard de leurs cocontractants, tels que notamment les clients, fournisseurs, établissements de crédit et autres prêteurs. Elles n'ont commis aucune violation, manquement ou acte de nature à entraîner, en application d'une clause contractuelle, (i) une résiliation anticipée des contrats, conventions ou accords conclus avec ces derniers, (ii) une cessation des relations entretenues avec des derniers ou encore (iii) des conséquences négatives importantes pour les sociétés. Les sociétés n'encourent pas de la part de leurs clients, fournisseurs, cocontractants, sous-traitants ou intermédiaires des produits*

vendus et des services fournis par elles, de réclamations étrangères au cours normal des affaires menées par les sociétés. Les produits vendus et les services fournis par les sociétés sont conformes aux commandes auxquelles ils se rapportent » (cf. p. 17) ; que la cour d'appel a expressément relevé que par lettre recommandée avec accusé de réception du 3 janvier 2013, la société ATC avait mis en oeuvre la garantie de passif au titre notamment de l'article 7.5.4, en invoquant « *des vices affectant les produits logiciels, ainsi que les conséquences de cette situation sur la désorganisation des activités commerciales et la valorisation de la société acquise* » (cf. arrêt, p. 17) ; qu'elle a également relevé que par courrier daté du 17 mars 2014, GRF s'était plainte « *de ce que les courriers adressés en 2010, 2011 et 2012 n'avaient jamais permis de régler de manière définitive les dysfonctionnements techniques rencontrés avec le logiciel « Alice »* » (cf. arrêt, p. 18) ; qu'à cet égard, la société ATC produisait les mails échangés entre M. [H] [W] et M. [E] (GRF) les 23 janvier 2012, 8 février 2012, 16 février 2012, 17 février 2012, 14 avril 2012 et 24 avril 2012 ; qu'il résultait nécessairement de ces éléments et constatations que M. [W] était informé des dysfonctionnements du logiciel « Alice » antérieurement à la signature du protocole de cession du 7 mars 2012, de sorte qu'il avait méconnu l'article 7.5.4 précité ; qu'en statuant comme elle l'a fait, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 ;

3°/ que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ; qu'aux termes de l'article 8.5 du protocole de cession du 7 mars 2012, il était stipulé que toute réclamation de la société ATC, aux fins de mise en jeu de la garantie de passif, devrait faire l'objet d'une notification écrite au plus tard « *dans un délai de trente (30) jours calendaires à compter de la réception par une Société ou le Bénéficiaire d'une réclamation de tiers en ce compris notamment un avis de vérification en matière fiscale, sociale ou douanière ou la notification d'une procédure judiciaire ou administrative (ci-après « Réclamation de Tiers »).* » (cf. p. 28) ; que la cour d'appel a expressément relevé que « *la garantie de passif a été mise en oeuvre ... par lettre du 15 novembre 2013 à l'égard de M. [W] et de MBO Capital, alors que l'inspectrice des finances publiques, par courrier du 17 octobre 2013, avait avisé X-Média Développement de ce qu'elle se présenterait le 14 novembre 2013, demandant à ce que soit tenu à sa disposition l'ensemble des éléments comptables* » (cf. arrêt, p. 17) ; qu'il résultait nécessairement de ces constatations que la garantie avait été mise en oeuvre dans le délai de 30 jours de l'article 8.5 précité ; qu'en décidant néanmoins que M. [W] et la société MBO Capital avaient opposé à juste titre à la société ATC la déchéance de cette demande de garantie, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et a violé l'article 1134 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016.»

3. Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Il est proposé de statuer par une décision de rejet non spécialement motivée sur le premier moyen, le deuxième moyen, pris en sa première branche, et le troisième moyen.

Le deuxième moyen, pris en sa seconde branche, pose la question suivante : les manoeuvres dolosives commises par le mandataire, qui peuvent entraîner l'annulation du contrat, engagent-elles la responsabilité extra-contractuelle du mandant ?

4. Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4.1. Premier moyen :

Ce moyen n'est manifestement pas fondé.

Pour rejeter la demande formée par la société ATC contre la société MBO, l'arrêt retient que « *c'est en revanche à bon droit que le tribunal n'a pas imputé à MBO Capital de responsabilité dans le dol, dès lors que rien n'établit que ce fonds d'investissement, sans responsabilité opérationnelle, a été associé aux arrangements convenus entre MM. [W] et [S]. Le simple fait d'être mis en copie du mail du 30 décembre 2011 retraçant la mise au point faite par M. [W] à M. [S] étant insuffisant à démontrer sa connaissance du départ du directeur général. M. [S] n'implique d'ailleurs pas MBO Capital dans son courrier du 29 novembre 2012.* » (cf. arrêt, p. 15).

La cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation a, en tout état de cause, répondu aux conclusions prétendument délaissées.

Il est donc proposé de répondre à ce moyen par une **décision de rejet non spécialement motivé**.

4.2. Deuxième moyen :

4.2.1. Première branche du deuxième moyen

Pour évaluer le préjudice subi par la société ATC du fait du dol commis, la cour d'appel a notamment retenu que « *si le départ de M. [S] ne lui avait pas été*

dissimulé, lors du protocole de cession, ATC aurait pris en compte cet élément défavorable dans le montant de sa proposition.» (cf. arrêt, p. 16). Elle a donc recherché quel aurait été le montant de la proposition de prix qu'aurait formulée la société ATC si elle avait eu connaissance du départ de M. [S] à la date du protocole de cession du 7 mars 2012.

Le grief repose sur une distinction entre le prix que le cessionnaire aurait proposé de payer et celui qu'il aurait accepté de payer. Le prix qu'un contractant accepte de payer après avoir formulé une offre est nécessairement supérieur ou égal à cette offre (puisqu'on peut raisonnablement postuler que le cocontractant ne formulera pas une contre-offre d'un montant supérieur à l'offre). Dès lors, la société ATC est sans intérêt à critiquer les motifs par lesquels la cour d'appel a évalué le préjudice subi consistant dans l'excès de prix versé en se fondant sur le montant de la proposition plutôt que sur le montant qui aurait en réalité été payé, puisque le premier montant est supérieur ou égal au second.

Sous le couvert d'un grief non fondé de manque de base légale, le grief ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine par les juges du fond de l'étendue du préjudice subi par la société ATC du fait du dol commis par M. [H] [W].

Il est donc proposé de répondre à ce moyen par une **décision de rejet non spécialement motivé**.

4.2.2 Seconde branche du deuxième moyen

Le moyen reproche à la cour d'appel une violation de l'article 1998 du code civil en ce qu'elle a rejeté la demande de la société ATC tendant à voir condamner l'épouse et les enfants de M. [W], solidairement avec ce dernier, au paiement de dommages et intérêts au titre du dol, alors que le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, et que les manoeuvres dolosives du mandataire, déterminantes du consentement du cocontractant, sont opposables au mandant.

4.2.2.1. La problématique

Selon l'article 1116 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manoeuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que sans ces manoeuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté.

Le dol présente deux aspects distincts et complémentaires : d'un côté, le dol apparaît comme un vice du consentement ; d'un autre côté, le dol apparaît comme un délit civil.

« Les sanctions du dol sont liées à cette dualité : s'agissant d'un vice du consentement, la victime du dol peut demander l'annulation du contrat ; s'agissant d'un délit civil, la victime du dol peut demander la réparation du préjudice causé par la faute dolosive. » (B. Petit et S. Rouxel, Jurisclasseur civil, Code, art. 1137 à 1139).

La possibilité pour la victime du dol de demander la réparation de son préjudice à la place de l'annulation a été admis de longue date par la jurisprudence. La Cour de cassation a jugé que le droit de demander la nullité d'un contrat par application des articles 1116 et 1117 du code civil n'exclut pas l'exercice, par la victime des manoeuvres dolosives, d'une action en responsabilité délictuelle pour obtenir de leur auteur la réparation du préjudice qu'elle a subi (1^{re} Civ., 4 février 1975, n° 72-13.217, Bull. n° 43 ; Com., 18 octobre 1994, n° 92-19.390, Bull. n° 293 ; 3^{ème} Civ., 23 mai 2012, pourvoi n° 11-11.796 http://srv-cassation.cour-de-cassation.justice.fr/rpvjcc/Jurinet/Arret.asp?ID_ARRET=1402682&CritereTerme=).

Le dol n'est en principe sanctionné que s'il a pour auteur l'une des parties au contrat et non un tiers. Cette règle énoncée par l'ancien article 1116 du code civil se retrouve aujourd'hui reprise à l'article 1137 du code civil, qui définit le dol comme le fait « *pour un contractant* » d'obtenir le consentement de l'autre par des manoeuvres ou des mensonges.

La jurisprudence a cependant admis, dès le XIX^{ème} siècle (Req., 30 juillet 1895, DP 1896, 1, p. 132), l'annulation du contrat sur le fondement du dol lorsqu'un représentant du contractant a commis des actes dolosifs, même à l'insu de ce contractant. Cette jurisprudence est constante.

« Mais attendu, d'une part, que retenant que le représentant de la venderesse ayant été chargé par l'établissement de crédit de proposer ses financements aux clients potentiels, puis de les recommander à son approbation, n'est pas, pour la conclusion des contrats, un tiers, la cour d'appel a décidé, à bon droit, que les manoeuvres dolosives de ce représentant, viciant le consentement des clients, sont opposables à l'établissement » (Com., 24 mai 1994, n° 92-14.344, Bull. n° 184 ; 3^{ème} Civ., 29 avril 1998, n° 96-17.540, Bull. n° 87).

Cette jurisprudence est désormais codifiée à l'article 1138 du code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016, sus-énoncé.

Nous en arrivons à la question posée par le pourvoi : **admettre la nullité d'un contrat sur le fondement du dol commis par le représentant du contractant implique-t-il nécessairement d'admettre la responsabilité civile du mandant du fait des manoeuvres dolosives du mandataire ?**

Ou faut-il, pour que le mandant soit condamné à des dommages-intérêts envers le cocontractant, qu'il ait lui-même commis une faute, ou à tout le

moins l'un des faits générateurs de responsabilité civile prévus par les articles 1382, devenu 1240, et suivants du code civil ?

4.2.2.2. Eléments de discussion

Les textes applicables

- l'article 1109 du code civil dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016 : « il n'y a point de consentement valable si le consentement n'a été donné que par erreur ou s'il a été extorqué par violence ou surpris par dol. »

- l'article 1116 du code civil dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance 2016-131 du 10 février 2016 : « le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manoeuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manoeuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté. Il ne se présume pas et doit être prouvé. »

- l'article 1382, devenu 1240 du code civil : « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. »

- l'article 1998 du code civil : « le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné. Il n'est tenu de ce qui a pu être fait au-delà, qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement. »

La jurisprudence

Le premier arrêt sur la question a été rendu par la chambre des requêtes (Req., 30 juillet 1895, DP 1896, 1, p. 132) :

L'assemblée générale des actionnaires de la Compagnie lyonnaise des tramways et chemins de fer décida d'augmenter son capital par l'émission de 6.000 actions ; la Compagnie a envoyé des circulaires et des prospectus annonçant faussement que le montant des actions émises était destiné à la construction d'une ligne nouvelle ; c'est par suite de ces manoeuvres dolosives que M. S... a souscrit cinq actions ; la cour d'appel de Lyon a décidé que son consentement ayant été vicié, sa souscription était nulle.

Le pourvoi prétend que la souscription ne pouvait pas être annulée parce que les manoeuvres n'étaient pas le fait des actionnaires de la compagnie, mais seulement de ses administrateurs et de la banque des chemins de fer chargée de l'émission.

Réponse de la Cour :

« Attendu que les administrateurs sont les représentants légaux de la Compagnie ; que lorsque dans l'exercice de leurs attributions, ils ont pratiqué des manoeuvres frauduleuses et commis un dol, la société n'en doit pas profiter, mais doit au contraire réparer le préjudice qui en résulte pour le tiers de bonne foi ; Attendu, en ce qui concerne la Banque des chemins de fer et de l'industrie, qu'elle avait reçu de la Compagnie lyonnaise des tramways, le mandat de procéder à l'émission de ses actions nouvelles ; que si, pour préparer cette émission et en assurer le succès, elle a eu recours à des manoeuvres dolosives, la Compagnie mandante ne saurait obtenir le maintien des souscriptions qui lui ont été ainsi procurées. Attendu que l'arrêt déclare, d'ailleurs, que la Compagnie est d'autant plus responsable, que ses préposés et mandataires ont agi dans l'exercice de leurs fonctions et dans les limites de leurs pouvoirs, que connaissant leurs manoeuvres dolosives, non seulement elle n'a pas protesté, mais elle les a approuvées dans ses assemblées générales et en a profité ; Que c'est donc à bon droit que l'arrêt a déclaré nulle la souscription surprise à S... par le dol ci-dessus spécifié, et a condamné les liquidateurs ès qualité à des dommages-intérêts, en réparation du préjudice qui lui avait été causé par la faute de la société. »

Un arrêt, moins ancien, semble exiger qu'une faute commise par le mandant soit caractérisée pour engager sa responsabilité à l'égard de son cocontractant ([http://srv-cassation.cour-de-cassation.justice.fr/rpvjcc/Jurinet/Arret.asp?1re Civ., 23 mai 1977, n° 76-10.716, Bull. n° 244](http://srv-cassation.cour-de-cassation.justice.fr/rpvjcc/Jurinet/Arret.asp?1re%20Civ.,%2023%20mai%201977,%20n%C2%B0%2076-10.716,%20Bull.%20n%C2%B0%20244)) :

La cour d'appel avait condamné les époux B. à verser des dommages-intérêts aux époux M. en réparation du dommage résultant pour ces derniers du dol commis par leur mandataire, qui engageait leur responsabilité, et de la faute personnelle qu'ils avaient eux-même commise en lui donnant procuration de vendre, sans le moindre contrôle, les parts d'une société, de l'état obéré de laquelle il était responsable.

Le moyen soutenait d'une part, que le mandant ne serait pas responsable des fautes personnelles du mandataire, et d'autre part, que le fait de signer une procuration permettant de vendre les parts d'une société ne serait pas constitutif d'une faute, quand bien même la situation de la société serait obérée.

La Cour répond que la cour d'appel a relevé que les époux B., *« en raison de leurs liens de parenté très étroits avec CA... (gérant de la société), et de l'importance de leurs intérêts personnels dans la société civile immobilière »* ne pouvaient ignorer la situation exacte de celle-ci et qu'ils avaient néanmoins donné mandat de vendre les parts de cette société *« sans se réserver le moindre contrôle sur les conditions dans lesquelles ces cessions pouvaient intervenir ; que par ces seuls motifs, qui caractérisaient la faute qu'avaient commis personnellement les époux B., elle a justifié sa décision. »*

Un autre arrêt, cité par le mémoire complémentaire, rendu quelques années auparavant par la troisième chambre civile, au visa de l'article 1998 du code civil, mérite l'attention (3ème Civ., 4 juillet 1972, n° 71-11.975, Bull. n° 443) :

Les époux F. avaient donné mandat à une agence de vendre leur immeuble ; pour dissimuler des condensations anormales, l'agence avait fait recouvrir d'une couche de peinture les moisissures des murs avant de vendre l'immeuble à Mme L.

La cour d'appel a déclaré la vente résolue pour vices cachés en retenant le « véritable dol » dont l'acquéreur avait été victime et a caractérisé la faute commise par l'agence qui, « *ayant reçu mandat de vendre, n'avait pas reçu mandat de faire effectuer des travaux dans l'immeuble* ».

Pour retenir partiellement la responsabilité des mandants sur l'action récursoire qu'ils avaient dirigé contre leur mandataire, l'arrêt énonce qu'ils avaient laissé « *imprudemment entre les mains de l'agence un mandat qui n'avait qu'une nécessité temporaire* » et qu'ils s'étaient abstenus « *de toute demande pour provoquer la régularisation de la vente de leur pavillon* ».

La Cour censure au motif « *qu'en statuant de la sorte, alors que la résolution de la vente était fondée uniquement sur des fautes du mandataire, étrangères au mandat reçu, ce dernier eût-il été maintenu imprudemment, la cour d'appel a violé l'article susvisé* ».

On pourrait objecter qu'il s'agissait d'une demande de résolution d'une vente pour vices cachés et non pas d'annulation du contrat pour dol, et que le litige consistait en une action récursoire du mandant contre son mandataire et non pas d'une action engagée par la victime du dol contre le mandant. Mais, l'arrêt mentionne que les fautes du mandataire, qui s'apparentent à un dol, sont étrangères au mandat reçu.

On notera ensuite l'arrêt précité rendu par la troisième chambre civile qui approuve une cour d'appel de juger un mandant responsable du dol commis par son mandataire (3ème Civ., 29 avril 1998, n° 96-17.540, Bull. n° 87) :

Une SCI a fait édifier un groupe d'immeubles et a confié à la société Centrale d'études financières (CEF) le soin de vendre les appartements dépendant de cette résidence. Les époux M. ont été démarchés par un agent commercial de la CEF, en vue de la réalisation d'un investissement locatif, puis ont acquis de la SCI un appartement. Les époux M. ont conclu ensuite avec la société Copropagi, mandataire de la SCI, un contrat de rentabilité aux termes duquel cette société leur garantissait en contrepartie de la mise à disposition de l'appartement pendant une certaine période une rentabilité forfaitaire. Les époux M. ont assigné la SCI, ainsi que les sociétés Copropagi, CEF et BNP en nullité de la vente pour dol.

La SCI fait grief à l'arrêt d'accueillir cette demande, alors,
1°) que la cour d'appel a violé l'article 1998 du Code civil ; qu'en effet le mandant n'est pas tenu par la faute de son mandataire qui, abusant de sa procuration, commet ainsi une faute personnelle et dépasse par le fait même les limites de ses pouvoirs ;
2°) que, en violation du même texte, la cour d'appel n'a pas constaté que la SCI aurait effectivement participé au dol commis par la société CEF.

« Mais attendu qu'ayant relevé que la SCI avait confié à la société CEF le mandat de vendre les appartements et qu'il n'était pas démontré que cette société aurait dépassé les limites des pouvoirs de représentation conférés par le mandant, alors que la SCI avait connaissance des informations fallacieuses communiquées par la société CEF aux acheteurs potentiels et avait bénéficié du dol, lequel avait été appuyé par l'offre d'une garantie locative excessive afin d'accréditer l'idée que le prêt bancaire serait remboursé par les loyers, la cour d'appel a pu en déduire que la SCI était responsable du dol commis envers les époux M..., tiers de bonne foi, par la société CEF dans l'exécution de son mandat ».

On pourrait objecter que cet arrêt ne statue que sur une demande d'annulation pour dol et non sur une demande en dommages-intérêts ; mais il retient cependant que le mandant est « responsable » du dol commis par son mandataire. Et, la Cour de cassation mentionne que « la SCI avait connaissance des informations fallacieuses communiquées par la société CEF aux acheteurs potentiels ».

Un arrêt de la première chambre civile, plus récent mais non publié, évoque notre question (1^{re} Civ., 15 juin 2016, n° 15-14.192, 15-17.370 et 15-18.113) :

M. et Mme N. (les acquéreurs) ont acquis de la SCI (le promoteur), par l'intermédiaire de la société Nexalys (le conseiller financier et fiscal), un bien immobilier en état futur d'achèvement, en vue d'un investissement locatif bénéficiant des dispositions légales de défiscalisation ; les acquéreurs ont confié un mandat de gestion du bien à la société Arcalis et gestion, devenue Terrenciel gestion (le gestionnaire) ; les acquéreurs ont agi en nullité des contrats de vente, de prêt et de gestion pour dol et en indemnisation.

« Attendu que le promoteur fait grief à l'arrêt d'annuler le contrat de vente d'immeuble signé entre les acquéreurs, de le condamner à leur payer une certaine somme contre restitution de l'appartement et de le condamner, in solidum avec le prêteur, le gestionnaire et le notaire, à verser aux acquéreurs une certaine somme à titre de dommages-intérêts ;

Attendu qu'après avoir constaté, par motifs propres et adoptés, que, pour l'exécution du programme de défiscalisation, avait été mis en place un partenariat étroit entre promoteur, conseiller financier et fiscal, prêteur, notaire et gestionnaire,

et relevé que le promoteur, qui connaissait les tenants et aboutissants des avantages fiscaux applicables et les conditions dont dépend la sécurité d'une telle opération, avait conclu un mandat avec le conseiller financier et fiscal aux termes duquel le mandataire recrutait, négociait et formalisait les acquisitions des lots, la cour d'appel a pu en déduire que les fautes caractérisées, commises délibérément par le mandataire et constitutives d'un dol, étaient opposables au mandant, comme ayant été accomplies dans les limites du mandat conféré ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé. »

Dans son rapport, Mme la conseillère Teiller fait référence à l'arrêt de la troisième chambre civile précité du 29 avril 1998 en mentionnant que « *le dol du représentant a été retenu, par exemple, à l'encontre de la société ayant confié à un mandataire le mandat de vendre les appartements qu'elle avait fait édifier, dès lors que cette société avait connaissance des informations fallacieuses communiquées par son mandataire aux acquéreurs potentiels et qu'elle avait bénéficié du dol* ».

Dans l'arrêt rendu le 5 juillet 2018, la troisième chambre civile affirme clairement, au visa de l'article 1116 du code civil, que « *les manoeuvres dolosives du représentant du vendeur d'un immeuble, qui n'est pas un tiers au contrat, engagent la responsabilité de celui-ci* » (3ème Civ., 5 juillet 2018, n° 17-20.121, Bull., n° 81) :

« Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 31 mars 2017), qu'aux termes d'une promesse de vente du 20 décembre 2010, puis d'un acte authentique de vente du 8 mars 2011 rédigés et reçus par M. LB..., notaire associé, la société civile immobilière AN (la SCI AN) a vendu, par l'entremise de la société AD... immobilier, un chalet à M. BE..., auquel s'est substituée la société civile immobilière Mandalla (la SCI Mandalla) ; que M. RO..., architecte chargé de la réalisation de travaux ayant fait l'objet d'un permis de construire du 26 août 2007 et d'un permis modificatif du 19 janvier 2010, interrogé par le notaire, a remis à l'acquéreur des plans et documents administratifs et attesté que le chalet, dans sa version existante, était conforme au dernier permis de construire obtenu le 19 janvier 2010 ; que, soutenant qu'il leur avait été dissimulé que l'aménagement du sous-sol du chalet en espace d'habitation avait été réalisé sans autorisation d'urbanisme, M. BE... et la SCI Mandala ont assigné leur vendeur, sur le fondement du dol, et le notaire, pour manquement à son devoir de conseil, en paiement de dommages-intérêts ; [...]

Mais sur le premier moyen :

Vu l'article 1116 du code civil, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016 ;

Attendu que, pour rejeter les demandes formées contre la SCI AN, l'arrêt retient que rien n'indique que celle-ci avait connaissance des informations fallacieuses données par M. RO... ;

Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait retenu que M. RO... avait la qualité de représentant de la SCI AN et que les manoeuvres dolosives du représentant du vendeur, qui n'est pas un tiers au contrat, engagent la responsabilité de celui-ci, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

On notera que, par arrêt du 11 juin 2019, la cour d'appel de Paris, saisie sur renvoi de cassation, a notamment :

- condamné la Sci AN (mandant) à verser à la Sci Mandalla (acquéreur) la somme de 300.000 euros à titre de dommages-intérêts en réparation de la perte de chance d'avoir pu acquérir le bien immobilier à un prix inférieur ;
- condamné l'Eurl RO, M. RO... (mandataire), et la Maf, cette dernière dans la limite de la franchise et du plafond de garantie applicables, à garantir la Sci AN de cette condamnation, dans la limite de 50 % de celles-ci.

La cour d'appel a notamment retenu qu' « il résulte de ce qui précède que la Sci AN, parfaitement informée de la difficulté liée à l'aménagement en surface habitable sans autorisation du sous-sol, pour environ la moitié de sa superficie totale, a utilisé des manoeuvres dolosives, de connivence avec M. RO... son architecte,(...) pour faire croire à son acquéreur, qui s'en préoccupait, que le sous-sol avait été aménagé en toute légalité. »

Cet arrêt rendu par la troisième chambre civile le 5 juillet 2018 a conduit la chambre commerciale à renvoyer, par arrêt du 14 avril 2021, l'examen de notre affaire en chambre mixte.

Dans un arrêt rendu le 15 avril 2021, la troisième chambre civile a jugé que la faute délictuelle ou quasi-délictuelle du mandataire n'engageant pas la responsabilité du mandant, celui-ci ne peut être condamné sur le fondement de l'article 14-1 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 que s'il a personnellement connaissance de la présence du sous-traitant sur le chantier (3ème Civ., 15 avril 2021, n° 19-20.424, publié) :

«Vu les articles 1382, devenu 1240, du code civil et 14-1, alinéas 1 à 3, de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance :

6. Selon le premier de ces textes, tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

7. Selon le second, pour les contrats de travaux de bâtiment et de travaux publics, le maître de l'ouvrage doit, s'il a connaissance de la présence sur le chantier d'un sous-traitant n'ayant pas fait l'objet des obligations définies à l'article 3 ou à l'article 6, ainsi que celles définies à l'article 5, mettre l'entrepreneur principal ou le sous-traitant en demeure de s'acquitter de ces obligations et si le sous-traitant accepté, et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage ne

bénéficie pas de la délégation de paiement, le maître de l'ouvrage doit exiger de l'entrepreneur principal qu'il justifie avoir fourni la caution.

8. Il en résulte que, la faute délictuelle ou quasi-délictuelle du mandataire n'engageant pas la responsabilité du mandant, celui-ci ne peut être condamné sur le fondement de l'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975 que s'il a personnellement connaissance de la présence du sous-traitant sur le chantier.

9. Pour condamner le maître d'ouvrage à réparer le préjudice subi par le sous-traitant, l'arrêt retient que le promoteur avait connaissance de sa présence sur le chantier.

10. En se déterminant ainsi, sans rechercher, comme il le lui était demandé, si la SCI avait connaissance de la présence du sous-traitant sur le chantier, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. »

La doctrine

Le fondement de l'action en responsabilité pour dol est parfois discuté en doctrine.

B. Petit et S. Rouxel évoquent cette question du fondement de l'action en réparation du préjudice causé par le dol (Jurisclasseur civil, art. 1137 à 1139 du code civil, n° 96 et s.) :

« La réparation peut reposer sur deux fondements textuels différents.

Le premier réside dans les textes relatifs au droit commun de la responsabilité civile extracontractuelle, auquel renvoie aujourd'hui l'article 1178 du Code civil. S'agissant de la faute intentionnelle que constitue le dol, il s'agit plus précisément de la responsabilité édictée par l'article 1382, devenu 1240, du Code civil (V. not. Cass. 1^{re} civ., 4 févr. 1975, n° 72-13.217 - Cass. com., 15 janv. 2002, n° 99-18.774 – Cass. 3^e civ., 23 mai 2012, n° 11-11.796). En l'absence d'intention de tromper il reste cependant possible de retenir, sur le fondement de l'article 1241 du Code civil, une faute consistant, notamment, en un manquement au devoir d'information précontractuelle.

Le second fondement possible est le dol considéré soit en lui-même, soit par référence au texte qui le sanctionne, c'est-à-dire l'article 1116, devenu 1137, du Code civil (Cass. com., 13 oct. 1980, préc. n° 51). Dès lors qu'elle est fondée sur le seul dol, la demande ne peut en principe prospérer qu'autant que celui-ci est établi en tous ses éléments, spécialement le caractère intentionnel du comportement invoqué (Cass. com., 7 juin 2011, n° 10-13.622 – Rapp. Cass. 3^e civ., 15 janv. 2013, n° 11-25.325). Sur le plan procédural, cette solution risque cependant de conduire à un rejet de la demande que le principe de concentration des moyens

(Cass. ass. plén., 7 juill. 2006, n° 04-10.672, Cesareo : JurisData n° 2006-034519) ne permettra pas de remettre en question dans une nouvelle instance. Cette observation, qui devrait inciter le demandeur à former à tout le moins une demande subsidiaire fondée sur le manquement non intentionnel, a peut-être influencé la jurisprudence. Certains arrêts ont en effet jugé que, dès lors que la nullité n'est pas demandée et que la réticence constatée constitue aussi un manquement à l'obligation d'information précontractuelle, les juges du fond peuvent accueillir la demande sans avoir à se prononcer expressément sur le caractère intentionnel de cette réticence (Cass. 1^{re} civ., 28 mai 2008, n° 07-13.487, préc. n° 61. – Cass. 3^e civ., 18 déc. 2012, n° 11-19.550, préc. n° 61).

97. – Réparation et annulation – Le principe est qu'il s'agit de deux sanctions distinctes, ce que souligne aujourd'hui l'article 1178, alinéa 4, du Code civil en énonçant que la réparation peut être demandée "Indépendamment de l'annulation du contrat" (V. JCl. préc. n° 2, spéc. n° 31). (...)

Sur le plan procédural, les deux actions ne tendant pas aux mêmes fins, l'action en responsabilité se heurte à la prohibition des demandes nouvelles en appel lorsqu'en première instance, la nullité seule a été demandée (Cass. com., 30 juin 2015, n° 14-14.704 : RTD civ. 2015, p. 867, obs. H. Barbier). Il reste cependant que les deux actions sont fondées sur une même cause, qui réside dans les faits constitutifs de dol et non dans le texte dont l'application est réclamée. Par suite, une condamnation à dommages-intérêts peut être juridiquement fondée, non seulement sur les textes relatifs à la responsabilité mais aussi sur ceux relatifs au dol ».

Le professeur **J. Ghestin** (Traité de droit civil : La formation du contrat, LGDJ, n°1441) considère que l'arrêt précité (1^{re} Civ., 4 février 1975, n° 72-13.217, Bull. n° 43), qui admet le fondement délictuel de la responsabilité précontractuelle, alors même que le contrat ne pouvait plus être annulé, puisque l'action était prescrite, « revient à poser en principe que la responsabilité précontractuelle, dans son ensemble, est fondée sur l'article 1382 du code civil. La solution est logique puisque, au moment où la faute a été commise, le contrat n'était pas encore formé. »

Dans un commentaire de l'arrêt rendu le 29 avril 1998 par la troisième chambre civile, le fondement de l'action en responsabilité du mandant pour les fautes délictuelles ou quasi-délictuelles de son représentant est évoqué par **F. Cohet-Cordey** (*Représentation et faute délictuelle du mandataire*, AJDI 1999, p. 491) :

« Le mécanisme de la représentation impose au mandant d'assumer les effets des actes de son représentant. Le texte de l'article 1998 du Code civil fixe ainsi la limite de l'engagement du mandant : il n'est tenu que de ceux « contractés » par le mandataire, et à la condition qu'ils le soient dans la limite de ses pouvoirs pour le compte du mandant. Les actes du mandataire qui ne respectent pas ces conditions ne sauraient donc être considérés comme faits par le mandant personnellement.

Dans la décision commentée, le mandataire semble ne pas avoir outrepassé les limites de son mandat, ou tout du moins un tel dépassement n'a pas été établi par le mandant. La Cour de cassation a elle-même relevé qu'aucun dépassement de mandat n'était démontré. Cette solution, relative à la preuve du dépassement de pouvoir, est classique. La charge de la preuve pèse sur le mandant, il en supporte donc les risques. Dès lors qu'il y a mandat, le mandataire est présumé avoir agi dans le cadre de celui-ci. Et lorsque le mandataire exécute mal le mandat ou abuse des pouvoirs qui lui sont conférés, sans pour autant excéder les limites de son mandat, il représente le mandant qui est tenu des actes ainsi accomplis par son représentant.

La jurisprudence a admis que les termes de l'article 1998 permettaient d'engager le mandant tant en raison des actes conventionnels qu'unilatéraux accomplis par son représentant dans la limite de ses pouvoirs, et aussi bien pour les actes constitutifs de droits réels que pour ceux générateurs d'obligations. Mais seuls les engagements « contractés » par le mandataire sont pris en considération par le texte. Le mandant doit-il, au-delà de l'annulation du contrat vicié, supporter les conséquences juridiques des faits juridiques du mandataire ?

Certains auteurs écartent purement et simplement la responsabilité du mandant qui ne saurait, selon eux, être tenu des suites du dol du mandataire autres que la nullité de l'acte (Aubry et Rau, Traité de droit civil, p. 303, § 343 bis).

La Cour de cassation, confirmant la solution retenue par les juges du fond, se contente dans l'arrêt commenté de déclarer le mandant responsable des suites du dol de son mandant.

Elle semble ainsi considérer, comme le font certains auteurs, que, « à l'engagement qu'assume le mandant du fait de l'acte conclu en son nom par le mandataire, s'ajoute éventuellement à sa charge l'obligation envers les tiers de réparer les dommages causés par celui qui le représente à leurs yeux » (J. Ghestin et J. Huet, Traité théorique de droit civil. Les principaux contrats spéciaux, LGDJ, 1996, p. 1023, n° 31207). Il ne paraît en effet pas choquant, afin de moraliser la conclusion des contrats par le biais d'un intermédiaire, de retenir la responsabilité du mandant pour les fautes délictuelles ou quasi délictuelles de son représentant lorsqu'elles s'inscrivent dans le cadre de l'exécution du mandat. Mais comment justifier cette mise en cause du mandant ? Doctrine et jurisprudence ne se sont pas toujours prononcées avec une grande clarté sur les fondements de cette responsabilité. On distingue toutefois deux grandes tendances.

Les tenants de la première invoquent le principe de la représentation pour justifier la responsabilité du mandant du fait délictuel du mandataire commis à l'occasion de la mission à lui confiée (Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, LGDJ, tome XI : Contrats civils, 2^e partie par A. Rouast, R. Savatier, J. Lepargneur,

A. Besson, 1954, n° 1502 : « Quand le délit du mandataire consiste dans l'accomplissement d'un acte qui rentrait dans ses pouvoirs, et n'était délictuel que par les circonstances dans lesquelles le mandataire l'a fait, cet acte lie le mandant envers les tiers de bonne foi en vertu des principes mêmes du mandat »).

Or, la responsabilité contractuelle du mandant saurait-elle être retenue lorsque, comme en l'espèce, le contrat conclu par le mandataire est nul ? La mise en cause de la responsabilité du mandat n'a pas trait à un acte juridique accompli par le mandataire (unilatéral ou plurilatéral), mais à un fait juridique : le comportement dolosif. Elle ne trouve pas son origine dans le contrat, dans l'acte conclu pour le compte du mandant. Dans un tel cas de figure, seule la responsabilité délictuelle ou quasi délictuelle du mandant peut être engagée à l'égard des tiers en raison de la faute commise dans la conclusion du contrat et qui en a justifié l'annulation.

L'article 1998 du Code civil ne permet d'engager le mandant à l'égard des tiers qu'en matière contractuelle. Aussi est-ce vers une autre justification de la responsabilité étudiée que nous préférons nous tourner : celle qui considère que le mandant est tenu non pas par suite du principe de la représentation, mais par suite de sa faute personnelle ou de son obligation de répondre du fait du mandataire.

Il est évident que la faute personnelle du mandant peut permettre au tiers d'engager sa responsabilité sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Ainsi, les juges retiennent parfois la faute personnelle du mandant dans le choix du mandataire.

Il est précisé, dans la décision commentée, que le mandant « avait connaissance des informations fallacieuses communiquées ». Est-ce à dire qu'il aurait pu éviter la commission du dol et que, n'étant pas intervenu pour l'éviter, il a commis une faute liée à son abstention ? La connaissance des informations communiquées n'implique pas nécessairement celle de leur caractère mensonger.

Il est également arrivé que les tribunaux retiennent la responsabilité du mandant en qualité de commettant au sens de l'article 1384, alinéa 5, du code civil. Le préposé apparaît comme un moyen dont le commettant dispose pour accomplir un acte, un instrument à son service. Il exerce un pouvoir de surveillance et de contrôle sur le préposé et par conséquent il répond sans restriction des actes accomplis par celui-ci.

Le commettant étant celui qui a le pouvoir de donner des ordres à son préposé sans que celui-ci puisse jouir d'une initiative appréciable dans l'exécution de la fonction qui lui a été confiée peut fort bien être également mandant. La notion de subordination ne s'oppose pas à celle de mandat, elle peut coexister avec elle.

(...)

En l'espèce, la Cour de cassation ne relève pas l'existence d'un lien de préposition entre le mandat et le mandataire. Elle se contente de noter que le mandant « avait

connaissance des informations fallacieuses communiquées » par son mandataire aux tiers et « avait bénéficié du dol ».

Pourquoi cette référence au profit qui fait penser aux théories relatives au fondement de la responsabilité civile délictuelle objective, sans faute ? Aurait-on ici affaire à un nouveau cas de responsabilité civile du fait d'autrui ?

Selon des plumes autorisées, il est inévitable, dans l'ordre économique, que « le régime de la responsabilité incombant à ceux qui profitent de l'activité d'autrui pour les dommages causés par un agent d'exécution ou par un professionnel en situation de dépendance soit lié au développement des formes de collaboration ». « Cette idée de corrélation entre les risques et les profits de l'activité d'autrui et d'association à l'activité d'autrui explique [...] la responsabilité des personnes morales du fait de leurs organes ou représentant ». Il n'est alors pas farfelu d'envisager qu'un contrat autre que le contrat de travail obligeant une des parties à agir pour le compte d'une autre justifie la mise en cause de la responsabilité de celui au profit duquel cette intervention a lieu. Le contrat de mandant fait naître une relation permettant à l'un des partenaires de tirer parti de l'activité de l'autre. Cette association du mandataire à l'activité du mandant peut expliquer la responsabilité du second en raison du fait illicite du premier.

L'article 1384 du Code civil est depuis longtemps considéré par une certaine branche de la doctrine comme annonciateur d'un principe général tant de la responsabilité du fait des choses que des personnes dont on doit répondre. L'évolution du droit de la responsabilité civile du fait d'autrui depuis 1991 conforte une telle orientation.

En l'absence de mandat, le mandataire n'aurait pas commis la faute source de dommage pour un tiers. Il est donc logique que le mandant soit tenu des conséquences de celui-ci. »

La plupart des auteurs s'accordent pour distinguer l'action en nullité fondée sur le dol comme vice du consentement (art. 1116 et s. du code civil) de l'action en responsabilité fondée la responsabilité civile extra contractuelle de droit commun de l'article 1382, devenu 1240 du code civil (P. Letourneau, P. Jourdain, L. Leveneur, Y-M Laithier, C. Atias).

Dans son étude consacré au mandat (Répertoire Dalloz, *Le mandat*), le professeur **P. Letourneau** aborde la question de la responsabilité délictuelle du mandant à l'égard des tiers :

Après avoir rappelé que le mandataire est personnellement responsable des délits et quasi-délits qu'il commet dans l'accomplissement de sa mission, il ajoute que « le mandataire peut engager la responsabilité délictuelle du mandant, lorsqu'une faute

personnelle de ce dernier est à l'origine du dommage subi par les tiers (qui ne sont pas liés contractuellement au mandant, ou lorsque le contrat est nul). La faute la plus fréquente consiste à avoir donné procuration à un mandataire ne présentant pas les qualités requises (*culpa in eligendo*) et, négativement, dans un défaut de surveillance (*culpa in vigilando* ; Req. 3 mai 1893, DP 1894.1. 202, rapp. DENIS. – Civ. 1^{re}, 23 mai 1977, n° 76-10.716 , Bull. civ. I, n° 244, très net. – Civ. 3^e, 29 avr. 1998, n° 96-17.540, Bull. civ. III, n° 87 ; AJDI 491, étude F. Cohet-Cordey ; RDI 1998. 386, obs. J.-C. Groslière et C. Saint-Alary-Houin ; RTD civ. 1998. 930, obs. P.-Y. Gautier ; RTD civ. 1999. 89, obs. J. Mestre, dol du mandataire dont bénéficie le mandant ; de plus, le mandant avait connaissance des informations fallacieuses communiquées par le mandataire aux acquéreurs éventuels, mais cette circonstance n'est pas nécessaire pour engager la responsabilité du mandant). Sa responsabilité pourra cependant être atténuée, voire disparaître, en présence d'une faute du tiers (qui, par ex., de mauvaise foi, a participé à une collusion frauduleuse avec le mandataire ; comp. : Req. 9 févr. 1934, S. 1934. 1. 143. – Civ. 1^{re}, 9 juin 1958, D. 1958. Somm. 130. – Civ. 3^e, 20 févr. 1979, D. 1979. IR 320. – Crim. 28 mars 1996, no 95-80.395 , D. Affaires 1996. 1003) »

M. Letourneau envisage ensuite un autre fondement :

« En effet, le mandat comprend intrinsèquement un ordre donné au mandataire (au point que le mandant est souvent désigné comme le « donneur d'ordre »), tenu de l'exécuter fidèlement. Aussi, bien qu'il jouisse d'une autonomie certaine (V. supra, n^{os} 77 s.), il était tentant de prétendre que le mandant est un commettant au sens de l'article 1242, alinéa 5 (anc. art. 1384, al. 5), du code civil, ayant le mandataire, préposé, sous sa subordination. Après de longues hésitations, doctrine et jurisprudence épousèrent cette vue, généralement afin d'indemniser les victimes d'agissements dont l'auteur (mandataire) est insolvable, alors qu'il a soit voulu rendre service au mandant, soit été mis en mesure de commettre matériellement le dommage du fait même du mandat. Des lors, le mandant se trouvera responsable des actes dommageables et fautifs commis par son mandataire (V. supra, n° 79. – Civ. 4 déc. 1945, JCP 1946. II, 3110, note J. R. – Civ. 1^{re}, 5 oct. 1955, Gaz. Pal. 1955. 2. 345. – Civ. 1^{re}, 27 mai 1986, n° 84-16.420 , Bull. civ. I, n° 134, à la formulation catégorique).

Toutefois, le mandant ne pourra être ainsi tenu, en vertu de l'article 1242, alinéa 5, que si le mandataire présente bien le caractère d'un préposé. Ce n'est pas le cas s'il apparaît qu'il reste totalement libre dans l'accomplissement de son labeur (Civ. 16 juin 1936, DH 1936. 427. – Civ. 1^{re}, 14 nov. 1951, Bull. civ. I, n° 304. – Douai, 5 déc. 1951, JCP 1952. II. 7257, note M. Le Roy. – Civ. 1^{re}, 5 oct. 1955, préc.)»

Le professeur **M. Mekki** dans le Jurisclasseur civil (art. 1991 à 2002, fasc. 20) analyse la responsabilité délictuelle du mandant à l'égard des tiers pour les fautes commises par le mandataire.

« Le mandant ne répond pas uniquement des actes du mandant à l'égard du tiers contractant. C'est aussi à l'égard de tous les tiers que le mandant est engagé par les faits dommageables de son mandataire, faits accomplis dans le cadre de sa mission (sur la comparaison avec la responsabilité du commettant du fait du préposé, V. J. Huet, *op. cit.*, n° 31207, p. 1145 et 1146). Cette responsabilité est parfois engagée sur le fondement de l'article 1384, alinéa 5 du Code civil dont les conditions de mise en oeuvre restent plus larges que sur le fondement des règles du mandat (V. par ex., Cass. civ., 16 juin 1936 : S. 1936, 1, p. 321, note L. Josserand. – Cass. 1^{re} civ., 27 mai 1986 : Bull. civ. 1986, I, n° 134). En ce sens, la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 10 juillet 1944 (D. 1945, p. 62) affirme que "Le mandant est responsable vis-à-vis des tiers des fautes commises par le mandataire dans l'exercice du mandat". Le mandant doit répondre des dommages causés aux tiers suite au dol commis par son mandataire (Cass. 3^e civ., 2 avr. 1998 : Bull. civ. 1998, III, n° 87. – V. déjà, Cass. req., 30 juill. 1895 : DP 1896, 1, p. 132). Dans le même esprit, "le mandant est responsable de la fraude employée envers les tiers de bonne foi par le mandataire dans l'exécution de son mandat" (CA Bordeaux, 13 nov. 1890 : DP 1892, 2, p. 364). Si les hypothèses les plus fréquentes renvoient à des cas de dol ou de fraude, il n'est pas exclu que le mandant soit amené à répondre de simples fautes commises par le mandataire (V. par ex., Cass. 1^{re} civ., 31 mars 1981 : Bull. civ. 1981, I, n° 108). Cependant, le mandant n'est pas responsable envers les tiers des cas de faute dolosive dépassant les limites de la mission confiée au mandataire et des infractions pénales commises par celui-ci (Cass. civ., 24 févr. 1934 : Gaz. Pal. 1934, 1, p. 654 : "le mandant n'est pas, par le seul effet du contrat de mandat, responsable civilement des infractions commises par le mandataire à l'occasion de l'exercice de son mandat". – V. not., Cass. civ., 24 févr. 1930 : Gaz. Pal. 1934, 1, p. 654. – Cass. Crim., 3 mai 1940 : Gaz. Pal. 1940, 2, p. 28). »

Le professeur **T. Genicon** voit dans l'arrêt du 29 avril 1998 « une forme atypique de responsabilité du fait d'autrui, dont il faut souligner qu'elle ne doit tout de même pas être poussée trop loin en revêtant une dimension par trop objective. Il serait bon en effet de demeurer aux alentours de la faute du cocontractant de la victime du dol (avoir mal choisi, mal surveillé, mal deviné le tiers sollicité). »

Il cite ensuite le Code suisse et le BGB30 (code civil allemand) qui reconnaissent non seulement le dol du tiers dont le cocontractant de la victime a eu connaissance, mais également le dol du tiers qu'il aurait « dû connaître ».

P-Y Gauthier a une lecture différente de l'arrêt du 29 avril 1998 de la troisième chambre civile (précité) (*Le mandant est engagé par le dol de son mandataire peu scrupuleux, mais fidèle.*, RTD civ. 1998, p. 930).

Il approuve la première partie de la motivation de la Cour : « que la SCI avait confié à la société CEF le mandat de vendre les appartements et qu'il n'était pas démontré

que cette société aurait dépassé les limites des pouvoirs de représentation conférés par le mandant », en qualifiant le motif d'excellent : « la mandataire avait bien reçu pouvoir de vendre la chose et c'est ce qu'il a fait en accomplissant son mandat, de sorte qu'il n'y a aucun dépassement de pouvoirs : on est donc dans le champ d'application de l'alinéa 1 de l'article 1998, pas dans celui du 2 ».

Mais l'auteur est plus critique pour la suite : *« Malheureusement, l'arrêt se gâte dans une autre partie de son « attendu », car il relève que « la SCI avait connaissance des informations fallacieuses communiquées par la société C. aux acheteurs potentiels et avait bénéficié du dol ».*

« Ces deux éléments de la connaissance éventuelle par le mandant et du bénéfice retiré sont en effet ici ajoutés de façon surabondante par les juges, car les effets de la représentation ne les exigent nullement, pour se produire : peu importe que le mandant ait su que son mandataire se comportait mal, ce qui compte est qu'il soit resté dans le cadre de sa mission : vendre. »

Le professeur **Y-M Laithier** écrit pour sa part (*Le bouleversement des condition de l'action en responsabilité civile en cas de réticence dolosive*, RDC 2011, RDCO2011-4-004, p. 1148) :

« Le code civil offre deux actions : l'une, fondée sur l'article 1116, qui prévoit la nullité du contrat ; l'autre, fondée sur l'article 1382, qui vise à obtenir des dommages-intérêts. Ces actions sont indépendantes l'une de l'autre et distinctes tant par leur objet que par leur régime. L'action qui permet l'allocation de dommages-intérêts en réparation du préjudice causé lors de la phase précontractuelle est fondée sur l'article 1382 du Code civil. »

Le professeur **C. Atias** partage cette dernière analyse dans un commentaire de l'arrêt de la chambre commerciale du 18 octobre 1994 (précité) (*La victime de manoeuvres dolosives peut exercer une action en responsabilité délictuelle pour obtenir de leur auteur réparation du préjudice qu'elle a subi*, D. 1995. p. 180) :

« En limitant le domaine d'application du délai pour agir en cas de dol à la seule instance en annulation, l'art. 1304 c. civ. confirme l'autonomie de la réparation. Les termes de cette disposition ne se prêtent guère à l'extension ; ils ignorent manifestement l'action en dommages et intérêts, également omise dans l'art. 1116.

Cette action a son régime propre. Dénuée de tout lien avec l'action en annulation dont elle n'est pas l'accessoire, elle ne saurait être exclue par l'existence de cette autre action qui n'entre pas en concurrence avec elle. Elles peuvent être formées ensemble ou séparément, cumulativement ou alternativement. Leurs fondements sont étrangers l'un à l'autre.

Les art. 1109, 1116 et 1117 c. civ. ne fondent pas l'annulation de la convention entachée de dol sur l'existence d'une faute. Ils visent un défaut de constitution de l'acte ; leur objet est d'assainir les relations juridiques. La nullité dont il est question dans l'art. 1116 c. civ. est une véritable nullité prononcée pour l'imperfection d'une des conditions de formation du contrat et non pas une sorte de réparation au seul profit de la victime du dol.

Il importe peu que les mêmes manoeuvres puissent être à l'origine d'un vice du consentement et d'un dommage. Le même fait, qualifié de multiples façons, fournit ainsi autant de causes procédurales pour des actions dont la nature est distincte. »

Enfin, l'arrêt rendu par la troisième chambre civile le 5 juillet 2018 (3ème Civ., 5 juillet 2018, n° 17-20.121) a été largement commenté.

Dans un premier commentaire, le professeur **N. Dissaux** (*Variations sur la faute dolosive*, AJ contrat 2018, p. 422), explique que la faute dolosive « est délictuelle lorsqu'elle est pré-contractuelle, [et] contractuelle lorsqu'elle correspond à la violation délibérée d'une obligation issue du contrat », pour conclure : « si l'arrêt du 5 juillet 2018 interroge, c'est plutôt parce qu'il laisse penser que le représentant engage nécessairement par ses actes la responsabilité du représenté. Comme si la représentation ne pouvait pas seulement porter sur l'accomplissement d'actes juridiques, mais aussi matériels. L'évolution serait considérable. Elle porterait un nouveau cas de responsabilité du fait d'autrui. »

L'arrêt est critiqué par le professeur **P. Jourdain** (*Les manoeuvres dolosives du représentant engagent la responsabilité du représenté*, RTD civ. 2018, p. 911) :

« La solution ne surprendra pas si l'on s'attache à la circonstance qu'un dol dans la formation du contrat de vente était reproché à l'architecte, qui faisait figure de représentant du vendeur, et au fait que la condamnation indemnitaire est fondée sur le dol. On sait en effet que la jurisprudence assimile le dol du représentant au dol du représenté au motif, repris ici par l'arrêt, que le représentant n'est pas tiers au contrat, au moins s'il n'a pas dépassé les limites de ses pouvoirs (Civ. 3^e, 29 avr. 1998, n° 96-17.540, AJDI 1999. 538 ; *ibid.* 491, étude F. Cohet-Cordey ; RDI 1998. 386, obs. J.-C. Groslière et C. Saint-Alary-Houin ; RTD civ. 1998. 930, obs. P.-Y. Gautier ; *ibid.* 1999. 89, obs. J. Mestre). Le nouvel article 1138, alinéa 2, du code civil issu de l'ordonnance de 2016, va même plus loin puisqu'il énonce que « Le dol est également constitué s'il émane du représentant, gérant d'affaires, préposé ou porte-fort du contractant ». Tout ceci est vrai lorsque la nullité du contrat est demandée. C'est l'une des exceptions traditionnelles à la règle de principe selon laquelle le dol n'est cause de nullité que s'il émane du cocontractant (Com. 27 nov. 2001, n° 99-17.568, CCC 2002. Comm. 45, obs. L. Leveneur).

Mais cette analyse vaut-elle encore lorsque la victime, comme elle en a le droit, ne sollicite que des dommages-intérêts ? La demande se fonde alors sur la faute civile et met en oeuvre la responsabilité extracontractuelle de droit commun. Cette responsabilité incombe normalement à l'auteur de la faute. Lorsque la faute est commise par un représentant, c'est donc sur lui qu'elle pèse. Le représenté ne répond pas en effet des fautes de son représentant. Il n'est pas un commettant dont la responsabilité pourrait être recherchée sur le fondement de l'article 1242, alinéa 5, du code civil, et le représentant n'est pas un préposé dont les fautes engageraient la responsabilité du représenté. Le fait que la faute soit dolosive n'a par ailleurs aucune incidence sur les responsabilités encourues. Bien au contraire, le caractère punitif qui s'attache à la gravité de la faute devrait conduire à renforcer l'exigence d'une faute personnelle pour engager la responsabilité du représenté au nom du principe de la personnalité des peines.

Pour comprendre la décision, il faut sans doute avoir égard au fait que la responsabilité est la conséquence d'un vice du consentement. Les dommages-intérêts alloués à la victime d'un dol demeurerait sous la dépendance du régime applicable à la nullité pour dol. On remarquera d'ailleurs que la censure de l'arrêt intervient au visa, non de l'ancien article 1382 du code civil, mais de l'ancien article 1116 du même code sanctionnant le dol vice du consentement (comp. la jurisprudence antérieure qui visait l'art. 1382 c. civ. : Civ. 2^e, 4 oct. 1995, n° 93-11.293, Bull. civ. II, n° 230 ; RCA 1996. Comm. 54 ; Com. 18 oct. 1994, n° 92-19.390, D. 1995. 180, note C. Atias ; RTD civ. 1995. 353, obs. J. Mestre ; CCC 1995. Comm. 1, obs. L. Leveneur ; Defrénois 1995. 332, obs. D. Mazeaud ; Civ. 3^e, 6 janv. 1999, n° 96-18.690, D. 2000. 426, note C. Asfar ; RDI 1999. 255, obs. B. Boubli ; RTD civ. 1999. 403, obs. P. Jourdain ; Civ. 1^{re}, 18 mai 2005, n° 01-13.844, D. 2005. 194 ; ibid. 185, obs. P. Delebecque, P. Jourdain et D. Mazeaud ; RTD civ. 2004. 502, obs. J. Mestre et B. Fages ; ibid. 516, obs. P. Jourdain ; RTD com. 2004. 804, obs. B. Bouloc). Peu importerait qu'au lieu de la nullité, la victime du dol sollicite des dommages-intérêts, l'assimilation du dol du représentant au dol du représenté jouerait de la même façon.

Cette solution révèle que si le vice du consentement peut cohabiter avec la faute civile - et cela vaut aussi bien pour la violence ou même l'erreur que pour le dol -, le régime de la responsabilité reste partiellement influencé par celui de la nullité. En attesterait également un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation qui conditionne l'allocation de dommages-intérêts demandés sur le fondement du dol à la preuve de l'intention de tromper et du caractère déterminant du dol (Com. 7 juin 2011, n° 10-13.622, Bull. civ. IV, n° 91 ; D. 2011. 2579, note M. Cartier-Frénois ; RTD civ. 2011. 533, obs. B. Fages ; RDC 2011. 1198, obs. Y.-M. Laithier). Comme l'observait un commentateur, « Dès lors que la demande est fondée sur le dol, les conditions à établir sont les mêmes quelle que soit la sanction recherchée. » (Y.-M. Laithier, obs. préc.). La solution est contestée et contestable car elle revient à imprimer à l'action fondée sur le dol un caractère exclusif de l'action en responsabilité, alors que ces actions sont indépendantes, que celle fondée sur le

dol ne tend, d'après le code civil, qu'à la nullité du contrat, que les dommages de dommages-intérêts supposent normalement une responsabilité relevant des articles 1240 et suivants et enfin que ces actions doivent pouvoir être exercées alternativement et même cumulativement. La circonstance que la demande soit fondée sur le dol ne devrait donc pas avoir pour effet d'écarter le régime applicable à l'action en responsabilité civile. D'ailleurs, cette mise à l'écart n'est pas toujours suivie, comme en témoigne cet arrêt qui, avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2008 sur la prescription extinctive, a décidé que l'action en responsabilité délictuelle fondée sur un dol n'était pas soumise à la prescription quinquennale applicable à l'action en nullité (Civ. 1^{re}, 25 juin 2008, n° 07-18.108, Bull. civ. I, n° 194 ; D. 2008. 1997 ; ibid. 2965, obs. S. Amrani-Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; JCP 2008. I. 218, obs. F. Labarthe ; ibid. II. 10205, note I. Sigouirt ; CCC 2008. Comm. 254, obs. L. Leveneur).

Dans l'affaire ici rapportée, c'est donc la responsabilité de l'architecte plutôt que celle du vendeur qui aurait dû être engagée, puisque c'est lui qui avait commis la faute dolosive. En décidant le contraire, la Cour de cassation transgresse les règles de la responsabilité extracontractuelle au profit d'une analyse conférant une autonomie discutable à l'action fondée sur le dol. À défaut de justification théorique, l'arrêt ne s'expliquerait que par le souci des Hauts magistrats de parvenir à une indemnisation de l'acquéreur victime. Celui-ci n'ayant pas assigné l'architecte, et le notaire ayant été mis hors de cause, seul le vendeur pouvait être condamné. Peut-être est-ce donc pour sauver l'action de l'acquéreur que le principe de la responsabilité du vendeur fut admis. Mais alors pourquoi avoir destiné cet arrêt à une aussi large diffusion ? »

Le professeur **M. Mekki** (*Les contours flous de la représentation en matière de dol*, La Semaine juridique - Notariale et immobilière - 14 juin 2019, p. 26) note que « l'arrêt ne surprend pas à la lumière du nouvel article 1138 du code civil qui prévoit que « le dol est constitué s'il émane du représentant, gérant d'affaire, préposé, ou porte-fort du contractant ». Même si ce sont des dommages-intérêts qui ont été demandés, c'est au fondement du dol et dans les conditions du dol que la solution devait être rendue ».

H. Barbier évoque « une instrumentalisation de la théorie de la représentation » (*Du dol émanant des cocontractants des parties au contrat litigieux*, RTD civ. 2018, p. 883) :

« L'arrêt interpelle au vu de la conception particulièrement accueillante de la notion de représentation qu'on y trouve. (...) La représentation est l' « action consistant pour une personne investie à cet effet d'un pouvoir légal, judiciaire ou conventionnel (le représentant), d'accomplir au nom et pour le compte d'une autre - incapable ou empêchée (le représenté) - un acte juridique (nous soulignons) dont les effets se produisent directement sur la tête du représenté » (G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 11^e éd., 2016, Assoc. H. Capitant, PUF). Conformément à cette définition, la Cour de cassation limite habituellement la représentation à l'accomplissement

d'actes juridiques, énonçant notamment que le contrat d'entreprise (qualification dont relève le contrat d'architecte), « relatif à de simples actes matériels, ne confère à l'entrepreneur aucun pouvoir de représentation » (Civ. 1^{re}, 19 févr. 1968, n° 64-14.315, Bull. civ. I, n° 69 ; D. 1968. 393). Quant à la réforme du droit des obligations de 2016, par la terminologie retenue par le législateur, elle lie de manière nécessaire représentation et accomplissement d'acte juridique. Les nouvelles dispositions visent ainsi « l'engagemen[E] contracté » (C. civ., art. 1154, al. 1er) et utilisent le verbe « contracter » pour définir la représentation et en tracer le régime (C. civ., art. 1154, al. 2 et 1161) ».

Le professeur **L. Leveneur** est également très critique sur cet arrêt (*Une curieuse responsabilité pour dol d'un représentant et une intéressante limite au devoir de vérification du notaire*, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n° 16, 19 Avril 2019, 1168) :

« C'est une chose d'admettre la nullité d'un contrat pour dol d'un représentant d'une partie, solution jurisprudentielle traditionnelle - désormais consacrée par le nouvel article 1138 du Code civil - ; dans ce cas en effet la nullité repose sur le fait que le consentement donné par une partie est vicié et l'action en justice tendant à faire prononcer cette nullité, qui déclenche d'ailleurs des restitutions réciproques, ne peut être dirigée que contre l'autre partie au contrat.

Mais c'est autre chose de statuer sur une demande de dommages et intérêts. Dans ce cas, le fondement de l'action en justice n'est pas, en réalité, l'article 1116 ancien qui ne traite expressément que de nullité (comme à l'avenir les articles 1137 et 1138 nouveaux, qui ne portent que sur le dol cause de nullité : V. C. civ., art. 1130 et 1131 nouveaux), mais les articles 1382 et suivants (devenus articles 1240 et s.) du Code civil, car l'action est une action en responsabilité extracontractuelle, visant à réparer le préjudice causé par une faute dans la phase de formation d'un contrat (V. en ce sens J. Ghestin, G. Loiseau et Y.-M. Sérinet, *La formation du contrat : le contrat, le consentement*, t. 1 : LGDJ, coll. Traités, 4^e éd., 2013, n° 1442. - F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, préc., n° 240.). Or, la responsabilité extracontractuelle de droit commun « incombe normalement à l'auteur de la faute » (P. Jourdain, obs. ss cet arrêt : RTD civ. 2018, p. 911). Certes, il existe des cas de responsabilité du fait d'autrui, tout particulièrement celle du commettant du fait de ses préposés (C. civ., art. 1384, al. 5, devenu art. 1242, al. 5) ; mais il est tout sauf évident qu'un architecte donnant des informations sur des travaux dont il a été maître d'oeuvre puisse être qualifié de préposé !

En réalité c'est l'architecte, qui a commis la faute de donner des informations fallacieuses, qui devait répondre personnellement des conséquences préjudiciables de cette faute - et c'est contre lui que l'action aurait dû être dirigée (V. pour une illustration d'une action en responsabilité civile dirigée contre un tiers au contrat auteur de manoeuvres dolosives : Cass. com., 1^{er} mars 2017, n° 15-22.866 : JurisData n° 2017-003380 ; Contrats, conc. consom. 2017, comm. 118, note L. Leveneur).»

Ces analyses des professeurs Jourdain et Leveneur semblent confortées par le nouvel article 1178, alinéa 4, du code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016, qui décrit l'articulation entre l'action en annulation du contrat et la demande de dommages et intérêts :

« Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord. »

Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé.

Les prestations exécutées donnent lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9.

Indépendamment de l'annulation du contrat, la partie lésée peut demander réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle. »

Quelques éléments de droit comparé

Qu'en est-il de l'engagement de la responsabilité du mandant du fait des manœuvres dolosives du mandataire en droit comparé ?

• En Allemagne :

Au terme de l'article 123 du code civil, le contractant du mandat peut demander la nullité du contrat qui les lie pour dol si le mandataire l'a incité à conclure ce contrat par tromperie.

Le cocontractant peut ensuite demander des dommages et intérêts sur le fondement de la responsabilité contractuelle, au terme de l'article 278, alinéa 1, du code civil : « le débiteur doit répondre de la faute commise par son représentant légal et par les personnes qu'il emploie pour exécuter son obligation dans la même mesure que s'il s'agissait de sa faute personnelle ». Dès lors, le mandant peut engager sa responsabilité contractuelle du fait des manœuvres dolosives du mandataire.

Il se déduit de l'article 831, alinéa 1, du code civil, relatif à la responsabilité du fait des préposés, que les pratiques frauduleuses du mandataire peuvent engager la responsabilité extracontractuelle du mandant (le commettant) sauf si le mandant démontre qu'il a choisi l'agent avec soin et qu'il n'a pas agi avec négligence en ce qui concerne la supervision du préposé ou que le dommage se serait produit même si le mandant avait fait preuve de diligence.

Le droit allemand instaure une présomption de faute du mandant dans le choix ou la surveillance du mandataire, mais le mandant peut rapporter la preuve contraire.

La jurisprudence française inverse le principe puisque c'est à la victime du dol de rapporter la preuve de la faute personnelle du mandant.

· **En Belgique :**

La relation entre le mandant et le mandataire peut prendre différentes formes légales et donner lieu ainsi à différentes responsabilités :

1) La responsabilité du fait du préposé : si le mandataire est aussi un préposé, la responsabilité du mandant peut être engagée sur ce fondement (article 1384, alinéa 3, du code civil).

2) La responsabilité délictuelle : le mandant est responsable des manœuvres dolosives du mandataire s'il a commis une faute personnelle indépendante de celle commise par le mandataire.

En dehors de ces deux hypothèses, l'étendue de la responsabilité du mandant dépend de la nature juridique de la relation entre mandant et mandataire. Selon une jurisprudence constante, seuls les actes commis par le mandataire dans l'exécution de sa mission engagent la responsabilité du mandant.

Le mandant peut donc voir sa responsabilité engager sur divers fondements : sur le fondement de la responsabilité du fait du préposé et de la responsabilité délictuelle.

· **En Espagne :**

En l'absence de référence explicite dans les textes légaux de la responsabilité du mandant du fait du dol du mandataire, la doctrine distingue traditionnellement selon qu'il y ait ou non complicité entre le mandant et le mandataire :

En l'absence de collusion ou de complicité entre le mandant et le mandataire, les avis divergent. Alors que certains estiment que le dol du mandataire affecte le contrat de la même manière que s'il avait été commis par le mandant, d'autres estiment que le dol ne rend pas l'acte annulable et que le mandant n'est tenu de répondre des dommages que s'il s'est enrichi. Le dol est imputable au seul mandataire qui doit en assumer seul l'entière responsabilité.

En revanche, lorsqu'il y a eu complicité entre le mandataire et le mandant, la doctrine estime que les effets du dol sont supportés par le mandant. Toutefois, alors que certains considèrent que cela concerne à la fois la nullité de l'acte et le paiement de dommages-intérêts, d'autres estiment que seule la nullité du contrat est possible.

La doctrine admet la responsabilité délictuelle du mandant en cas de complicité du mandant et du mandataire et éventuellement, en l'absence de complicité, si l'on considère que les manœuvres dolosives ont affecté le contrat de manière générale.

· **En Italie :**

Le dol est un motif d'annulation du contrat que s'il est le fait de l'une des parties. Si c'est le fait d'un tiers, les manœuvres dolosives ne peuvent donner lieu à la nullité du contrat que si elles étaient connues de la partie et si celle-ci en a obtenu un avantage. Selon la doctrine, le mandataire qui agit pour le compte d'un contractant n'est pas un tiers.

Au terme de l'article 1719, « sauf convention contraire, le mandant est tenu de fournir au mandataire les moyens nécessaires à l'exécution du mandat et à l'accomplissement des obligations contractées par le mandataire en son nom propre ». Il doit aussi rembourser au mandataire les avances et lui verser la rémunération qui lui est due. Enfin, il doit indemniser le mandataire pour tout dommage subi par ce dernier du fait de la mission.

Le mandataire peut voir sa responsabilité engagée du fait du dol ou de négligences graves. Le mandant n'est donc pas responsable du fait des manœuvres dolosives du mandataire commis en dehors de la mission.

· **Aux Pays-Bas :**

Quelle que soit la personne qui a commis le dol (un contractant ou un tiers), l'acte juridique peut être annulé pour dol par la victime.

Le droit néerlandais ne dispose pas de textes spécifiques relatifs à l'indemnisation de la victime du dol du mandataire. Il faut se référer ainsi au droit commun de la responsabilité civile. Il en résulte que la victime dispose de diverses options :

- Action en annulation du contrat pour dol.
- Demande de dommages et intérêts sur fondement de la responsabilité délictuelle du mandataire.
- Demande de dommages et intérêts sur le fondement de la responsabilité délictuelle du mandant s'il a lui-même commis un acte délictuel ou si la fraude a été commise par le mandataire qui a agi dans l'exercice de ses pouvoirs.

La responsabilité délictuelle du mandant peut être engagée mais elle n'est pas automatique étant conditionnée à la commission d'une faute personnelle du mandant ou si le mandataire a agi dans l'exercice de ses pouvoirs.

· **En République-Tchèque :**

Au terme de l'article 2914 du code civil tchèque, « celui qui, dans ses activités, utilise un représentant, un employé ou un autre assistant doit assurer la réparation du dommage causé par cette personne de la même manière que s'il le causait lui-

même ». Il en résulte que le mandant qui bénéficie de l'activité du mandataire voit sa responsabilité engagée sans qu'il soit nécessaire de démontrer une faute du mandant. Il s'agit d'une responsabilité sans faute.

Néanmoins, lorsque la personne qui assiste s'est engagée à exercer une activité de manière indépendante, le commettant n'est pas responsable des dommages mais seulement de l'exécution de l'obligation de cette personne de réparer le dommage en cas de violation fautive du devoir de sélection minutieuse ou de surveillance suffisante.

Enfin, un régime spécifique existe pour la personne morale puisque c'est l'acte illicite du mandataire qui est imputé à la personne morale, de sorte que c'est la personne morale elle-même (ici le mandant) qui, par l'intermédiaire de son mandataire, commet un délit.

Au Royaume-Uni :

Le droit anglais fait office d'exception puisqu'il admet la responsabilité du mandant du fait des manœuvres dolosives du mandataire et ce, quel que soit le fondement juridique. La responsabilité peut également être partagée entre le mandant et le ou les mandataires.

Conclusion :

Il en résulte que, dans la plupart des pays européens, la responsabilité du mandant du fait des manœuvres dolosives du mandataire n'est pas automatique. Le Royaume-Uni fait exception en la matière admettant, quel que soit le fondement juridique, la responsabilité du mandant.

Dans les autres pays, le fondement juridique privilégié est celui de la responsabilité délictuelle, la responsabilité du fait d'autrui ou du fait du préposé étant évoquée mais en second lieu.

La victime dispose néanmoins d'options pour être indemnisée en engageant la responsabilité directe du mandataire ou en demandant l'annulation du contrat pour vice du consentement.

4.2.3. Le cas d'espèce

Dans leurs écritures (conclusions d'appel, p.65 et 66, reproduit dans le mémoire ampliatif, p. 19 et 20), les sociétés ATC et X média soutenaient que :

« le dol du mandataire vicie le contrat passé par le mandant, qui répond des manœuvres et réticences dolosives de son mandataire à l'occasion de la négociation ou de la conclusion du contrat. Il engage également la responsabilité personnelle du mandataire car le dol est aussi une faute civile personnelle sanctionnée sur le fondement de l'article 1382.

En l'espèce, Mme [M] [W], épouse de M. [H] [W], et les enfants du couple, Mme [M] [W], M. [P] [W] et Mme [T] [W], mandants, ont donné, quatre jours avant la cession de leurs actions, mandat de vente à M. [H] [W].

C'est donc à juste titre que les juges de première instance ont décidé - après avoir constaté les manoeuvres dolosives de Monsieur [H] [W] - que « M. [W] représentait les autres cédants personnes physiques et que celles-ci sont donc responsables de l'action de leur mandataire » et les ont condamnés « in solidum » à réparer le préjudice subi par la société ATC.

En conséquence, Mme [M] [W], épouse de M. [H] [W], Mme [M] [W], M. [P] [W] et Mme [T] [W] sont, par le dol de M. [H] [W], également coupables de dol envers la société ATC.

Pour rejeter la demande formée à l'encontre de l'épouse et des enfants de M. A... [W], l'arrêt retient qu'aucun élément ne permet d'établir qu'ils ont personnellement participé aux arrangements dolosifs et que leur responsabilité civile ne pouvait être engagée du seul fait d'avoir donné mandat à M. [H] [W] de céder leurs actions.

A la lumière de ces éléments, **il nous appartient de dire si les manoeuvres dolosives du mandataire engagent la responsabilité civile du mandant, ou au contraire, s'il est nécessaire de caractériser une faute personnelle du mandant pour engager sa responsabilité civile extra-contractuelle.**

4.3. Troisième moyen :

4.3.1. Première branche du troisième moyen

Le rejet proposé du deuxième moyen, pris en sa première branche, rend le troisième moyen, pris en sa première branche, sans portée.

En tout état de cause, le moyen est inopérant. En effet, les motifs par lesquels la cour d'appel a considéré que la demande fondée sur la mise en oeuvre de la garantie de passif le 3 janvier 2013 sont indépendants du montant de l'évaluation du préjudice subi par la société ATC du fait du dol : « le préjudice consécutif à la dissimulation du départ de M. [S] et au défaut de stabilité de l'équipe dirigeante, a été indemnisé au titre du dol, et n'a pas lieu d'être à nouveau pris en compte dans le cadre de la garantie contractuelle des déclarations faites par les cédants. »

Une cassation sur le fondement de la première branche du deuxième moyen ne saurait donc entraîner, par voie de conséquence, la cassation du chef de dispositif rejetant la demande de la société ATC au titre de la garantie de passif mise en oeuvre le 3 janvier 2013, et encore moins la cassation du chef de dispositif rejetant la demande de la société ATC au titre de la garantie de passif mise en oeuvre les 15 novembre 2013 et

11 avril 2014, qui n'ont aucun lien avec le chef de dispositif critiqué par le deuxième moyen pris en sa première branche.

Il est donc proposé de statuer sur ce grief par une **décision de rejet non spécialement motivée**.

4.3.2. Deuxième branche du troisième moyen

Le grief est inopérant en ce qu'il critique des motifs surabondants.

La demande fondée sur la mise en oeuvre de la garantie le 11 avril 2014 n'a pas été rejetée pour des motifs de fond tenant à l'absence de connaissance des dysfonctionnements des produits de la société XMD, mais pour non-respect du délai adéquat applicable à la réclamation d'un tiers, en application de l'article 8.5.1 du protocole de cession : « par courrier daté du 17 mars 2014, réceptionné le 20 mars suivant par ATC, GRF se plaignant de ce que les courriers adressés en 2010, 2011 et 2012 n'avaient jamais permis de régler de manière définitive les dysfonctionnements techniques rencontrés avec le logiciel « *Alice* », indiquait, qu'en l'absence de solutions sous huitaine, elle entendait remettre en cause les conventions les liant et se réservait le droit de demander réparation des préjudices considérables subis. Le 24 mars 2014, GRF dénonçait lesdites conventions en raison des dysfonctionnements directement liés à la version *Alice*, indiquant, « *vos manquements nous ont causé, outre le manque de parole de Monsieur [W]* » un préjudice considérable s'élevant à 450.000 euros.

La menace de résiliation du contrat, qui a été mise à exécution, étant enfermée par GRF dans un délai de 8 jours, la mise en oeuvre de la garantie devait intervenir non pas dans le délai habituel de 30 jours, mais dans le délai adéquat, qui était en l'espèce de moins de 8 jours et ce d'autant que ATC n'a pu réellement être prise de court par la position de GRF, étant avisée depuis au moins un an des problèmes récurrents de ce client, une mise en demeure lui ayant été adressée le 31 janvier 2013 à ce sujet. M. [W] ayant eu des contacts suivis avec GRF, avec lequel un partenariat avait même été envisagé en 2012, aurait peut-être pu, en intervenant à nouveau, éviter une rupture des relations contractuelles.

L'inobservation du délai de l'article 8.5.1 se trouve sanctionnée par la déchéance de la garantie du chef du litige GRF, de sorte qu'il n'y a pas lieu à indemnisation de ce chef. »

À propos de la mise en oeuvre de la garantie le 3 janvier 2013, la cour d'appel a rejeté la demande en retenant que « quant aux vices des produits, ainsi qu'il a déjà été exposé et conformément à l'appréciation qu'en a faite le tribunal, ils ne découlent pas des pièces suffisantes, le seul litige significatif identifié ultérieurement étant celui avec GRF » (ce dernier litige ayant fait l'objet de la demande du 11 avril 2014, évoquée ci-dessus).

4.3.3. Troisième branche du troisième moyen

Le moyen, qui critique des motifs surabondants, est inopérant. En effet, par motifs adoptés, la cour d'appel a écarté la demande fondée sur la mise en oeuvre de la garantie au titre du redressement fiscal au motif que le montant dû à ce titre (les autres demandes ayant été écartées par des motifs vainement critiqués), soit 13.588 euros, était inférieur au montant de la franchise prévue par la garantie (30.000 euros), de sorte que la demande formée au titre de la mise en oeuvre de la garantie par courrier du 15 novembre 2013 devait être rejetée.

En tout état de cause, le moyen ne paraît pas fondé : après avoir constaté que l'article 8.5 du contrat prévoit que toute réclamation du bénéficiaire doit être notifiée à chacun des garants dans les meilleurs délais et au plus tard dans un délai de 30 jours calendaires à compter de la réception par la société ou le bénéficiaire d'une réclamation de tiers, et que selon l'article 8.5.1, « dans l'hypothèse où le délai imparti au bénéficiaire et/ou à la société concernée pour répondre est inférieur aux délais précités ou si la nature de l'événement considéré requiert une information des garants dans un délai, plus rapide que ceux requis aux alinéas précédents, la notification devra être faite aux garants dans un délai adéquat eu égard aux circonstances et au délai laissé aux garants pour notifier leur objection en application de l'article 8.5.4 ci-après. », l'arrêt relève que la garantie de passif a été mise en oeuvre par lettre du 15 novembre 2013 alors que l'inspectrice des finances avait avisé, par courrier du 17 octobre 2013, la société X Media développement de ce qu'elle se présenterait le 14 novembre 2013. La cour d'appel, qui a fait ressortir que l'information n'avait pas été délivrée aux garants « dans le délai adéquat eu égard aux circonstances », n'a donc pas méconnu les conséquences légales de ses constatations.

Il est donc proposé de statuer sur le troisième moyen par une **décision de rejet non spécialement motivée**.