

---

# l'actualité du droit de la consommation

---

Sous la direction de  
D. Mainguy et J.-L. Respaud

Secrétaire de rédaction : C. Raja

**2006/11**

**Association du Centre du droit de la  
consommation  
Centre de droit de la consommation et du  
marché**

14, rue du Cardinal de Cabrières  
34000 Montpellier  
Tel : 0467615105  
Fax : 0467614685

**conso@univ-montp1.fr**

**droitdumarche@yahoogroupes.fr  
droitdumarche-subscribe@yahoogroupes.fr**

*Avec le concours de :*

Jean Calais-Auloy,  
Christophe Albiges  
Céline Alcalde, Caroline Bach,  
Manuel Bellier  
Stéphane Benlisi, Céline Borelly-  
Peyre, Elodie Braud,  
Florent Cabetes, Vincent Cadoret,  
Joachim Cellier,  
Hélène Davo, Malo Depincé,  
Stéphane Destours,  
Nicole Grach, Bérengère Gleize,  
Sylvain Lafont, Cécile Lisanti  
Laetitia Lormières, Daniel Mainguy,  
Frédéric Nadaud,  
Olivier Noumowe D., Pascal Puig,  
Virginie Peureux, Delphine Poissonnier,  
Caroline Raja,  
Jean-Louis Respaud, Véronique Sélinsky,  
Frank Steinmetz, Henri Temple,  
Emmanuel Terrier,  
Guillaume Zambrano



## Bulletin d'adhésion à l'association du Centre du droit de la consommation

---

Oui, je souhaite adhérer à l'association du Centre du droit de la consommation, ce qui me permettra de recevoir « *L'Actualité du droit de la consommation* ». Je règle d'ores et déjà le montant des frais d'adhésion (150€).

Oui, je souhaite adhérer à l'association du Centre du droit de la consommation, ce qui me permettra de recevoir « *L'Actualité du droit de la consommation* ». Je réglerai le montant des frais d'adhésion dès réception de ma facture.

### Bulletin d'adhésion

M, Mme, Melle 1

Nom : .....

Prénom : .....

Entreprise / Etablissement : .....

Adresse

.....  
.....

Ville : ..... Code postal : .....

Tel : ..... Fax : .....

E-Mail : .....

Bulletin d'adhésion à renvoyer à l'adresse suivante :

**Centre de droit de la consommation et du marché (association)**  
**14, rue du Cardinal de Cabrières**  
**34 060 Montpellier Cedex 1**

---

1 Rayer la mention inutile



## Sommaire du n° 2006/11 :

### EDITORIAL

#### ***INCORRIGIBLE « LEGISLATEUR »***

*Par Jean-Louis Respaud, Maître de Conférences, Université d'Avignon et des Pays du Vaucluse.*

### I.- CHRONIQUES

#### ***L'ACHETEUR N'A PU SE CONVAINCRE LUI-MEME DES VICES DE LA CHOSE ALORS QU'IL EST ETABLI QUE SEULE UNE VERIFICATION DELICATE OU UNE EXPERTISE AURAIT PERMIS D'EN CONSTATER L'EXISTENCE***

*Par Céline Alcalde, Allocataire-moniteur, Université Montpellier I.*

#### ***DOSSIER : TRAITEMENT DES SITUATIONS DE SURENDETTEMENT***

*Par Florent Cabesos, Doctorant (CDCM), Conseiller surendettement en banque.*

### II.- JURISPRUDENCE

Par Céline Alcalde, Vincent Cadoret, Sylvain Lafont, Frédéric Nadaud, Olivier Noumowe D., Caroline Raja.

#### A. – DROIT INTERNE DE LA CONSOMMATION

##### **1. – Généralités**

##### **2. – Formation des contrats de consommation**

*a. – Information des consommateurs*

*b. – Pratiques commerciales et contractuelles*

##### **3. – Contenu des contrats de consommation**

##### **4. – Exécution des contrats de consommation**

*a. – Conformité des produits et des services*

*b. – Sécurité des produits et des services*

*c. – Prix*

##### **5. – Financement des contrats de consommation**

*a. – Techniques de financement*

*b. – Garanties du financement*

*c. – Surendettement*

##### **6. – Litiges de consommation**

#### B. – DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONSOMMATION

#### C. – DROIT INTERNATIONAL DE LA CONSOMMATION

### III.- POUR EN SAVOIR PLUS ...

#### ***ARBITRAGE ET DROIT DE LA CONCURRENCE***

*Par Alexandra Pauls, Allocataire-Moniteur, Université Montpellier I.*

---

Par **Jean-Louis Respaud**

*Maître de Conférences*

*Université d'Avignon et des Pays du Vaucluse*

### **INCORRIGIBLE « LEGISLATEUR »**

Le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a présenté un projet de loi en faveur des consommateurs. Selon le compte rendu du Conseil des ministres du 8 novembre 2006, l'objet de ce texte est d'adapter le code de la consommation aux nouvelles formes de consommation. Il s'agit en particulier de renforcer l'information des consommateurs, ainsi que les moyens dont ils disposent pour faire valoir leurs droits. Le gouvernement espère que ces mesures contribueront à rééquilibrer les relations entre clients et fournisseurs et à renforcer la confiance et ainsi à la défense du pouvoir d'achat.

Concernant l'information, le projet de loi prévoit que la protection du consommateur sera renforcée grâce à l'interdiction générale des pratiques commerciales trompeuses ou agressives. Il s'agit de la transposition de la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales adoptée par le Parlement européen et le Conseil le 11 mai 2005. Seul le délit d'abus de faiblesse était inscrit dans le code de la consommation et ne visait qu'à la protection des consommateurs vulnérables. Désormais, des pratiques de vente se caractérisant par des méthodes de harcèlement ou par des pressions psychologiques de nature à altérer le consentement du consommateur moyen seront interdites.

Le juge civil pourrait ordonner la cessation des pratiques illicites, le cas échéant sous astreinte, et prononcer des amendes civiles dont les montants maximums sont proportionnés à la gravité des pratiques constatées, soit 30 000 € pour les pratiques trompeuses et 45 000 € pour les pratiques agressives, lesquelles se traduisent le plus souvent par le recours à des méthodes de vente particulièrement abusives et extrêmement préjudiciables aux intérêts des consommateurs.

Relevons que l'exposé des motifs souligne que : « Ce texte poursuit un objectif d'harmonisation maximale des législations nationales des Etats membres de l'Union européenne [...]. Il vise exclusivement la protection des consommateurs ». *Incorrigible législateur national* : l'arrêt de la CJCE du 25 avril 2002 n'aura donc pas suffi à le convaincre que l'objectif poursuivi par l'harmonisation communautaire n'est pas la protection du consommateur, fut-il « moyen », mais plus prosaïquement la libre circulation des marchandises et des services...

Le projet de loi simplifie également le régime des clauses abusives. Il est ainsi proposé au législateur, comme c'est actuellement le cas pour les clauses « noires » (art. L. 132-1, al. 2, C. consom.), de déléguer au pouvoir réglementaire la détermination des clauses « grises » (art. L. 132-1, al. 3, C. consom.) qui seraient désormais présumées abusives, ceci sous le double contrôle des avis du Conseil d'État et de la Commission des clauses abusives. Avancée importante en matière de protection, le projet simplifie également l'action du consommateur devant le juge car, en ce qui concerne les clauses présumées abusives, le consommateur n'aura plus à apporter la preuve du caractère abusif de la clause. Il appartiendra au contraire au professionnel d'apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse. Par ailleurs, le projet de loi élargit l'action en suppression des clauses abusives ou illicites aux contrats déjà conclus par des consommateurs.

A l'instar de ce qui existait pour les ententes avant le règlement n° 1/2003, les professionnels seraient autorisés à saisir, en amont, pour avis, la Commission de clauses abusives de leurs projets de convention, avant qu'ils ne soient proposés aux consommateurs (article 3).

Le projet vise également, dans le secteur des communications électroniques, à accélérer du remboursement des sommes payées d'avance par les clients, à lever les obstacles à la résiliation des contrats et impose la gratuité du temps d'attente subi en cas d'appel aux services d'assistance des fournisseurs de services de communications électroniques.

Il entend modifier le régime des soldes et prévoit la fixation uniforme de leurs dates pour l'ensemble du territoire : les soldes d'hiver débiteront le deuxième mercredi de janvier et les soldes d'été le dernier mercredi de juin. Un régime particulier applicable toute l'année pour la vente de produits en fin de série serait créé.

Dans le domaine des services financiers, le projet de loi prévoit l'extension du champ de la médiation bancaire à l'ensemble des opérations, y compris le crédit. Il modernise la réglementation relative aux conditions de commercialisation des produits financiers : les rôles du producteur et du distributeur dans la définition du contenu des documents publicitaires sont précisés ; les réseaux de distribution disposeront de codes de bonne conduite homologués dont les autorités de contrôle s'assureront de la mise en œuvre. Le projet de loi concerne également à clarifier la situation et les droits des titulaires de contrats d'assurance-vie.

Enfin, le projet de loi consacrerait un nouveau type d'action judiciaire, l'action de groupe, qui devrait permettre la réparation du préjudice matériel subi collectivement par des consommateurs à la suite du non respect de ses obligations contractuelles par un professionnel. L'action de groupe, la fameuse « class action », semble ainsi consacrée en droit français. En partie seulement. Cette action ne devrait en effet, selon le projet, être ouverte qu'aux seules associations de consommateurs agréées au plan national et uniquement pour les litiges portant sur un préjudice d'un montant inférieur à un montant fixé par décret... Incorrigible législateur...

# I. – Chroniques

**L'ACHETEUR N'A PU SE CONVAINCRE LUI-MEME DES VICES DE LA CHOSE ALORS QU'IL EST ETABLI QUE SEULE UNE VERIFICATION DELICATE OU UNE EXPERTISE AURAIT PERMIS D'EN CONSTATER L'EXISTENCE**

Par **Céline Alcalde**  
Allocataire-moniteur  
Université Montpellier I

**Ass. plen. 27 octobre 2006, N° 05-18.977**

(...)

Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu sur renvoi après cassation (3ème Civ., 4 février 2004, *Bull.*, n° 20), que par acte notarié du 29 septembre 1999, Mme X... et M. Y... (les acquéreurs) ont acquis de Mme Z..., une maison d'habitation ; qu'une expertise a révélé la présence, avant la vente, d'insectes xylophages infestant la charpente et que toutes les tuiles des pans ouest, sud et nord étaient gélives ; que les acquéreurs ont assigné la venderesse en paiement de dommages-intérêts en invoquant l'existence de vices cachés ;

### **Sur le premier moyen :**

Attendu que les acquéreurs font grief à l'arrêt d'avoir rejeté leur demande tendant à la condamnation de la venderesse à leur payer le coût des travaux de réfection de l'immeuble, outre des dommages-intérêts, alors, selon le moyen, que *la censure qui s'attache à un arrêt de cassation est limitée à la portée du moyen qui constitue la base de la cassation ; que sur les points non atteints par la cassation, la décision acquiert l'autorité irrévocable de la chose jugée ; qu'en l'espèce, par arrêt en date du 30 mai 2002, la cour d'appel de Lyon avait débouté les consorts Y...-X... de leur demande indemnitaire visant les désordres affectant la charpente de la toiture de l'immeuble litigieux mais avait fait droit à leur demande de dommages-intérêts visant les désordres affectant les tuiles de la toiture du même immeuble ; que dans le cadre du pourvoi formé par les consorts Y...-X..., il était exclusivement fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir débouté les consorts Y...-X... de leur demande au titre des désordres affectant la charpente ; que statuant sur ce seul moyen, et reprochant aux juges du fond d'avoir considéré que les désordres de structure de charpente pouvaient être remarqués ou susciter des interrogations à condition de pénétrer dans les combles au prix d'une visite acrobatique, la Cour de cassation a censuré l'arrêt déféré ; que le chef du dispositif visant les tuiles de la toiture de l'immeuble, non atteint par la cassation, était donc devenu définitif ; qu'en affirmant que la venderesse ne pouvait être tenue des désordres affectant les tuiles de la toiture du bien immobilier et en déboutant en conséquence les consorts Y...-X... de leur demande à ce titre, la juridiction de renvoi a violé l'article 624 du nouveau code de procédure civile, ensemble l'article 1351 du code civil ;*

Mais attendu que la cassation prononcée par l'arrêt du 4 février 2004 de la décision attaquée "dans toutes ses dispositions" investissait la juridiction de renvoi de la connaissance de l'entier litige dans tous ses éléments de fait et de droit ;

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

### **Mais, sur le second moyen, pris en sa première branche :**

Vu les articles 1641 et 1642 du code civil ;

Attendu que, selon le second de ces textes, le vendeur n'est pas tenu des vices apparents et dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même ;

Attendu que pour rejeter la demande des acquéreurs, l'arrêt retient que, si les dégradations de la charpente et des tuiles ne pouvaient être constatées qu'à condition de pénétrer dans les combles et de monter sur la toiture et que l'accès aux combles, s'il était peut-être difficile, n'était pas impossible, il ne s'en déduisait pas que ces désordres constituaient des vices cachés pour les acquéreurs ;

Qu'en statuant ainsi, par des motifs impropres à caractériser un vice dont l'acquéreur avait pu se convaincre lui-même, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

### **Et sur le second moyen, pris en sa deuxième branche :**

Vu les articles 1641 et 1642 du code civil ;

Attendu que pour rejeter la demande des acquéreurs, l'arrêt retient qu'il leur appartenait de faire constater par un homme de l'art l'état de la charpente et de la couverture et qu'en ne faisant pas effectuer de telles constatations ils avaient été négligents de sorte que la venderesse ne saurait être tenue de ces désordres dont les acquéreurs avaient été mis en mesure de se convaincre ;

Qu'en ajoutant ainsi à la loi une condition qu'elle ne prévoit pas, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

**PAR CES MOTIFS**, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la troisième branche du moyen :

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 30 juin 2005, entre les parties, par la cour d'appel de Dijon ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Riom ;

« *Fallait-il pénétrer dans les combles avant d'acheter ?* » (1), telle est l'interrogation pratique qui s'est de nouveau posée à la Cour de cassation le 04 février 2004, et qui revient devant elle, malgré un renvoi devant la Cour d'appel de Dijon, renvoi qui a suscité ce second pourvoi jugé par l'Assemblée Plénière le 27 octobre 2006.

Par acte authentique, Mme A... épouse Z. a vendu à M. Y. et à Mlle X. un ensemble immobilier, postérieurement à cet acte, les acquéreurs ont constaté que la toiture de l'immeuble était affectée de certains vices, la charpente étant rongée par des insectes xylophages et les tuiles gélives. Ils ont sollicité la désignation d'un expert, ce qu'ils ont obtenu par ordonnance de référé. L'expert, selon les termes de son rapport, a constaté qu'il existait un certain nombre de désordres extrêmement importants relatifs à la charpente et que l'ensemble des tuiles de la couverture était gélif, enfin il a conclu que ces vices existaient lors de la vente. Par acte du 5 juillet 2000, les acquéreurs ont saisi le Tribunal de grande instance de Roanne sur le fondement de l'article 1641 du code civil, leur demande fut accueillie favorablement par le Tribunal et un appel fut interjeté par la venderesse.

La Cour d'appel de Lyon, par arrêt du 30 mai 2002, a infirmé le jugement du Tribunal de Roanne aux motifs que « *les manifestations visibles de désordres devaient amener les acquéreurs à ne pas procéder seulement à un examen superficiel de la maison, (...) les acquéreurs ont pu largement, librement et tout à loisir inspecter la maison lors de leurs deux autres visites et surtout au cours des 15 jours ayant précédé la signature de l'acte authentique pendant lesquels les clefs de la maison leur ont été laissées* », tout en précisant « *qu'il apparaît dès lors, que cet accès n'excédait pas les capacités physiques qui devaient être celles d'Alexandre Y..., si l'on se réfère à son âge et à sa profession* », mais considéra néanmoins que le mauvais état des tuiles justifiait une indemnisation.

Sur pourvoi formé par les acquéreurs, limité au seul rejet des demandes concernant la charpente, la troisième chambre civile de la Cour de cassation, par arrêt du 4 février 2004 (2 Bull., n° 23, p. 23), au visa de l'article 1642 du code civil cassa et renvoya devant la Cour d'appel de Dijon.

Le 30 juin 2005, la Cour d'appel de renvoi infirma le jugement qui avait retenu la responsabilité de la venderesse du chef tant de la charpente que des tuiles, ce qui suscita un second pourvoi et l'intervention de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. Les acquéreurs font grief à l'arrêt infirmatif attaqué, statuant sur renvoi après cassation, de les avoir déboutés de leur demande tendant à la condamnation de Madame Z. à leur payer le coût des travaux de réfection de l'immeuble qu'ils ont acquis de cette dernière, alors que le rapport de l'expert mentionne expressément tous les désordres affectant les bois de la structure de charpente et la couverture du bien immobilier, ils estiment au surplus « *qu'il ne peut non plus être sérieusement contesté que les dégradations du bois de charpente et des tuiles, constatées par l'expert, étaient visibles par un non professionnel* » (3) et considèrent que Madame Z... a été de mauvaise foi en leur cachant des désordres qu'ils n'ont pas été mis en mesure de découvrir eux-mêmes compte de l'inaccessibilité des lieux.

En bref, selon les termes de leur pourvoi « *il n'appartenait donc aux conjoints Y. et X. de constater eux-mêmes ou de faire constater par un homme de l'art l'état de la charpente et de la couverture* » (II). Ils avançaient au surplus un autre moyen d'ordre procédural, ils estimaient que le principe de l'indemnisation relatif au caractère gélif des tuiles était acquis puisque il n'avait pas fait l'objet d'un pourvoi (I).

1 L. Leveneur, Contrats-Concurrence-Consommation, avril 2004, p. 24, n° 57

2 Civ., 3<sup>ème</sup>, 04 fév. 2004 ; Bull. civ 2004, III, n° 23, p. 23 - L. Leveneur, Contrats-Concurrence-Consommation, avril 2004, p. 24, n° 57

3 Extrait des moyens au pourvoi : « *Ces désordres ne pouvaient, ainsi que l'a relevé l'expert, être constatés qu'à condition de pénétrer dans les combles et de monter sur la toiture ; que pour autant il ne s'en déduit pas qu'ils constituaient des vices cachés pour les acquéreurs* »

## I- L'INTERPRETATION ET LA PORTEE DES ARRETS DE LA COUR DE CASSATION

Plus précisément, au sein de leur premier moyen ils soutenaient que « *la censure qui s'attache à un arrêt de cassation est limitée à la portée du moyen qui constitue la base de la cassation ; que sur les points non atteints par la cassation, la décision acquiert l'autorité irrévocable de la chose jugée* » et qu'ainsi dans la mesure où la Cour d'appel de Lyon les avait débouté de leur demande indemnitaire visant les désordres affectant la charpente de la toiture de l'immeuble litigieux mais avait fait droit à leur demande de dommages et intérêts visant les désordres affectant les tuiles de la toiture du même immeuble, le chef du dispositif visant les tuiles de la toiture de l'immeuble, non atteint par la cassation, était donc devenu définitif en application de l'article 624 du Nouveau Code de procédure civile et de l'article 1351 du Code civil.

Le problème qui se posait en l'espèce a pour origine la rédaction du dispositif de l'arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation, il disposait que la Cour « *cassee et annule dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 30 mai 2002, entre les parties, par la cour d'appel de Lyon ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant le dit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Dijon* ». Or la question suivante se pose alors : casser un arrêt dans « *toutes ses dispositions* » signifie-t-il que l'arrêt soumis à la censure de la Cour de cassation est atteint dans son intégralité ou que le champ d'application de cette censure est limité par la teneur des moyens du demandeur au pourvoi ?

Il s'agissait de concilier les impératifs édictés par l'article 624 du Nouveau Code de procédure civile disposant que « *La censure qui s'attache à un arrêt de cassation est limitée à la portée du moyen qui constitue la base de la cassation, sauf le cas d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire* » aux impératifs de sécurité juridique et d'autorité de la chose jugée que connaît notre droit. Les demandeurs au pourvoi entendaient faire admettre que « *la cassation ne pouvait et ne devait donc porter que sur les dommages et intérêts liés à la charpente, la cour d'appel de Dijon, juridiction de renvoi, sauf à méconnaître l'autorité de la chose jugée définitivement sur ce point, ne pouvait donc pas, selon les acquéreurs, statuer à nouveau sur la demande de dommages et intérêts afférente aux tuiles* » (1), et qu'en tout état de cause les exceptions prévues par le texte ne trouvaient pas à s'appliquer (2).

La venderesse se défendait d'une telle interprétation de l'article 624 du Nouveau Code de procédure civile en opposant une jurisprudence constante de la Cour selon laquelle « *la cassation d'un arrêt expressément prononcée "en toutes ses dispositions" investit "la juridiction de renvoi de la connaissance de l'entier litige dans tous ses éléments de fait et de droit"* (3), « *quel que soit le moyen qui a déterminé la cassation* » (4). Elle estime que « *la juridiction de renvoi (cour d'appel de Dijon) était investie de la connaissance de l'entier litige dans tous ses éléments de fait et de droit, quel que soit le moyen qui avait déterminé la cassation* » (5).

Cette question de l'interprétation a suscité une jurisprudence fluctuante, dans un premier temps, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a jugé qu'il appartenait à la juridiction de renvoi « *et non à la Cour de cassation, sur requête en interprétation, de déterminer l'étendue de la cassation prononcée* » (6), elle fut remise en cause par un autre arrêt aux termes duquel le contraire fut affirmé, ainsi « *il appartient à la Cour de cassation d'interpréter ses arrêts* » (7). Un tel changement de jurisprudence trouva peut être sa cause, selon le Doyen Perdriau, dans le fait « *qu'elle est contraire au principe général, inscrit au nombre des dispositions procédurales communes à toutes les juridictions, selon lequel "il appartient à tout juge d'interpréter sa décision (article 461 alinéa 1 du nouveau code de procédure civile)"* » (8).

---

1 Rapport de Mme Lardet, Conseiller rapporteur disponible sur le site de la Cour de cassation : <http://www.courdecassation.fr>

2 Extrait des moyens du demandeur au pourvoi : « *c'est en vain que la venderesse se prévautrait de l'article 624 in fine du nouveau code de procédure civile lequel prévoit une exception au principe qui veut que l'étendue de la cassation soit limitée à la portée du moyen qui lui sert de base. Ce texte dispose en effet, que ce principe ainsi posé s'applique "sauf le cas d'indivisibilité ou de dépendance nécessaire. En l'espèce, selon eux, aucune indivisibilité ni aucun lien de dépendance n'unissaient les deux chefs de dispositif en cause : celui afférent à la charpente et celui visant les tuiles du toit. La meilleure preuve en serait que l'arrêt de la cour d'appel de Lyon du 30 mai 2002 avait admis le grief portant sur la charpente et rejeté celui ayant trait aux tuiles* ».

3 2<sup>ème</sup> Civ., 8 janvier 1992, *Bull.*, n° 7, p. 4

4 Com., 15 octobre 2002, *Bull.*, n° 142, p. 161

5 Rapport de Mme Lardet, Conseiller rapporteur disponible sur le site de la Cour de cassation : <http://www.courdecassation.fr>

6 2<sup>ème</sup> Civ., 16 février 1977, *Gaz. Pal.* 1977, 1, pan. 154

7 Com., 3 janvier 1989, *Bull.*, n° 1, p. 1, D. 1989, somm. 276, obs. Julien ; JCP 1989, IV, 79

8 Perdriau, *Etendue de la saisine des juridictions de renvoi après cassation*, Les Petites Affiches, 27/11/2000, n° 236, p. 10

A cette interrogation sur l'interprétation s'ajoute celle de la portée des arrêts de la Cour de cassation, ainsi faut-il retenir une lecture littérale et stricte des dispositions de l'article 624 du Nouveau Code de procédure civile ? La Cour de cassation considéra sur ce point que « l'annulation d'un arrêt, si généraux et absolus que soient les termes dans lesquels elle a été prononcée laisse subsister comme passées en force de chose jugée, toutes les parties de la décision qui n'ont pas été attaquées par le pourvoi » (1). Une telle rigueur interprétative ne perdura pas ; la Cour opta récemment pour une opinion contraire à celle exprimée en 1973 : « la cassation d'une décision "dans toutes ses dispositions" investit la juridiction de renvoi de la connaissance de l'entier litige dans tous ses éléments de fait et de droit » (2), l'avocat Général proposa sur ce point de confirmer de manière définitive une telle jurisprudence (3).

Une telle difficulté serait résolue définitivement si « devant une juridiction de renvoi ou en prévision de sa saisine, la portée d'une censure se trouvait sérieusement discutable, l'interprétation à cet égard de la décision devrait pouvoir être demandée à la Cour régulatrice [...] sous la forme d'une requête présentée par un avocat aux conseils [...] ou par la juridiction de renvoi elle-même » (4). Le résultat d'une innovation procédurale permettrait la réduction du nombre de seconds pourvois, et diminuerait « le nombre de cassations avec renvoi qui aboutissent à ce qu'une même affaire soit successivement portée à la connaissance de trois cours d'appel... » (5).

## II- LA CARACTERISATION DU VICE CACHE

Ce second moyen s'articulait autour de trois branches :

- l'acheteur, profane, d'une maison n'est pas tenu de pénétrer dans les combles, afin de procéder à l'examen de l'état de la charpente, lorsque l'accès en est rendu difficile par la situation des lieux ou de monter sur le toit afin d'examiner la couverture.
- l'acquéreur n'est pas tenu de recourir à un homme de l'art afin de connaître l'état réel de l'immeuble
- le vendeur doit contracter de bonne foi et que la réticence dolosive de ce dernier rend toujours excusable l'erreur provoquée de l'acquéreur.

La démarche du rapporteur de la Cour de cassation au sein de ce litige est éminemment pédagogique, en combinant les interprétations de l'article 1641 et 1642 du Code civil (6), il s'ensuit que l'article 1641 du code civil, qui pose les conditions de fond de la garantie, impose la réunion de plusieurs conditions pour la mise en oeuvre de celle-ci, et notamment celle du caractère caché du vice.

Et c'est ce dernier élément qui semble manquer cruellement au litige, peut-on considérer que l'acheteur n'a pas été en mesure de constater l'existence du vice tant au regard de la nature du vice que de ses compétences personnelles (B) ? Peut-on affirmer que les consorts X et Y ont procédé à toutes les

---

1 3<sup>ème</sup> Civ., 4 décembre 1973, Bull., n° 612, p. 446. Pour d'autres jurisprudences "Mais attendu qu'en dépit des termes généraux par lesquels l'arrêt de cassation a déclaré remettre la cause et les parties au même et semblable état où elles étaient avant la décision annulée, cette formule doit s'interpréter par ce qui la précède et signifie que les parties sont remises au même semblable état en ce qui concerne les chefs de la décision annulée atteints par la cassation" (Com., 26 février 1973, Bull., n° 092, p. 80).

"Attendu que pour décider que la société DFO était toujours recevable à invoquer l'irrecevabilité de l'appel, la cour d'appel statuant sur renvoi énonce que l'arrêt susvisé a été cassé en toutes ses dispositions ; Qu'en statuant ainsi, alors que le chef du dispositif dudit arrêt constatant la recevabilité de l'appel n'avait pas été attaqué par le précédent pourvoi, la cour d'appel a violé les textes susvisés" (Soc., 6 février 2003, n° 01-03.852).

2 2<sup>ème</sup> Civ., 28 février 2006, n° 04-12.936). Une telle jurisprudence fut cependant annoncée par des arrêts antérieurs : Com., 15 octobre 2002, Bull., n° 142, p. 161 : "La cassation d'un arrêt expressément prononcée en toutes ses dispositions investit la juridiction de renvoi de la connaissance de l'entier litige dans tous ses éléments de fait et de droit, quel que soit le moyen qui a déterminé la cassation".

- 1<sup>ère</sup> Civ., 2 mai 2001, Bull., n° 109, p. 72 : "Attendu qu'en se prononçant ainsi, alors que, l'arrêt du 2 avril 1996 ayant cassé en toutes ses dispositions" le précédent arrêt de la cour d'appel soumis à sa censure, une telle cassation investissait la juridiction de renvoi de la connaissance de l'entier litige dans tous ses éléments de fait et de droit" ;

- 1<sup>ère</sup> Civ., 7 décembre 1999, Bull., n° 334, p. 216 : "Attendu qu'il résulte de ces trois premiers textes (articles 623, 625 et 638 du nouveau code de procédure civile) que la cassation d'une décision "en toutes ses dispositions" investit la juridiction de renvoi de la connaissance de l'entier litige dans tous ses éléments de fait et de droit".

3 « Dans ces conditions, vous refuserez de dire que la solution retenue par la cour de Dijon a méconnu l'autorité de la chose jugée puisqu'elle était liée par la formule contenue dans le dispositif de l'arrêt rendu par la juridiction suprême »

4 Perdriau, Etendue de la saisine des juridictions de renvoi après cassation, Les Petites Affiches, 27/11/2000, n° 236, p. 10

5 Perdriau, Etendue de la saisine des juridictions de renvoi après cassation, Les Petites Affiches, 27/11/2000, n° 236, p. 10

6 Et notamment celle de Collart Dutilleul - P. Delebecq - Contrats civils et commerciaux - Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd. p. 234

diligences nécessaires pour se rendre compte de l'état réel du bien qu'ils désiraient acquérir (A) (1)? Les différentes juridictions intervenues au sein de ce litige ont émis des opinions contraires quant au caractère caché ou apparent de ce vice, la Cour d'appel de Lyon le 30 mai 2002 considéra que la venderesse devait garantir aux acheteurs au seul titre de l'état des tuiles, la Cour de cassation rejeta une telle opinion, mais la Cour d'appel de Dijon, contre toutes attentes, infirma le jugement qui avait reconnu leur droit à être garanti des acheteurs, cette divergence fut donc soumise à la Cour de cassation le 27 octobre dernier.

#### A. L'absence de défaut de vigilance personnelle.

La Cour d'appel de Dijon considéra que « si les dégradations de la charpente et des tuiles ne pouvaient être constatées qu'à condition de pénétrer dans les combles et de monter sur la toiture et que l'accès aux combles, s'il était peut-être difficile, n'était pas impossible, il ne s'en déduisait pas que ces désordres constituaient des vices cachés pour les acquéreurs, d'autres indices auraient dû conduire les acquéreurs à davantage de méfiance, et notamment l'ancienneté du bâtiment, la présence de lierre sur la toiture, des traces intérieures d'infiltrations d'eau, ainsi que la liberté et les facilités dont ils avaient disposé pour visiter le bien avant son acquisition ». Or doit-on exiger de l'acheteur « normalement avisé » (1) qu'il fasse une visite complète des combles malgré la difficulté matérielle d'y accéder, et dans l'affirmative ce contrôle appartient-il à la Cour de cassation ?

D'ailleurs pouvait-on admettre un contrôle de la Haute Cour alors qu'elle avait affirmé tant à propos de l'existence (2), du caractère apparent ou caché du vice (3) que sa gravité (4) que ce contrôle incombait nécessairement aux Juges du fond ? La difficulté reste pragmatique en la matière ; comment juger en droit relativement à la garantie des vices cachés sans s'attacher aux qualifications matérielles (5), le le Conseiller rapporteur remarque très justement que « la Cour, dans sa formation la plus solennelle, avait censuré l'arrêt qui lui était déféré en décidant "qu'en statuant par ces motifs, qui ne mettent pas la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle sur l'existence d'une obligation non sérieusement contestable, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision" », il pose alors la question de l'opportunité d'un « contrôle indirect sur le caractère caché ou non d'un vice » (6).

La réponse de l'avocat général sur ce point n'opère pas de changements « adoptons la définition du vice apparent telle que donnée par MM. Malaurie et Aynès, selon laquelle le vice apparent "est celui qui apparaît après une vérification élémentaire ». En revanche, il sera caché si sa découverte par l'acheteur excédait un examen faisant appel à la simple « évidence » », un tel examen élémentaire devant s'apprécier au regard « des qualités et des compétences de l'acheteur qui l'ont convaincu à accepter la chose » (7).

Or en l'espèce, il est légitime de remettre en cause les vigilances opérées par les acheteurs, revenons pour cela à la catégorie de bien acheté, à savoir une vieille bâtisse datant de la fin du 18<sup>ème</sup> siècle ou du début du 19<sup>ème</sup> siècle, et à l'avis de l'expert, ce dernier s'étonna notamment que les acheteurs n'aient pas remarqué les nombreuses infiltrations d'eau, ce qui aurait pu leur permettre de préjuger au moins de l'état de la toiture, et ainsi diligenter les vérifications relatives à la charpente. Il s'ensuit qu'il semble qu'un accès aux combles constituait vraisemblablement en l'espèce une vérification élémentaire.

Une telle appréciation de la teneur des diligences que l'acheteur doit mettre en place peut conduire à la conclusion suivante : « face à un acheteur profane, consommateur, le vice sera presque toujours caché » (8), ainsi accorder à cet acheteur « un droit à la légèreté » (9).

1 1<sup>ère</sup> Civ., 10 mars 1993, Bull., n° 111

2 "Attendu qu'ayant relevé l'existence d'une fissure dans le sol de la salle de séjour et une fente dans un mur extérieur, la cour d'appel a légalement justifié sa décision de ce chef en retenant souverainement, par motifs adoptés, que ces désordres, eu égard à leur incidence sur la solidité de l'immeuble, ne pouvaient être considérés comme constituant un vice au sens de l'article 1641 du code civil" (3<sup>ème</sup> Civ., 21 juillet 1998, n° 96-21.503).

3 "Mais attendu qu'ayant constaté que l'attestation de M. P n'établissait pas que M. L. avait été informé de l'importance du choc subi par le véhicule et connaissait l'étendue et la gravité des désordres, par ailleurs indécélables par un acquéreur non professionnel, la cour d'appel en a souverainement déduit que ces vices étaient cachés pour l'acquéreur" (1<sup>ère</sup> Civ., 8 mars 2005, Bull., n° 128, p. 110).

4 "C'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la cour d'appel a retenu que M. S., collectionneur averti, avait acquis un véhicule de collection et que le vice n'était pas suffisant à rendre le véhicule impropre à cet usage" (1<sup>ère</sup> Civ., 22 avril 1997, Bull., n° 129, p. 85)

5 Cf. opinion de L. Leveneur (Contrats-Concurrence-Consommation, avril 2004, p. 24, n° 57) consistant à affirmer que notre Cour procédait à "un certain contrôle" de l'appréciation du caractère apparent ou, au contraire, caché d'un vice.

6 Rapport de Mme Lardet, Conseiller rapporteur disponible sur le site de la Cour de cassation : <http://www.courdecassation.fr>

7 Antonmattei et Raynard - Droit civil - Contrats spéciaux - Litec, 2<sup>ème</sup> éd., n°206

8 Antonmattei et Raynard - Droit civil - Contrats spéciaux - Litec, 2<sup>ème</sup> éd., n°206

9 Collart Dutilleul - P. Delebecque - Contrats civils et commerciaux - Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd., n° 276

## B. L'absence de nécessité de recourir à un expert.

Alors qu'ils achetaient un bâtiment très ancien aux caractéristiques spécifiques, les acheteurs devaient-ils recourir aux conseils d'un expert ? La Cour d'appel considéra qu'il s'agissait ici encore d'une diligence impérative, et ce en méconnaissance d'une jurisprudence contraire de la Cour de cassation selon laquelle « *il ne peut être reproché à l'acquéreur de n'avoir pas eu recours à l'avis ou aux conseils d'un expert* » (1), ce faisant faisant les juges du fond ajouteraient une condition aux textes (2).

Un tel ajout aux textes a été censuré à de nombreuses reprises par la Cour de cassation, elle a pu juger notamment que l'acheteur profane n'était pas tenu de se faire assister par un architecte s'il achète une maison à la toiture défectueuse (3) ou d'un vétérinaire s'il achète un cheval borgne (4). La Cour a même affirmé sur ce point que « *le caractère apparent ou caché d'un vice du navire doit s'apprécier au moment de la recette et au regard de l'armateur lui-même, et non pas de l'expert chargé par lui d'en surveiller la construction pour son compte, la cour d'appel a violé les textes susvisés* » (5), autrement dit « *la découverte du vice par un expert mandaté ne suffit même pas à conclure à sa connaissance personnelle [ celle de l'acheteur ]* » (6).

L'on conclura sur cet arrêt en se rangeant derrière l'opinion du Doyen Perdriau quant à la question d'ordre procédural, à savoir que « *si devant une juridiction de renvoi ou en prévision de sa saisine, la portée d'une censure se trouvait sérieusement discutable, l'interprétation à cet égard de la décision devrait pouvoir être demandée à la Cour régulatrice [...] sous la forme d'une requête présentée par un avocat aux conseils [...] ou par la juridiction de renvoi elle-même* » (7). En revanche, sur la caractérisation de vice, il nous semble que même si une telle déresponsabilisation des acheteurs n'est pas opportune juridiquement, il n'en demeure pas moins que la conjoncture actuelle du marché immobilier doit au moins être compensée pour les acheteurs par une certaine protection supplémentaire...

---

1 - "Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le caractère apparent ou caché d'un vice du navire doit s'apprécier au moment de la recette et au regard de l'armateur, et non pas de l'expert chargé par lui d'en surveiller la construction pour son compte, la cour d'appel a violé les textes susvisés" (Com., 6 juillet 1999, Bull., n° 149, p. 125 ; D. 1999, IR, 210).

2 - "Qu'en ajoutant ainsi à la loi une condition qu'elle ne prévoit pas, la cour d'appel a violé le texte susvisé" (3<sup>ème</sup> Civ., 3 mai 1989, Bull., n° 101, p. 56 ; D. 1990, 117, note Tournafond ; Defrénois 1990, 502, obs. Vermelle)

3 Civ. 3<sup>ème</sup>, 03 mai 1989 ; D. 1990, p. 117, obs. O. Tournafond.

4 Civ. 1<sup>ère</sup> 24 fév. 1964 ; Bull. civ. I, n° 105.

5 Com. 06 juill. 1999 ; Bull. civ., IV, n° 149

6 Collart Dutilleul - P. Delebecque - Contrats civils et commerciaux - Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd., n° 276

7 Perdriau, Etendue de la saisine des juridictions de renvoi après cassation, Les Petites Affiches, 27/11/2000, n° 236, p. 10

Par **Florent Cabetes**  
Doctorant (CDCM)  
Conseiller surendettement en banque

Trois ans après la dernière évolution législative l'heure est aux constats.

Le premier est que le surendettement est toujours d'actualité. Période électorale ou conscience collective, le fait est que le sujet du surendettement, qui depuis trois ans s'était montré assez discret, revient sur le devant de la scène. Il n'y a là rien de choquant tant le surendettement est un problème social qui ne peut laisser insensible. Plus que de la statistique et des problèmes juridiques, le surendettement concerne des gens en recherche d'aide. Que l'on soit pour ou contre l'intervention du droit de la consommation dans le domaine des contrats, le consensus existe sur la nécessité de trouver des solutions à ces cas qui, parfois, frôlent le désespoir.

Le deuxième est que les évolutions législatives successives ont certes permis le traitement des situations de surendettement des particuliers mais ne l'ont en rien prévenu. La question est dès lors de savoir pourquoi ? Notre propos ne veut en rien rechercher les motivations des législateurs successifs. De fait, nous nous cantonnerons à exposer le surendettement d'aujourd'hui et d'y apporter quelques précisions et pistes de réflexion. Pour autant nous pouvons affirmer une chose, c'est qu'une modification législative en matière de traitement du surendettement ne peut être que favorable, au moins socialement. A contrario, une évolution de la loi quant à la prévention du surendettement mal maîtrisée peut avoir des conséquences macroéconomiques importantes. En effet, en tentant de prévenir le surendettement on pourrait toucher les conditions d'accès au crédit, et ce faisant, ralentir la consommation des ménages. Nombreux ont été les débats quant au sujet de la création d'un fichier positif sur les encours de crédit des personnes physiques non professionnelles rappelant la nécessité du crédit en France. En effet, le surendettement naît du recours au crédit qui est une nécessité. C'est une nécessité pour le consommateur pour pouvoir consommer et investir dans des biens et produits et pour la France qui, pendant tout le temps d'une croissance économique faible, a réussi à garder la tête hors de l'eau grâce à la consommation des ménages, seule source de soutien alors.

Nous comprenons donc qu'une réforme sur la prévention du surendettement n'est, par définition, pas aisée. Pour qu'elle soit acceptable il faudrait qu'elle rassemble le besoin de justice sociale, la nécessité de ne pas freiner de manière trop flagrante la consommation des ménages et enfin qu'elle ménage les canons du droit.

Dans l'attente d'une telle réforme, le constat du traitement du surendettement ne peut être que mitigé, voire même choquant pour ceux qui aimeraient voir un équilibre entre compromis juridiques et justice sociale.

De ces développements préliminaires, nous souhaitons faire ressortir trois thèmes forts que nous allons détailler. Dans un premier temps, loin des impressions générales sur l'évolution du surendettement, un travail statistique et de définition est nécessaire, et ce dans le but de comprendre au mieux ce phénomène que l'on dit de plus en plus répandu **(I)**. L'identification du surendettement et du surendetté fait, nous pourrions alors reprendre la procédure de traitement du surendettement **(II)**. Enfin, il conviendra, lumière faite sur la situation, de proposer des pistes de réflexion **(III)**.

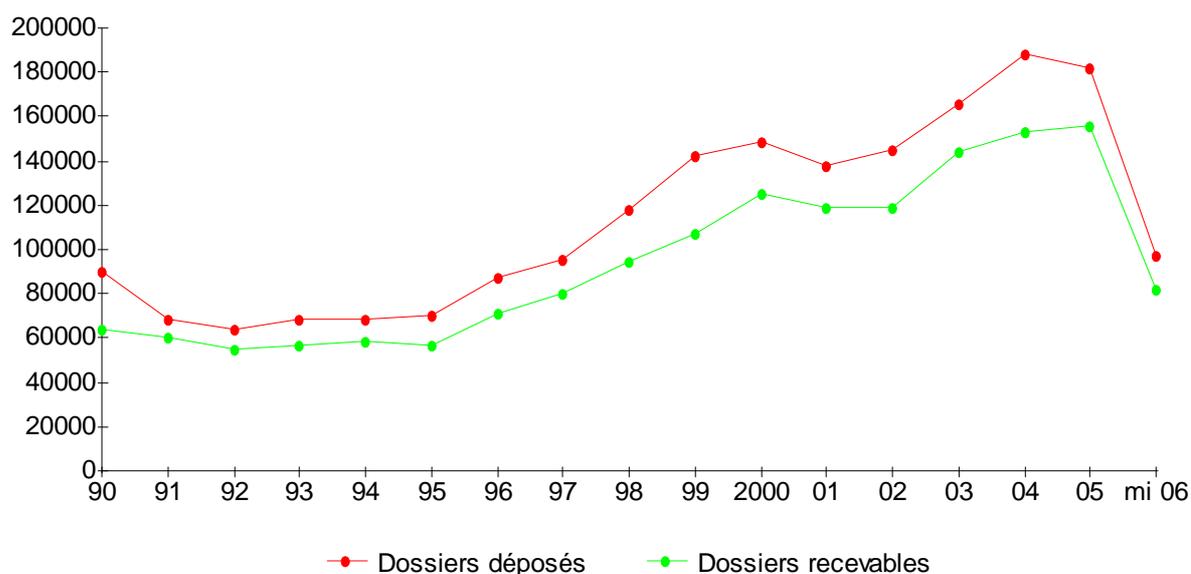
## I. LA STATISTIQUE DU SURENDETTEMENT

Comme nous l'avons dit il y a, en ce moment, un ressenti collectif s'agissant de l'évolution des situations de surendettement des particuliers. Autrement dit, tout le monde s'accorde à dire que le surendettement est en explosion. Avant tout développement nous avons souhaité reproduire partiellement le tableau élaboré par la Banque de France en 2004 qui reprend une grande partie de la statistique du surendettement. Pour notre propos nous nous sommes limité à reproduire le nombre de dossiers déposés, le nombre de dossiers recevables et le taux de recevabilité, recalculé par nos soins. Nous y avons ajouté un graphique pour une meilleure visualisation du phénomène. Ceci va nous permettre de débiter notre mise au point s'agissant de l'évolution des personnes surendettées (A), pour ensuite définir un profil type du surendetté (B).

### A. L'évolution statistique du surendettement

	90	91	92	93	94	95	96	97	98
Dossiers déposés	90174	68075	63830	68863	68608	70112	86999	95756	117854
Dossiers recevables	64320	60240	55067	57003	59000	56400	71588	80161	94349
Taux de recevabilité	71 %	89 %	86 %	83 %	86 %	80 %	82 %	84 %	80 %

	98	99	2000	01	02	03	04	05	mi 06
Dossiers déposés	117854	142219	148373	137994	145348	165493	188176	182330	97497
Dossiers recevables	94349	107062	125462	118691	118533	144231	153185	155946	81588
Taux de recevabilité	80 %	75 %	85 %	86 %	82 %	87 %	81 %	86 %	84 %



Lors de la publication de la loi Neiertz « relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles », en 1989, le nombre de familles confrontées par leur état de surendettement à un risque d'exclusion sociale était évalué à 200 000 (1). Pour autant, il n'y a eu que bien moins de dossiers traités. De même, le dépôt d'un dossier de surendettement, qui constitue la saisine de la commission de surendettement, ne veut pas dire que la personne est surendettée (2). S'agissant du surendettement mieux vaut ne pas se tromper, difficultés financières ne veut pas forcément dire qu'il y a matière à faire intervenir la commission. Ce que nous souhaitons rappeler, c'est que le chiffre à retenir n'est pas le nombre de dépôt de dossiers mais uniquement le nombre de dossiers recevables. Ce qui fait au bas mot 20 % de dossiers en moins.

1 Voir note d'information n° 119 de la Banque de France « Le surendettement des particuliers », juin 2000, actualisation août 2001.

2 Voir infra.

Ainsi nous pouvons affirmer qu'il n'y a en rien une explosion des situations de surendettement comme l'évolution de la courbe des dossiers déposés peut le faire penser. Par contre, aux vues de l'évolution des dossiers recevables en la procédure, il est possible d'y sentir un mouvement plus fort et constant, indépendant de tout événement inattendu qui pourrait expliquer une hausse brutale du nombre de personnes surendettées. Cette tendance est d'ailleurs bien plus inquiétante.

L'urgence sociale ( 1 ) qui avait motivé l'adoption de la loi Neiertz s'est donc transformée en fait social.

Les dernières études disponibles ( 2 ) confirment bien cet état car il en ressort une permanence dans les grandes tendances notamment s'agissant du profil des personnes surendettées.

Ce qui est pourtant notable c'est la confirmation d'un fait : le surendettement est d'avantage lié à un accident de la vie plutôt qu'à une consommation déraisonnable du crédit. Une première étude en 2001 avait montré une répartition d'environ 64 % de surendettement passif pour 36 % d'actif. Le phénomène a, en trois années, pour ainsi dire explosé, atteignant une proportion de 73/27 ( 3 ).

Rappelons que le surendettement actif est constitué par un excès d'encours de crédits, d'une mauvaise gestion, d'un logement trop onéreux ou encore d'un excès de charges. Le surendettement passif quant à lui est lié à un licenciement, au chômage ( 4 ), à une séparation, à un divorce, à la maladie, à un accident, à une baisse de ressources ou un décès. Le surendettement passif revêt donc un caractère soudain.

Il en ressort une question de fond : comment prévenir un surendettement passif qui, par nature, n'est que très peu prévisible ?

A ce jour aucune réponse n'y est apportée.

## **B. Le profil type de la personne surendettée**

Le surendettement touche une multitude de personnes dans des situations différentes, voire opposées. Aux deux extrêmes nous trouvons des personnes aux revenus très modestes et celles qui ont des revenus et des capacités de remboursement importantes. Tout n'est en réalité qu'une question de train de vie.

Il est cependant possible, grâce aux études statistiques, de dresser un portrait type de la personne surendettée qui, au besoin, pourra nous servir de référence dans nos développements ultérieurs.

Une personne surendettée de nos jours, est une personne vivant seule, entre 35 et 54 ans, avec au minimum une personne à charge, employée ou ouvrière, locataire, sans épargne, possédant environ 6 crédits à la consommation, ayant un revenu ( 5 ) supérieur au RMI et inférieur ou égal à 1500€ ( 6 ) et une capacité de remboursement inférieure au RMI ( 7 ).

En d'autres termes, le surendettement touche principalement les foyers modestes, voire des classes moyennes.

---

1 Voir Gilles PAISANT, *La réforme de la procédure de traitement des situations de surendettement par la loi n° 95-125 du 8 février 1995*.

2 Voir les publications de la Banque de France.

3 Voir *Enquête typologique 2004 sur le surendettement*, Banque de France, septembre 2005.

4 Non indemnisé souvent.

5 Pour le foyer.

6 Rappelons qu'une étude vient de déterminer que le salaire moyen en France est de 1500€. Une personne dont les revenus dépassent 2200€ est considérée comme une personne aisée.

7 Voir enquête de 2004.

## II. LA PROCEDURE DU SURENDETTEMENT

L'objet de notre chronique n'étant pas de refaire l'histoire de l'évolution législative du traitement des situations de surendettement des particuliers, notre propos sera limité à un rappel concis et pratique de ce qu'est la procédure de surendettement aujourd'hui.

Nous allons détailler les deux types de procédures, celle la plus rapide, la procédure amiable (**A**), et celles plus longues, les procédures faisant appel au juge de l'exécution (**B**). Indépendamment de cela, nous envisagerons les procédures qui ont pour conséquences soit de rallonger encore plus le délai de traitement des dossiers, soit d'y mettre un terme (**C**).

### A. Le traitement amiable du surendettement

Cette phase ne se fait que devant et par la commission de surendettement. Elle est la plus courte, ou devrions-nous dire la moins longue. Il s'agit de la phase amiable créée par la loi « Neiertz » du n° 89-1010 du 31 décembre 1989( 1 ), et adaptée à la forme que l'on connaît aujourd'hui par les lois n° 95-125 du 8 février 1995 ( 2 ), du 29 juillet 1998 ( 3 ), et celle n° 2003-710 du 1<sup>er</sup> août 2003 ( 4 ).

Selon le dispositif législatif en vigueur, tout part de la saisine de la commission de surendettement du lieu de résidence du débiteur ( 5 ). Un débiteur jugeant sa situation obérée va procéder au dépôt d'un dossier, à l'instar du dépôt de bilan en matière de procédures collectives pour les entreprises, dit de surendettement ( 1 ).

#### 1. Le dépôt du dossier de surendettement

Ce dépôt n'a en aucun cas valeur de recevabilité et n'accorde au débiteur aucun droit d'arrêter le remboursement de ses crédits. Pour autant, il a comme conséquence la saisine de la commission de surendettement et, en pratique, l'information aux créanciers d'une situation, non de surendettement car celle-ci est à vérifier par la commission, mais financièrement délicate. Pour que cette saisine soit valable, il faut que le ou les débiteurs, rendent leur dossier complet sans omettre tous les éléments d'actif et de passif et plus généralement toute information pouvant apporter une clarification sur la situation sociale et financière du ou des débiteurs. Un dépôt de dossier incomplet rend le débiteur irrecevable en la procédure ( 6 ). Irrecevabilité qui, dans les faits, est assez rare, tout au plus le débiteur sera invité à compléter son dossier avant que son dépôt ne soit pris en compte.

Une fois le dossier complet déposé, le débiteur reçoit une attestation de dépôt. Le texte prévoit que la commission informe également les créanciers par l'envoi d'une lettre simple. En pratique ceci n'est pour ainsi dire jamais fait, l'information provient la plupart du temps du débiteur qui envoie des copies de son attestation aux créanciers. Les créanciers sont alors au courant, et seulement à ce moment là, si le débiteur ne les a pas informés auparavant de sa situation, de l'état possible de surendettement de leur débiteur. Cela peut d'ailleurs donner lieu à des situations renversantes.

Un organisme de crédit par exemple, sans domiciliation de revenus possible, un « bon client », sans incident de paiement, sans même un rejet de prélèvement régularisé, et sans fichage au fichier national des incidents de paiements caractérisés (FICP) jusqu'alors ( 7 ), donc potentiellement finançable, peut apprendre le surendettement de son client uniquement par la recevabilité, ou l'irrecevabilité, de celui-ci en la procédure si le client ne l'informe pas de son dépôt.

1 Voir JCP 1990, éd. G, III, 63451.

2 Voir Guy RAYMOND, *Le surendettement des particuliers et des familles après la réforme du 8 février 1995*, Contrats-Concurrence-Cosommation, Mars 1995, Chronique 3.

3 Voir Anne SINAY-CITERMAN, *La réforme du surendettement. Les innovations de la loi du 29 juillet 1998 relative à la lutte contre l'exclusion*, JCP éd. G. 1999, I, n° 106, p. 195.

4 Voir Nathalie COTE, *Le nouveau dispositif de traitement du surendettement des particuliers. Titre III de la loi n° 2003-710 du 1<sup>er</sup> août 2003*, JCP éd. G. 2003, I, n° 2003.

5 Il y a au minimum une commission de surendettement par département : Art. L331-1 du code de la consommation. L'addition de commissions dans un même département est possible mais doit être jugée nécessaire en fonction de la situation économique, sociale, géographique ou démographique dudit département : Art. R331-1 du code de la consommation.

6 Art. R331-7-3 du code de la consommation.

7 Le dépôt d'un dossier de surendettement entraîne automatiquement le fichage au FICP : Art. L332-2 du code de la consommation.

A noter que de la qualité du dossier de surendettement dépendra sa recevabilité.

## 2. La recevabilité du dossier de surendettement

A compter du dépôt, la commission dispose d'un délai de 6 mois pour instruire et orienter le dossier ( 1 ). En d'autres termes, elle dispose de cette période pour considérer le dossier recevable ou non en la procédure de surendettement et décider de son orientation, soit vers la procédure de redressement, soit vers la procédure de rétablissement personnel. A noter qu'au-delà des 6 mois les taux d'intérêts des crédits doivent être au taux légal, et au-delà de 9 mois d'instruction, le débiteur peut saisir le juge en demande de procédure de rétablissement personnelle ( 2 ).

En pratique le délai de 6 mois est respecté. La durée moyenne estimée est d'environ 2 à 3 mois.

Dans le cas d'une décision d'orientation vers une demande de procédure de rétablissement personnel, le juge de l'exécution retrouve entière compétence. Dans le cas contraire, celui qui nous intéresse actuellement, la procédure continue devant la commission.

Avant toute orientation, il faut que le dossier soit déclaré recevable. Pour cela il faut d'une part, que la personne soit dans l'impossibilité manifeste de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir (a) et qu'il soit de bonne foi (b).

### a. L'état de surendettement du débiteur

L'état de surendettement n'est pas apprécié uniquement au regard des dettes bancaires mais plus généralement tous les engagements souscrits envers un créancier ( 3 ). De même, les ressources sont appréciées de manière globale, ce qui inclut la possession d'un bien immobilier.

Si l'actif du débiteur dépasse son passif il n'y a donc pas lieu, en principe, d'accorder le bénéfice de la procédure de surendettement. Cela doit être tempéré car la possession d'un bien immobilier ne signifie pas que le débiteur peut faire face à ses engagements. C'est en cela d'ailleurs que la définition de l'état de surendettement est incomplète car si le débiteur possède un patrimoine dont il ne peut disposer rapidement, sa situation à ce moment là est celle de surendettement. En cela la définition proposée par ORC Macro nous paraît plus réaliste. Dans son étude, elle définit l'état de surendettement comme étant le fait qu'« une personne estime avoir des difficultés à rembourser sa dette, qu'il s'agisse d'une dette à la consommation ou d'un prêt hypothécaire » ( 4 ).

En tout état de cause, l'appréciation reste à la discrétion du juge ( 5 ).

### b. La bonne foi du débiteur

Conformément au droit commun, la bonne foi se présume ( 6 ) et le créancier qui conteste la bonne foi du débiteur doit en apporter la preuve ( 7 ) devant le juge. La commission n'est pas compétente pour apprécier la bonne foi du débiteur lors de la conclusion du contrat de prêt et le créancier ne peut faire valoir ses arguments que devant elle. La commission n'est uniquement compétente que pour apprécier la bonne foi des déclarations du débiteur ( 8 ) et selon l'article L.333-2 du code de la consommation n'est pas recevable en la procédure :

- « Toute personne qui aura sciemment fait de fausses déclarations ou remis des documents inexacts ;

---

1 Art. L331-3 et R331-8 dudit code.

2 Art. R332-5 dudit code.

3 Circ., 24 mars 1999, 2.2.

4 *Etude du problème de l'endettement du consommateur présenté à la Commission des Communautés européennes, Direction générale santé et protection des consommateurs, Octobre 2001.*

5 Cass. 1re civ., 22 oct. 1991, no 90-04.003, Bull. civ. I, no 278, p. 183.

6 Cass. 1re civ., 24 févr. 1993, no 92-04.045, Bull. civ. I, no 86, p. 56.

7 Cass. 1re civ., 8 juill. 1994, no 93-04.177, Contrats, conc., consom. 1994, no 240.

8 Rép. min. no 2898, JO AN Q. 17 sept. 1990, p. 4344.

- *Toute personne qui aura tenté de détourner ou de dissimuler, tout ou partie de ses biens ;*
- *Toute personne qui, sans l'accord de ses créanciers, de la commission ou du juge, aura aggravé son endettement en souscrivant de nouveaux emprunts ou aura procédé à des actes de disposition de son patrimoine pendant le déroulement de la procédure de traitement de la situation de surendettement ou de rétablissement personnel ou pendant l'exécution du plan ou des mesures de l'article L.331-7 ou de l'article L.331-7-1 »*

La jurisprudence sur la notion de bonne foi dans les situations de surendettement est importante mais le juge l'apprécie au cas par cas et selon les informations dont il dispose ( 1 ). En règle générale, les thèmes sont récurrents : les fausses déclarations lors de la signature du contrat de prêt, la connaissance par le débiteur de son état obéré durant l'obtention d'un prêt ou des dépenses superflues ( 2 ).

A noter que la notion de bonne foi est, malgré son rôle majeur en droit des contrats, dans les faits inconnus par les cocontractants, surtout des les contrats de consommation. Ainsi, le consommateur n'a qu'une idée très vague de ce qu'est son obligation de bonne foi lorsqu'il contracte un crédit. Bien souvent, les personnes mêmes irrecevables pour mauvaise foi ne comprennent pas cette notion et ne sont sûres que d'une chose c'est que tout ce qu'ils ont fait était nécessaire.

Le dossier étant recevable et l'orientation amiable étant envisagée, les créanciers en sont informés par lettre recommandée avec accusé réception et leur recours contre cette décision doit être introduit dans le délai de quinze jours à compter de la notification.

Le dossier instruit, les créanciers informés, la « conciliation » peut commencer.

### 3. La conciliation

Selon l'article L331-6 du code de la consommation, « *la commission a pour mission de concilier les parties en vue de l'élaboration d'un plan conventionnel de redressement approuvé par le débiteur et ses principaux créanciers* ».

Pour les tenants du maintien du principe du droit des obligations selon laquelle le contrat tient lieu de loi entre ceux qui l'on fait ( 3 ), il s'agit de la partie la plus acceptable de la procédure de surendettement car elle nécessite l'accord des deux parties signataires. En principe, la règle du droit des obligations est sauve car un contrat peut être modifié avec l'accord des parties.

Nous disons, en principe, car il ne faut pas se méprendre. En effet, on pourrait imaginer le code de la consommation comme invitant autour d'une table le débiteur, ses créanciers et la commission de surendettement par le biais du gestionnaire du dossier, faisant tour à tour des concessions afin d'arriver à un compromis acceptable par tous. Force est de constater que ce n'est qu'un rêve.

Les impératifs de rendement des commissions ( 4 ), leur surcharge de travail, les contraintes géographiques et de temps, rendent irréaliste une telle vision de la procédure ( 5 ). La pratique est bien moins conviviale.

La commission va proposer un aménagement ( 6 ) des dettes en fonction de la capacité de remboursement du débiteur ( 7 ). Cette proposition se fait par lettre simple ( 8 ) adressée au créancier qui doit l'accepter ou faire une autre proposition. Généralement, l'échange s'arrête ici. Soit la contre-proposition est acceptée et dans ce cas l'accord est trouvé, soit la proposition ne l'est pas et le dossier part

1 Cass. 1re civ., 5 janv. 2000, no 98-04.177, Rev. Lamy dr. aff. 2000, no 25, no 1574.

2 Quoique pour cette catégorie, l'usage des fonds d'un crédit revolving est difficile à justifier.

3 Voir pour la forme l'article 1134 du code civil.

4 Déjà soulevés en 1995 par Gilles PAISANT, *La réforme de la procédure de traitement des situations de surendettement par la loi n° 95-125 du 8 février 1995*, JCP éd. G. 1995, I, n° 3844.

5 La commission n'est pas un lieu de rencontre et de dialogue entre créanciers et débiteur comme pouvait le penser Guy RAYMOND, *Le surendettement des particuliers et des familles*, voir supra.

6 La commission peut proposer « *des mesures de report ou de rééchelonnement des paiements des dettes, de remise des dettes, de réduction ou de suppression du taux d'intérêt, de consolidation, de création ou de substitution de garantie* » Art. L. 331-6 al 2 du code de la consommation.

7 Voir sur le calcul du reste à vivre et donc de la capacité de remboursement, l'art. R331-15-1 du code de la consommation et la Circulaire du 24 mars 1999 *relative à la procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers, prise en application du Titre III du livre III du code de la consommation*, pour l'exemple.

8 Ou tout autre moyen de télécommunication : fax, email.

à l'échec. Dans certains cas heureusement, l'échec est évité par un ultime contact entre le gestionnaire de la commission de surendettement et le créancier. A noter, mais nous le reverrons, que l'échec peut être dû au comportement du débiteur.

La période de négociation peut être estimée à environ 2 mois. Ce délai est largement dépendant de l'activité de la commission mais également de la vitesse de réponse des créanciers.

Le plan négocié nous voilà au plan définitif.

#### **4. Le plan conventionnel de redressement**

Les parties ayant trouvé un accord, le plan de redressement du débiteur peut être entériné. Il faut pour cela que le débiteur accepte par écrit le plan et que celui-ci soit signé par le président de la commission de surendettement.

A noter qu'il peut être demandé au débiteur de se mettre en relation avec des associations de type UDAF pour aider à la mise en place et au respect du plan.

La procédure que nous venons de décrire est l'hypothèse la plus rapide et la plus courante. La plus rapide car elle ne nécessite qu'environ 5 à 6 mois et le plus courant car pour la période 1996 – 2000 elle représente 67 % des réaménagements ( 1 ).

#### **B. Le traitement judiciaire du surendettement**

Le juge de l'exécution trouve sa compétence dans les deux procédures que sont la phase d'après échec ( 1 ) et la procédure de rétablissement personnel ( 2 ).

Avant tout propos rappelons que, qui dit procédure judiciaire dit délais de procédure !

##### **1. La phase de recommandations**

Cette procédure a été créée par la loi de 1995. Elle est ouverte au débiteur qui n'a pu bénéficier du réaménagement amiable de ses dettes. Il doit pour cela saisir la commission en ce sens par une déclaration signée dans les quinze jours qui suivent la notification du constat de non accord ( 2 ).

La plupart du temps, l'échec émane d'un ou plusieurs créanciers qui refusent les propositions de réaménagement de la commission. Ce peut être également le fait du débiteur qui, jugeant que la proposition de réaménagement n'est pas adaptée à sa situation, ne l'accepte pas. Enfin, d'autres faits peuvent motiver un échec tel que la non réponse d'un créancier, ou du débiteur, à la proposition de plan.

Lorsque que la commission est saisie elle a pour mission d'élaborer, dans un délai de deux mois maximum, des mesures recommandées que le juge devra homologuer pour leur donner force exécutoire ( 3 ).

Ces mesures sont de deux ordres, celles que nous appellerons « ordinaires » et celles « extraordinaires ».

Les mesures recommandées « ordinaires » sont applicables lorsque le débiteur peut désintéresser ses créanciers sans que cela passe par un effacement partiel des dettes. Dans ce cas la commission peut recommander de :

- « 1o (L. no 98-657, 29 juill. 1998, art. 92, I) "rééchelonner, y compris, le cas échéant, en différant le paiement d'une partie des dettes", le paiement des dettes autres que fiscales, parafiscales ou envers les organismes de sécurité

---

1 Données Banque de France, note d'information n° 119, Juin 2000, actualisation Août 2001.

2 Cette notification s'effectue par lettre recommandée au débiteur et par lettre simple aux créanciers.

3 Art. L332-1 du code de la consommation.

sociale, sans que le délai de report ou de rééchelonnement puisse excéder "dix" ans ou la moitié de la durée de remboursement restant à courir des emprunts en cours ; en cas de déchéance du terme, le délai de report ou de rééchelonnement peut atteindre la moitié de la durée qui restait à courir avant la déchéance ;

- 2o décider que les paiements s'imputeront d'abord sur le capital ;
- 3o prescrire que les sommes correspondant aux échéances reportées ou rééchelonnées porteront intérêt à un taux réduit qui peut être inférieur au taux d'intérêt légal sur (L. no 98-657, 29 juill. 1998, art. 92, II) "proposition" spéciale et motivée et si la situation du débiteur l'exige ; (L. no 98-657, 29 juill. 1998, art. 92, II) "quelle que soit la durée du plan de redressement, le taux ne peut être supérieur au taux légal" ;
- 4o en cas de vente forcée du logement principal du débiteur, grevé d'une inscription bénéficiant à un établissement de crédit ayant fourni les sommes nécessaires à son acquisition, réduire, par (L. no 98-657, 29 juill. 1998, art. 92, II) "proposition" spéciale et motivée, le montant de la fraction des prêts immobiliers restant due aux établissements de crédit après la vente (L. no 98-657, 29 juill. 1998, art. 92, IV) "après imputation du prix de vente sur le capital restant dû", dans des proportions telles que son paiement assorti d'un rééchelonnement, soit compatible avec les ressources et les charges du débiteur. La même disposition est applicable en cas de vente amiable dont le principe, destiné à éviter une saisie immobilière, et les modalités ont été arrêtés d'un commun accord entre le débiteur et l'établissement de crédit » ( 1 ).

En 2004, la majorité des mesures recommandées s'exécutait sur une durée inférieure ou égale à cinq ans avec un taux d'intérêts applicable à zéro.

Lorsque la situation du débiteur est très obérée et que sa capacité de remboursement est faible, nulle ou négative, la commission peut recommander des mesures « extraordinaires ». Extraordinaires car ces mesures entraînent le dessaisissement du débiteur de la maîtrise de la procédure. La commission va alors recommander une période de moratoire ( 2 ) suivie d'un réexamen de la situation du débiteur sans que celui-ci n'ait de démarche à faire.

Pour que la commission de surendettement recommande ce type de procédure, il faut au préalable que constate l'insolvabilité du débiteur. Cette insolvabilité est constatée lorsque, « sans retenir son caractère irrémédiable, (...), l'absence de ressources ou de biens saisissables (ne permettent pas) d'apurer tout ou partie de ses dettes et rendant inapplicables les mesures prévues à l'article L.331-7 » ( 3 ).

A l'issue du moratoire, la commission réexamine la situation du débiteur et recommande à nouveau de nouvelles mesures recommandées qui peuvent être de deux ordres : soit la situation du débiteur s'est améliorée et les dispositions de l'article L.331-7 du code de la consommation peuvent s'appliquer, soit l'insolvabilité du débiteur demeure et dans ce cas la commission, qui ne peut prolonger la période de moratoire ( 4 ), recommande des mesures d'effacement total ou partiel des dettes ( 5 ).

Si le délai de deux ans de moratoire ne peut être dépassé, il arrive parfois que la durée soit très courte, de l'ordre d'un mois. Il y a alors un mois de moratoire puis le réexamen débouchant sur des mesures d'effacement des dettes ( 6 ).

Enfin, les deux articles peuvent être associés pour donner naissance à un plan sur 120 mois avec un abandon du solde des dettes à l'issue.

A noter que l'effacement des dettes, qui était marginale en 2001, a connue une forte progression pour atteindre 30 % des mesures recommandées en 2004.

Les mesures recommandées établies, la commission les notifie aux parties qui ont quinze jours pour le contester. S'il n'y a pas de contestation à l'issu de ce délai, la commission les transmet au juge de l'exécution pour qu'il leur confère force exécutoire ( 1 ).

---

1 C. consom., art. L. 331-7 ; Code Lamy droit économique 2005.

2 D'un maximum de deux années.

3 Art. L.331-7-1 du code de la consommation.

4 Circ., 24 mars 1999, 3.4.3.

5 Même les dettes fiscales.

6 Parfois même, il ne reste plus au débiteur qu'une dette symbolique comme devoir payer 5€ à tous les créanciers.

L'élaboration et l'homologation de mesures recommandées est une procédure beaucoup plus longue. En effet, nous pouvons estimer le délai d'attente pour obtenir l'homologation des mesures à environ quatre mois ce qui, compte tenu de toutes les étapes précédentes, donne un délai de traitement moyen de 10 à 12 mois.

## 2. La procédure de rétablissement personnel

La procédure de rétablissement est la procédure judiciaire du traitement des situations de surendettement par excellence, elle se déroule uniquement devant le juge de l'exécution qui en a toute la maîtrise. Cette procédure est une révolution sur le plan théorique et une évolution du droit sur le plan pratique. Sur le plan théorique, la loi n° 2003-710 du 1<sup>er</sup> août 2003 *d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine*, permet au juge de « rayer définitivement les obligations du débiteur » ( 2 ). Sur le plan pratique, il ne s'agit que du prolongement de la procédure de mesures recommandées dans le but d'éviter la période de moratoire, bien que, nous l'avons dit elle est parfois symbolique.

S'agissant de cette procédure plusieurs choses sont à dire. Tout d'abord, la force obligatoire des contrats y est complètement mise à l'écart, et nous pensons même que le législateur ne s'en est pas préoccupé tant le choix entre justice sociale et respect du droit est vite fait. Deuxièmement, cette procédure revêt un caractère en principe exceptionnel. Elle n'est ouverte que par l'impossibilité d'appliquer les autres dispositions du code de la consommation ( 3 ). Enfin, cette procédure est soumise à conditions.

La première des conditions est que bien sûr la situation du débiteur soit « irrémédiablement compromise ». Cette notion est assez vague et n'est jamais définie. Le juge, seul compétent pour apprécier la situation irrémédiablement compromise du débiteur ( 4 ), prend en compte un ensemble de critères tels que l'âge ( 5 ), la situation familiale, professionnelle et sociale. Selon l'avis du Conseil économique et social du 11 juin 2003 la situation irrémédiablement compromise est caractérisée par « une impossibilité prévisible de retour à meilleure fortune dans un avenir proche » ( 6 ).

La deuxième condition est que le débiteur soit de bonne foi. Sur ce point nous vous renvoyons aux développements consacrés à la bonne foi dans la procédure, en général, du traitement des situations de surendettement.

Enfin, il faut l'accord du débiteur. En effet, une fois la décision d'orientation vers la procédure de rétablissement personnel prise par la commission, l'accord du débiteur est nécessaire ( 7 ). A noter que la décision d'orientation vers une procédure de rétablissement personnel peut être prise à différents moments : lors de l'instruction, en cours d'exécution des mesures recommandées ou du plan et à l'occasion des recours exercés devant le juge.

Une fois l'accord du débiteur obtenu, la procédure peut commencer. Le juge a deux mois pour convoquer le débiteur et ses créanciers pour que soit appréciée la situation du débiteur. A l'issue, le juge rend une décision d'ouverture de la procédure dans laquelle il motive sa décision ( 8 ), et désigne un mandataire pour établir le bilan économique et social du débiteur ( 9 ). A compter de la notification, les créanciers ont deux mois pour déclarer leur créance au mandataire ( 10 ), qui dispose d'un délai de quatre mois pour établir le bilan du débiteur et préconiser soit une liquidation, soit une clôture pour insuffisance d'actif.

---

1 Art. L332-1 du code de la consommation : « Le juge de l'exécution confère force exécutoire aux mesures recommandées par la commission en application de l'article L. 331-7 et du premier alinéa de l'article L. 331-7-1 après en avoir vérifié la régularité, et aux mesures recommandées par la commission en application du troisième alinéa de l'article L.331-7-1 après en avoir vérifié la régularité et le bien-fondé ».

2 Voir Nathalie COTE, *Le nouveau dispositif de traitement du surendettement des particuliers. Titre III de la loi n°2003-710 du 1<sup>er</sup> août 2003*, JCP éd. G 2003, I, 175.

3 Art. L.330-1 dudit code : « Lorsque le débiteur se trouve dans une situation irrémédiablement compromise caractérisée par l'impossibilité manifeste de mettre en œuvre des mesures de traitement visées au deuxième alinéa, il peut solliciter l'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel dans les conditions prévues au présent titre ».

4 Cass, civ 2<sup>e</sup>, 24 juin 2004, 02-04154.

5 TI Niort, 16 juin 2004.

6 Voir Nathalie COTE, supra.

7 Art. R. 331-10-1 du code de la consommation.

8 Cass, civ 2<sup>e</sup>, 8 juillet 2004, 02-16582.

9 Parfois le mandataire peut être le tribunal. Une économie de 200€ en frais de procédure n'est pas négligeable. Philippe FLORES, *La procédure de rétablissement personnel : un nouveau défi pour le juge de l'exécution*, Contrats-Concurrence-Consommation, avril 2005, Etude, P.7.

10 Article R. 332-15 et R. 332-16, du Code de la consommation.

S'agissant des délais de procédure, ils sont indicatifs, sauf en ce qui concerne le délai de déclaration des créances. Heureusement car les tribunaux ne respectent jamais les délais, ni le mandataire d'ailleurs. A aujourd'hui, il faut attendre en moyenne cinq mois pour obtenir la convocation au jugement d'ouverture de la procédure, environ neuf mois pour le bilan économique et social du mandataire, et encore trois mois pour le jugement soit de liquidation soit de clôture pour insuffisance d'actif. Parfois, ce délai de procédure est largement raccourci par le fait que la situation du débiteur est tellement obérée sans évolution possible que le juge de l'exécution en même temps que le jugement d'ouverture rend celui de clôture.

Nous venons de voir les deux procédures majeures qui font intervenir le juge de l'exécution. Il en existe plusieurs autres. Il y a d'un côté les recours et de l'autre la demande de vérification de créances et la demande de suspensions de poursuites.

### 3. Les procédures annexes

Elles sont annexes car peuvent intervenir à différents moments. Nous n'allons pas les détailler mais juste les relever et surtout relever qu'elles rallongent encore plus la procédure.

Il s'agit dans un premier temps du recours contre la décision de recevabilité ou d'irrecevabilité de la commission de surendettement. Ce recours, qui intervient devant le juge de l'exécution ( 1 ), est à l'initiative soit d'un créancier, qui considère pour diverses raisons que le créancier ne remplit pas les conditions d'accès au bénéfice de la procédure, soit du débiteur qui, ayant été jugé irrecevable, conteste cette décision.

Bien évidemment le juge tranchera en fonction de l'argumentation de la partie demanderesse et la décision de la commission sera soit infirmée soit confirmée. Ce qui est important, ce n'est pas la légitimité de ce genre de recours, mais plutôt leur conséquence. En effet, un recours prend au minimum quatre mois pour être traité par le juge ( 2 ).

Dans un deuxième temps, une fois le dossier recevable, la commission peut demander une vérification de créance ainsi que la suspension provisoire des procédures civiles d'exécution. Cette suspension est au maximum d'un an et prend fin en tout état cause au moment de l'adoption des mesures de redressement ( 3 ).

Enfin, le juge peut, à la suite de mesures recommandées, être saisi de contestation de mesures recommandées ( 4 ). En général, il s'agit d'un créancier qui considère que les mesures recommandées par la commission ne sont pas adaptées à la situation du débiteur qui n'a pas, par exemple, à bénéficier d'une mesure d'effacement de la dette.

Voici en bref, la procédure judiciaire du traitement des situations de surendettement des particuliers. Si l'on s'attache uniquement au résultat, nous pouvons considérer que ce traitement est assez efficace. Si au contraire, on s'attache à la procédure, cela devient beaucoup moins certains. La première raison est que la procédure judiciaire relève une incohérence de fond du législateur. Le juge, et plus généralement les tribunaux, ne cessent d'être engorgés par les procédures. Eviter une augmentation des dossiers à traiter aurait dû être le leitmotiv de toutes les législations, à l'instar de la loi de 1995 qui, constatant le succès de la procédure de surendettement et le travail des tribunaux, avait soulagé ceux-ci et confié la majeure partie de la procédure aux commissions départementales de surendettement. Bien au contraire, la loi de 2003 a redonné au juge une place centrale mais également une surcharge de dossier dont il se serait peut-être bien passé.

La conséquence, nous l'avons vu, est le délai de traitement, et par voie de conséquences une qualité d'étude des dossiers qui aurait pu être encore meilleure.

---

1 Cass. avis, 27 avr. 2000, no 02-00005, Bull. avis, no 3, p. 3.

2 Et parfois beaucoup plus.

3 Art. L.331-5 du code de la consommation.

4 Art. L. 332-2 dudit code.

La deuxième incohérence est de forme. La loi de 2003 a comme inspiration de régler au plus vite les situations de surendettement irrémédiablement compromise. Est-ce qu'un délai de traitement de plus de douze mois est efficient ? Nous ne le pensons pas. D'autant plus que l'évaluation de la situation d'un débiteur ne nécessite pas une telle lenteur. La plupart du temps les débiteurs engagés dans la procédure de rétablissement personnel n'ont que des ressources minimales, sans biens saisissables et dans des situations personnelles et professionnelles non susceptibles d'évoluer, mais au contraire ont des besoins importants et urgents.

Plus généralement, que l'on se place dans la procédure amiable ou judiciaire, la durée de traitement des dossiers du surendettement est au cœur de la problématique de la procédure de surendettement des particuliers. Pour autant une augmentation des effectifs n'est pas à envisager tant les coûts de fonctionnement en seraient augmentés et incohérents avec les tentatives de diminution des dépenses publiques. De fait, la seule chose qui s'avère envisageable, c'est la prévention.

### **III. REFLEXIONS TENDANT À L'AMELIORATION DE LA PREVENTION ET DU TRAITEMENT DU SURENDETTEMENT**

Les développements qui vont suivre vont s'organiser autour de trois thèmes : la prévention (A), le traitement (B) et une réflexion sur la forclusion (C).

#### **A. La prévention des situations de surendettement**

Nous avons eu l'occasion de constater que le problème du surendettement de nos jours est largement alimenté par celui des « accidents de la vie ». Dès lors, pour ce genre de cas la création d'un fichier central des encours de crédits, évoquée de nombreuses fois mais jamais mise en place, n'aurait qu'une efficacité marginale. Pour autant, l'existence d'un tel fichier aiderait sans nul doute à la prévention du surendettement actif ( 2 ). Ainsi la question reste posée. Que faire pour prévenir le risque de surendettement passif ? ( 1 ).

##### **1. La prévention du surendettement passif**

Comment couvrir un risque qui par définition n'existe pas encore lors de l'ouverture de la ligne de crédit ? La solution serait peut-être de permettre au gens de s'informer et de mieux anticiper les risques d'aujourd'hui.

Nous avons eu l'occasion de voir que la majeure partie des personnes surendettées est constituée de personnes modestes qui ne sont pas coutumier des rapports avec les banques et sociétés de crédits. Lorsque le besoin s'en fait sentir, soit qu'il soit réel, par exemple le besoin d'investir dans des biens d'équipements, soit qu'il ne ressorte que d'une envie de consommer ( 1 ), les personnes touchées par le surendettement passif ont établi leur budget en fonction de leurs ressources du moment et, à ce titre, ont déterminé une part de leurs ressources propre au remboursement de leur crédit. La plupart du temps, ils vont donc se tourner vers leur banque, ou société de crédit, qui vont leur proposer des mensualités que les clients vont juger adaptées à leur capacité de remboursement et vont souvent se diriger vers le système de crédit renouvelable, qui rappelle le, a des conditions d'octroi beaucoup moins lourdes que, par exemple, les crédits affectés. A ce moment précis ils ne vont pas du tout, ou marginalement, prendre en compte ni le taux d'intérêt pratiqué ni le fait qu'à un moment ou à un autre cette réserve d'argent peut, en cas d'incident de remboursement, leur être suspendue, ni d'ailleurs anticiper des changements familiaux, sociaux ou financiers. Ces clients vont alors s'engager sur une durée d'engagement très longue s'ils s'en tiennent à un remboursement minimum et ainsi prendre le risque qu'un imprévu vienne fragiliser, voire bouleverser, leur équilibre financier. Le risque est d'autant plus grand que la réserve d'argent peut être très élevée ( 2 ).

---

1 Ce qui complètement naturelle.

2 Plus de 10 000€ parfois.

La première des solutions serait alors une information, voire une éducation, s'agissant de l'utilisation des crédits renouvelables. Cette information pourrait très bien se doubler d'une limite dans le montant de la réserve disponible.

En effet, le fonctionnement d'un crédit revolving n'a rien à voir avec celui d'un crédit amortissable et c'est bien souvent cette méconnaissance qui est source d'instabilité. La réserve doit être reconstituée dans un laps de temps court. Dans ce cas, le client réduit de manière significative le coût du crédit et également le risque de changement de situation financière.

Attention l'existence du crédit renouvelable n'est pas à remettre en cause ( 1 ) car il répond à des besoins de consommation courante, ce qui est à revoir c'est l'utilisation que peut en faire les gens en raison d'un manque d'informations.

La deuxième des solutions serait le recours à l'assurance. En effet, il est dans la nature même de l'assurance que de pallier aux accidents de la vie. Globalement cette couverture existe mais demanderait à être généralisée. Chaque emprunteur se voit proposé, pour chaque crédit, la possibilité de souscrire à une assurance. C'est un coût mais également un gage de sécurité. Bien que la couverture ne soit jamais que partielle elle existe et devient de plus en plus souhaitable. Pourquoi ne pas établir un système de couverture globale des crédits ? Le débiteur pourrait en une seule cotisation, pour lui et/ou son conjoint, couvrir l'ensemble des risques de chômage, de maladie et de décès pour l'ensemble de ses crédits.

## **2. La création d'un fichier positif des encours de crédits**

La question n'est pas nouvelle et jusqu'à maintenant elle n'a jamais réussi à s'imposer.

Le dernier débat en date ( 2 ) a permis de remettre en lumière les différences de points de vue s'agissant de la création d'un tel fichier. Parmi les avantages de cette proposition se trouve, pour les organismes prêteurs, la possibilité de connaître la situation financière exacte du client qu'ils sont sur le point de financer ( 3 ). De même, cela éviterait le recours au « credit scoring », pratique élaborée par les établissements prêteurs pour évaluer la solvabilité et la finançabilité de leurs clients, actuels ou potentiels. A l'opposé ont été relevées des critiques contre cette proposition. Elles sont de trois ordres. Premièrement, le ministère de l'économie, des finances et de l'industrie a craint qu'un tel fichier entraîne une prudence excessive des prêteurs et que cela nuise à la consommation nationale. Deuxièmement, les établissements de crédit ont estimé qu'un fichier central faciliterait la pénétration du marché français par les sociétés de crédits étrangères, surtout européennes. Enfin, les associations de consommateurs ont redouté le détournement du fichier à des fins commerciales. Au surplus, le débat est largement limité en raison de l'avis défavorable du Comité consultatif du Conseil National du Crédit et du Titre qui, lors d'une étude en 2004, a émis un certain nombre de réserves quant à la création d'un tel fichier.

Bien que le rapporteur de la proposition de loi ait tenté de convaincre les plus réfractaires, cela n'a pas suffi et le fichier « positif » ( 4 ), n'a à ce jour pas vu le jour.

Une récente proposition de loi de Mme Muguette DINI, sénatrice du Rhône, a connu le même traitement. Cette proposition reprenait largement les développements du Rapport Lagarde s'agissant de la création du fichier positif mais n'a pas réussi à obtenir un accueil plus favorable ( 5 ).

A notre sens, il faut le déplorer car il aurait comme mérite de limiter au minimum le surendettement actif. De même, il aurait eu comme conséquence d'éviter les recours contre les décisions de recevabilité fondées sur la mauvaise foi du débiteur. Le traitement des situations de surendettement aurait donc gagné en efficacité mais également en prévention.

## **B. Le débiteur placé au centre du dispositif de traitement de surendettement**

---

1 Sur la légitimité du crédit revolving, voir Rapport Lagarde, n°2034 sur la proposition de loi « *Tendant à prévenir le surendettement* », Ass. Nat le 19 janvier 2005.

2 Voir le Rapport Lagarde, voir supra.

3 Par conséquent, ils ne pourraient se prévaloir de la mauvaise foi du débiteur et ne pourraient obtenir le recouvrement de leur créance dans le cas où ils financeraient quelqu'un ayant atteint son taux d'endettement maximum.

4 Pour le distinguer du FICP dit fichier « passif ».

5 voir *Proposition de loi adoptée par l'Assemblée Nationale, tendant à prévenir le surendettement*, source Internet, site du Sénat.

Les progrès à faire dans ce domaine sont de deux types. Tout d'abord, le surendettement connaît un déficit de compréhension par les débiteurs qui sont sur le point de déposer ( 1 ). Ensuite, un aménagement des dispositions législatives est nécessaire pour la prise en compte des codébiteurs ( 2 ).

## 1. Le problème de l'exclusion des personnes surendettées

Tout le monde s'accorde à dire que la personne surendettée est en situation d'exclusion sociale et économique. Souvent d'ailleurs les deux sont liées. Cette exclusion débute souvent bien avant le dépôt de dossier de surendettement et ne se termine parfois jamais. Le plus inquiétant est que cette exclusion existe également pendant la procédure de surendettement.

L'exclusion est sociale tout d'abord. Les personnes surendettées sont pour la plupart perdues. Elles sont en situation d'impayés chez la plupart de leurs créanciers, elles sont donc en procédure de recouvrement et ne peuvent plus rien faire dans la mesure où elles viennent de se rendre compte qu'elles ne peuvent plus assumer leurs obligations contractuelles. A ce moment, elle se retourne vers la Banque de France sans parfois savoir ce qu'est réellement la procédure de surendettement. Cela donne parfois des situations anecdotiques, le débiteur croyant que la Banque de France va lui effacer ses dettes, ou encore qu'elle va les payer à sa place ou enfin que la Banque de France est une sorte d'organisme de courtage prenant au passage une petite commission....Cela pourrait prêter à rire si cela ne reflétait pas une totale méconnaissance du système. Autre exemple, les débiteurs qui déposent sont parfois convaincu que les créanciers ne peuvent rien leur demander dès lors qu'ils viennent de déposer un dossier à la commission ( 1 ).

Le surendettement souffre à coup sûr d'un excès de mauvaise communication. Bien évidemment, certains débiteurs sont au courant des tenants et aboutissants et savent exactement ce qu'ils ont à faire ou à ne pas faire ( 2 ). Mais force est de constater qu'une communication claire et détaillée aurait le mérite de mettre tous les débiteurs en possession du minimum d'informations pour suivre leur procédure dans de bonnes conditions.

Notre exemple du dépôt peut être appliqué à tous les stades de la procédure. Le débiteur reste parfois perdu tout au long du traitement de son dossier.

L'exclusion est également économique. Bien évidemment, elle est assez compréhensive durant la procédure et jusqu'à la fin de son plan. S'agissant de la période suivante, elle est plus contestable. A l'heure actuelle, un débiteur qui a fait l'objet d'une procédure de surendettement et qui a remboursé ses dettes, ne sera jamais finançable chez ses anciens créanciers, le risque étant considéré comme trop important. Pour autant, n'a-t-il pas droit à une autre chance ?

Sur le plan pratique, la réponse est oui. Comment peut-on envisager une vie sans acheter à tempérament ? Pour autant peut-on laisser des personnes fragilisées reproduire les erreurs du passé ? La réponse, à notre sens, est non. La question de l'existence d'un fichier centralisé y regagne ici un intérêt certain. Remettre une personne dans le circuit de consommation répond à coup sûr à une logique sociale, économique et juridique ( 3 ). Un tel fichier devra cependant prendre en considération le fait qu'au-delà du surendettement actif demeure le risque de surendettement passif.

## 2. La situation du codébiteur

Le code de la consommation n'a pas prévu le cas du codébiteur de la personne qui dépose un dossier de surendettement. Cette hypothèse crée pourtant nombre de situations délicates si bien que le Rapport Lagarde en 2005 y a consacré quelques remarques.

---

1 Bien que l'information contraire leur soit communiquée par la commission lors du dépôt.

2 Par exemple, tenter de se financer alors que la procédure est en ouverte.

3 Par le fait que le créancier aurait une vision globale de la situation de la personne et pourrait s'assurer qu'il est en mesure de respecter ses engagements.

Il arrive souvent qu'un couple ait contracté un crédit ( 1 ) et que lors du divorce ou de la séparation celui-ci ait reparti les dettes ( 2 ). La personne « libérée » du paiement des échéances a parfois la mauvaise surprise, plusieurs années après, d'apprendre que la dette existe toujours et qu'en plus le créancier lui demande le remboursement du fait de la situation de surendettement de son ex-conjoint. Bien évidemment, il est censé avoir été averti des incidents de remboursements, mais que faire quand la personne n'est plus joignable car a changé de nom et d'adresse. Sa réaction ne se fera la plupart du temps que lorsqu'elle souhaitera emprunter et que cela lui sera refusé en raison du fichage.

Ce cas de figure cause une déstabilisation de la situation financière du codébiteur et parfois des dépôts de dossiers de surendettement à la chaîne.

### C. Le problème de la forclusion

En matière de contentieux du crédit à la consommation, le délai pour agir est de deux ans. Ainsi, l'article L. 311-37 al 1<sup>er</sup> du code dispose que :

*« Le tribunal d'instance connaît des litiges nés de l'application du présent chapitre. Les actions en paiement engagées devant lui à l'occasion de la défaillance de l'emprunteur doivent être formées dans les deux ans de l'événement qui leur a donné naissance à peine de forclusion ».*

En matière de crédit renouvelable ( 3 ), le point de départ de ce délai est le premier incident de remboursement non régularisé ( 4 ) même pour les personnes qui font l'objet d'une procédure de surendettement.

En d'autres termes, le délai de forclusion continue à courir même après que le débiteur ait saisi la commission ( 5 ) et ne s'interrompt qu'à la suite de la saisine du débiteur en vue d'obtenir l'adoption de mesures recommandées ( 6 ). A la suite de l'adoption des mesures de réaménagement, les incidents de remboursements sont considérés comme régularisés et la forclusion recommence à courir à la suite du premier incident de remboursement ( 7 ), même si le plan devient caduc ( 8 ).

De fait, un problème de fond est à relever. Un débiteur surendetté n'est pas un débiteur comme les autres et imposer aux établissements prêteurs le même délai pour agir est un non sens. En effet, nous avons trop tendance à croire qu'une fois le plan de réaménagement établi, le débiteur retrouve une stabilité financière durable. Loin sans faux, le nouvel équilibre est instable et un incident de remboursement est très probable sans qu'une régularisation soit toujours possible. Que faire alors ? Saisir le tribunal ? La réponse ne serait pas adaptée et cela n'est fait qu'après un certain nombre d'impayés. Pour autant, les établissements ne peuvent se permettre de prendre le risque de patienter trop longtemps au risque de se voir opposer une fin de non recevoir.

Dès lors, nous ne pouvons que souhaiter une évolution des règles du droit de la consommation prenant en considération la nature particulière des débiteurs surendettés. Une évolution plus favorable dans les conditions de la forclusion ne pourrait qu'être favorable aux débiteurs qui, bien qu'ayant bénéficié d'un plan de réaménagement, ont besoin d'un accompagnement quotidien et adapté afin que le plan soit viable.

---

1 Nous passons les cas où un seul est signataire et que l'autre soit automatiquement solidaire de la dette, ou encore les cas de faux en signature.

2 Voir sur les conséquences d'une séparation ou un divorce sur la solidarité de la dette : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 déc. 1993, nos 92-04.215 et 93-04.004, Bull. civ. I, no 381, p. 265, JCP éd. G 1994, IV, no 531, p. 68

3 80% des dossiers de surendettement comportent des crédits renouvelables.

4 Cass. ass. plén., 6 juin 2003, no 01-12.453, Bull. civ. ass. plén., no 6, p. 15, Rapp.

5 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 16 déc. 1992, no 91-04.152, Bull. civ. I, no 318, p. 209.

6 C. consom., art. L. 331-7 in fine ; cf. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 mai 1999, no 97-04.127, Rev. Lamy dr. aff. 1999, no 19, no 1207, obs. Storrer P.

7 C. consom., art. L. 311-37, al. 2

8 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 nov. 1999, no 97-18.356, Rev. Lamy dr. aff. 2000, no 24, no 1502, obs. Storrer P.

## II. – Jurisprudence

---

### A. – DROIT INTERNE DE LA CONSOMMATION

#### 1. – Généralités

(...)

#### 2. – Formation des contrats de consommation

##### *a. – Information des consommateurs*

#### 2) Publicité

Par **Frédéric Nadaud**

Doctorant (CDCM)

Chargé de Travaux Dirigés, Université de Perpignan

#### **Champ d'application de la publicité comparative : précisions sur les méthodes de comparaison des assortiments de produits par les juges français et communautaire**

Saisie d'une question préjudicielle, la Cour de justice des communautés européennes a précisé dans un arrêt en date du 19 septembre 2006 (1), les conditions de licéité d'une publicité qui consistait à comparer des assortiments de produits commercialisés par deux chaînes de magasins concurrentes.

Le juge communautaire rappelle que la condition de licéité de la publicité comparative est posée par l'article 3 bis, § 1, sous b), de la directive du 10 septembre 1984 (2) en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, telle que modifiée en 1997 (3). Selon la Cour, elle doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à ce qu'une publicité comparative porte collectivement sur des assortiments de produits de consommation courante commercialisés par deux chaînes de grands magasins concurrentes pour autant que lesdits assortiments soient constitués, de part et d'autre, de produits individuels qui, envisagés par paires, satisfont individuellement à l'exigence de comparabilité que pose cette disposition.

Or en l'espèce, seul un échantillon de produits était concerné par la comparaison. En outre, les méthodes de comparaison n'étaient pas identifiées et la référence collective à une fourchette d'économies ne permettait pas d'individualiser le niveau général des prix pratiqués respectivement par chacun des concurrents. Ainsi, la Cour de justice des communautés européennes a considéré que la publicité comparative en cause était illicite en ce qu'elle était trompeuse.

En France, le 23 mai dernier la Cour d'appel de Dijon a condamné le groupe « Carrefour » pour publicité comparative trompeuse. Cette enseigne avait mené une campagne d'affichage comparant le prix de ses propres produits avec ceux de ses concurrents, « Lidl » et « Leader Price ». Or, selon les juges du fond, la comparaison portait uniquement sur le prix total des caddies sans tenir compte de la composition intrinsèque des produits et de leur qualité. De plus, la Cour a considéré que dans la mesure où le distributeur avait retiré des caddies, à la demande de ses concurrents, deux des produits comparés, il avait reconnu implicitement le caractère trompeur de la publicité. Le groupe « Carrefour » a dès lors été condamné à verser à la société « Leader Price » (4) 10.000 € de dommages et intérêts, ainsi qu'à la publication de la décision à ses frais dans la presse écrite locale.

#### **Indifférence du support en matière de publicité en faveur du tabac**

Par un arrêt de la Cour de cassation en date du 26 septembre 2006 (5), des illustrations apposées sur des paquets de cigarettes ont été jugées illicites au regard de la prohibition de la publicité en faveur du tabac prévue par le Code de la santé publique (6).

---

1 CJCE, gr. ch., 19 sept. 2006, aff. C-356/04, Lidl Belgium GmbH & Co KG / Ets Franz Colruyt NV.

2 Directive n° 84/450/CEE du Conseil en date du 10 septembre 1984.

3 Directive n° 97/55/CE du Conseil en date du 6 octobre 1997.

4 Elle seule ayant poursuivie « Carrefour ».

5 Cass. Crim., 26 sept. 2006, pourvoi n° 05-87.681.

6 Article L. 3511-3 du Code de la santé publique.

En l'espèce, la société « Gauloise » avait procédé à la mise en vente d'une gamme de quinze paquets de cigarettes, illustrés différemment par la représentation d'une mascotte ailée dans des situations imaginaires qui évoquaient le voyage, les animaux et la musique. Les juges de la Haute Cour ont considéré que, de part leur diversité et leur caractère attrayant, ces emballages pouvaient inciter les consommateurs et plus particulièrement les jeunes à les collectionner afin d'obtenir la série complète. La Cour de cassation a ainsi confirmé sa position dernièrement retenue dans une affaire semblable (1) et a réaffirmé que la publicité en faveur du tabac était illicite quel que soit le support utilisé.

#### **b. – Pratiques commerciales et contractuelles**

#### **Application de la règle de l'interprétation favorable au cocontractant le plus faible** *Civ. 2<sup>ème</sup>, 13 juillet 2006, n° 05-18104*

L'article L. 133-2 du Code de la consommation dispose que *"les clause des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible. Elles s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel"*, en droit commun une telle protection est relayée par l'article 1162 du Code civil, cet arrêt du 13 juillet dernier (2) constitue une application stricte de telles règles protectrices. Un contrat d'assurance de groupe est souscrit en 1993 par une société aux fins de garantir à son président-directeur général le versement d'un capital en cas de décès et d'invalidité permanente et totale, le contrat stipulant une garantie doublant le capital en cas d'accident *"si le décès ou l'invalidité permanente et totale de la personne assurée résulte d'un accident et s'il survient immédiatement ou dans les douze mois suivant le jour de l'accident..."*.

M. X..., atteint à la suite d'un accident, survenu le 26 février 1999, d'une invalidité permanente et totale, a demandé à bénéficier du capital supplémentaire, l'assureur s'y est opposé au motif que *« l'attribution de la majoration pour tierce personne, nécessaire à caractériser l'état d'invalidité totale au sens du contrat, ne lui ayant été accordée avec effet rétroactif qu'à compter du 15 février 2001, la condition selon laquelle l'invalidité devait survenir dans les douze mois suivant l'accident n'était pas remplie »*. Selon les termes de leurs pourvois, M. X et la société signataire du contrat d'assurances de groupe faisaient valoir que la condition de délai ne concernait que le risque décès et non le risque invalidité permanente.

Les juges du fond avaient rejeté leurs demandes en considérant que *« la formulation de la clause litigieuse est grammaticalement correcte, l'utilisation de la conjonction "ou" réunissant des sujets au singulier autorisant que le verbe soit singulier ou pluriel et que la clause ne présente pas un caractère ambigu justifiant une interprétation favorable au consommateur et au non-professionnel »*, ils ont alors conclu qu'en l'espèce *« le bénéficiaire ayant été déclaré en invalidité totale à compter du 15 octobre 2000 et s'étant vu allouer une indemnité pour l'assistance d'une tierce personne à effet du 15 février 2001, alors que l'accident était survenu le 26 février 1999, il ne pouvait bénéficier du doublement du capital »*.

La Cour de cassation va cependant adopter une position plus favorable à l'assuré et lui faire bénéficier de la règle d'interprétation plus souple, elle casse donc l'arrêt au visa de l'article L. 133-2, alinéa 2, du Code de la consommation : *"en statuant ainsi, alors que la clause litigieuse était ambiguë et qu'elle devait être interprétée dans le sens le plus favorable à l'assuré, ce qui excluait l'application du délai de douze mois à l'invalidité, la cour d'appel a violé le texte susvisé"*.

Plus largement une telle solution suscite selon le Professeur Raymond une interrogation plus large ; à savoir le champ d'application du Code de la consommation, même si la Cour de cassation n'est pas à sa première application de l'article L. 133-2 de ce code (3), l'auteur considère que cet arrêt *« se situe dans la mouvance qui interprétait la notion de consommateur par rapport à sa compétence dans la matière du contrat »* (4) alors qu'aujourd'hui le juge préfère déterminer le champ d'application du droit de la consommation par rapport au critère du lien direct avec l'activité professionnelle.

1 Cass. Crim., 3 mai 2006, pourvoi n° 05-85.089.

2 Civ. 2<sup>ème</sup> 13 juillet 2006, n° 05-18104 ; Contrats, Conc. Consom. 2006 n° 10, comm. n° 209, obs. G. Raymond.

3 Précédents : Civ. 1<sup>ère</sup> 31 janv. 2003 ; Bull. civ. I, n°19 – D. 2003, 2600, note Claret – RTD com. 2003, p. 559, obs. Bouloc – RTD civ. 2003, p. 292, obs. Mestre et Fages.

4 Contrats, Conc. Consom. 2006 n° 10, comm. n° 209, obs. G. Raymond.

Il est vrai qu'en l'espèce l'on peut s'interroger sur la qualité de consommateur de l'assuré, un contrat de groupe souscrit au bénéfice d'un dirigeant social est-il un contrat de consommation ? Pour éviter une telle question, il suffisait à la Cour de cassation de limiter son visa aux articles du Code civil relatifs à l'interprétation du contrat.

**Céline Alcalde**  
*Allocataire-moniteur*  
Université Montpellier I

**Quand une association à but non lucratif tombe sous le coup de la réglementation en matière de démarchage à domicile : Cass. Crim., 26 sept. 2006 : Juris-Data n° 2006-035391**

L'article L. 121-21 du code de commerce pose deux conditions cumulatives pour l'application de la réglementation en vigueur en matière de démarchage à domicile : 1°) l'acte de démarchage doit avoir été pratiqué ou fait pratiquer par quiconque au domicile d'une personne physique, à sa résidence ou à son lieu de travail, même à sa demande ; 2°) l'acte de démarchage doit avoir pour but de proposer l'achat, la vente, la location, la location-vente ou la location avec option d'achat de biens ou la fourniture de services. Cette réglementation qui régit les relations entre professionnel et consommateur, impose un strict formalisme à respecter dans les contrats conclus dans un tel contexte. Le professionnel qui ne respecte pas ce formalisme s'expose à une peine d'emprisonnement d'un an et à une amende de 3750 euros ou à l'une de ces deux peines seulement en application de l'article L. 121-28 du code de la consommation.

En l'espèce, une association d'aide aux victimes d'accidents de la circulation se faisait connaître en exploitant les rubriques nécrologiques et les faits divers dans la presse locale et en adressant, au domicile des personnes intéressées, des courriers pour proposer ses services notamment l'information, l'assistance, la défense et le recours des accidentés de la circulation ou de leurs ayants droit. Le président de ladite association, se rendait au domicile des victimes d'accidents de la circulation pour d'une part leur faire signer un contrat dénommé « *convention d'assistance et de gestion* » assorti, soit d'une clause d'honoraires de résultats, soit d'une clause de « *don de participation* » et, d'autre part, percevoir par la même occasion le montant de la cotisation afférente à l'adhésion.

Poursuivi par citation directe pour infraction à la législation sur le démarchage à domicile, le président de l'association sera condamné pénalement et civilement par le tribunal correctionnel pour avoir 1°) démarché une personne à son domicile, 2°) remis un contrat ne comportant pas l'ensemble des modalités d'exercice de la faculté de rétractation, et 3°) exigé le paiement d'une somme avant l'expiration du délai de sept jours suivant la commande de l'engagement. Cette décision a été confirmée par la Cour d'appel de Rennes.

S'estimant lésé, le prévenu s'est pourvu en cassation en soulevant comme moyen unique de cassation : d'abord, la cotisation à une association ne s'assimilerait pas au démarchage au sens de l'article L. 121-21 du code de la consommation parce qu'elle serait « *exclusive de toute fourniture de service* » ; ensuite, « *la publicité faite par une association auprès de ses adhérents potentiels en vue de se faire connaître et de leur proposer une souscription* » ne saurait constituer un acte de démarchage qui dénote plutôt la poursuite d'un objectif essentiellement lucratif ; enfin, aux termes de l'article 1984 du code civil, le mandataire (le prévenu) ne peut engager sa responsabilité contractuelle personnelle vis-à-vis du mandant (les adhérents de l'association) qu'en cas d'inexécution de son obligation de conseil et de renseignement, et non pour avoir proposé de fournir un service dont la sollicitation serait soumise aux dispositions du code de la consommation.

La chambre criminelle de la Cour de Cassation dans son arrêt du 26 septembre 2006 va rejeter le pourvoi en estimant que la Cour d'Appel de Rennes avait légitimement justifié sa décision. Pour la Cour d'Appel, approuvée en cela par la Cour de Cassation, la législation sur le démarchage à domicile s'applique à l'espèce car il y a bien eu démarchage à domicile dès lors que le prévenu se rendait personnellement au domicile des personnes physiques et, qu'en outre, l'initiative de la visite avait pour but l'offre de services faite par l'association. En effet, les contrats proposaient bien la fourniture de services, à savoir l'aide et l'assistance pour l'obtention d'une indemnisation après un accident de la circulation. De ce fait, la réglementation en matière de démarchage à domicile devait s'appliquer à la cause, et le fait que ladite association soit à but non lucratif n'y change rien.

Dès lors, l'absence dans la « *convention d'assistance et de gestion* » de l'ensemble des modalités d'exercice de la faculté de rétractation et la réception par le prévenu du paiement d'une somme d'argent

avant l'expiration du délai de 7 jours suivant la commande étant contraire respectivement aux articles L. 121-24 et L. 121-25 du code de la consommation, les juges ne pouvaient qu'entrer en voie de condamnation contre le prévenu, appliquant ainsi l'article L. 121-28 du code de la consommation.

Cet arrêt de la chambre criminelle de la Cour de Cassation rappelle l'exigence du respect de la réglementation en matière de démarchage à domicile. Cette réglementation qui vise à protéger les consommateurs contre les pratiques pour le moins douteuses des professionnels, revêt un intérêt majeur.

**Olivier Noumowe D.**  
*Doctorant (CDCM)*

## **La place du programme de clémence en France, face à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles**

Le conseil de la concurrence a émis le 21 septembre 2006 un avis favorable à l'introduction en France de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles. A cette occasion, le conseil n'a pas manqué de soulever la nécessité de protéger les programmes de clémence comme une des précautions essentielles en cas d'introduction des actions de groupe en France.

En effet, le programme de clémence<sup>1</sup> permet - à travers l'incitation des membres d'une entente ou d'un cartel portant atteinte à la concurrence à avouer leur forfait et à dénoncer leurs complices - de détecter, de mettre à jour et de déstabiliser des ententes qui pourraient rester sans cela ignorées. Ce programme permet d'offrir à un contrevenant l'immunité totale ou partielle de la sanction qu'il encourt en raison de son comportement, en échange de la divulgation librement consentie, avant ou pendant la phase d'enquête, d'éléments de preuve relatifs à l'entente présumée répondant à des critères précis.<sup>2</sup> Ainsi, ledit programme joue un rôle central voire déterminant dans la détection et la sanction des ententes et cartels anticoncurrentiels. Il s'inspire fortement du programme de clémence communautaire adopté en 1996 et modifié en 2002.

Comme la France, plusieurs Etats membres ont intégré ce système dans leur législation interne. Dans une démarche d'harmonisation sans cesse croissante des législations au sein de la Communauté Européenne, les autorités européennes de la concurrence, réunies au sein du Réseau Européen de Concurrence (R.E.C.), se sont mises d'accord le 29 septembre 2006<sup>3</sup> pour adopter un programme modèle en matière de clémence<sup>4</sup>. Le but de ce programme modèle est de faciliter le traitement des demandes de clémence parallèles au sein de l'Union Européenne, afin d'établir un traitement unique auquel une entreprise qui demande la clémence peut s'attendre de la part de toute autorité membre du R.E.C.

Cette harmonisation des programmes de clémence dénote l'importance que les autorités de la concurrence leur attachent. C'est pourquoi, ils doivent être à tout égard préservés lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre toute réglementation pouvant nuire à son attractivité.

L'éventualité d'un effet négatif des actions de groupe sur le demandeur potentiel de clémence est indubitable. En effet, si ce dernier anticipe qu'une collaboration active avec les autorités de concurrence risque de conduire à une action civile individuelle ou collective, mais surtout peut permettre de faciliter l'aboutissement de ces actions à son détriment, alors il sera dissuadé de dénoncer sa pratique anticoncurrentielle devant les autorités de la concurrence. Dès lors, le conseil a jugé opportun de préciser dans son avis que « l'action privée doit être un complément positif à l'action publique, » pareillement, la mise en œuvre des actions privées ne devra pas se faire au détriment de l'efficacité des actions publiques de régulation de la concurrence.

Par conséquent, le conseil de la concurrence a émis des pistes pour limiter l'impact négatif que pourrait avoir l'action collective sur l'action publique. Pour le conseil, « il sera [...] nécessaire de garantir la confidentialité des déclarations faites par les entreprises demanderesse de la clémence devant les autorités de concurrence, afin qu'elles ne soient pas utilisées à d'autres fins. » Le conseil va ici s'inspirer de la législation communautaire en la matière pour proposer un droit pour l'autorité de la concurrence de refuser la communication de certaines pièces en relation avec les programmes de clémence, notamment les déclarations au soutien d'une demande de clémence.

1 Il a été introduit en France par la loi du 15 mai 2001 et figure à l'article L. 464-2 IV du code de commerce.

2 Cf. point 37 de la communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence.

3 Cf. Communiqué du conseil de la concurrence du 29 septembre 2006.

4 Ce programme de clémence modèle est le fruit d'un groupe de travail, co-présidé par le Conseil de la concurrence français et l'Office of Fair Trading britannique, qui a réuni pendant plus d'un an les experts des autorités de concurrence du réseau.

En fin de compte, le conseil de la concurrence a révélé sa volonté de voir l'action collective des consommateurs et celle publique destinée à réguler la concurrence, coexister dans une forme de lutte à l'unisson contre les pratiques anticoncurrentielles.

**Olivier Noumowe D.**  
*Doctorant (CDCM)*

### **3. – Contenu des contrats de consommation.**

#### **3) Clauses abusives**

*Par Sylvain Lafont*  
*ATER, Université Montpellier I*

#### **Un avis laconique mais clair**

*Cass. Avis. 10 juillet 2006*

Saisi pour avis par le Tribunal d'Instance de Paris 12<sup>ème</sup> conformément aux articles L. 151-1 et suivants du code de l'organisation judiciaire et 1031-1 du nouveau code de procédure civile, la Cour de cassation répute non écrite comme abusive, sur le fondement de l'article L. 132-1 du code de la consommation, la clause prévoyant l'augmentation du montant du crédit initial sans acceptation par l'emprunteur d'une nouvelle offre de crédit.

Cet avis se place donc dans la lignée jurisprudentielle actuelle qui consiste lutter contre l'excès de potestativité ou même tout simplement d'unilatéralisme dans les conventions des sociétés de financement et des consommateurs.

#### **Au sujet de l'interprétation favorable**

*Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 13 juillet 2006*

*« Si le décès ou l'invalidité permanente et totale de la personne assurée résulte d'un accident et s'il survient immédiatement ou dans les douze mois suivant le jour de l'accident, le versement du capital garanti sera doublé ».*

Telle est la disposition litigieuse dont a eut à connaître la Cour de Cassation dans un contrat d'assurance.

En 1993, une société souscrit un contrat d'assurance de groupe aux fins de garantir à son président directeur général le versement d'un capital en cas de décès et d'invalidité. A la suite d'un accident survenu le 26 février 1999, le PDG est atteint d'une invalidité totale à compter du 15 octobre 2000. L'assurance refuse alors de lui allouer le capital supplémentaire lui alléguant que la majoration pour tierce personne, condition nécessaire pour caractériser une invalidité totale selon les termes du contrat d'assurance ne lui a été accordée que le 15 février 2001 soit plus de 12 mois après l'accident ; qu'en ce sens, il ne peut plus demander le capital supplémentaire.

Pour obtenir le versement, la société et le PDG prétendent que la clause fixant la condition de délai ne concerne que le risque de décès et non le risque d'invalidité et que son style ambigu, quoique grammaticalement juste (en effet, l'emploi du « ou » autorise que le verbe soit au singulier ou au pluriel), ne permet pas une compréhension claire de la disposition contractuelle.

La cour, rappelant la lettre de l'article L. 132-2 alinéa 2 du code de la consommation selon laquelle les clauses des contrats proposés par des professionnels aux consommateurs en cas de doute s'interprètent dans le sens le plus favorable aux consommateurs, dans le même esprit que l'article 1162 du Code civil, considère ici la clause comme ambiguë et rejette donc le délai de douze mois. Comme quoi, il n'est pas toujours utile d'avoir la grammaire avec soi.

#### **De l'attraction du crédit à la consommation au détriment des clauses abusives quant la répartition de la compétence juridictionnelle**

*Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 12 octobre 2006*

La cour de Cassation vient de consacrer le pouvoir d'attraction du crédit à la consommation sur les modalités de répartition du contentieux entre le Tribunal d'Instance et le Tribunal de Grande Instance lorsque survient un litige relatif à une clause abusive dans une offre de crédit. Tout commence, lorsque une Fédération (la Fédération du logement, de la consommation et de l'environnement) assigne sa banque

aux fins d'obtenir notamment la suppression de clauses dans son modèle d'offre mais également la cessation d'une publicité portant sur des opérations de crédit devant le Tribunal d'Instance compétent, car aussitôt, la banque forme immédiatement un contredit en soulevant l'incompétence du TI au profit du TGI.

La banque prétend que la demande porte sur la suppression de clauses abusives et que l'article L. 421-6 ne prévoyant pas de privilège de juridiction en pareille circonstance, c'est donc le TGI avec sa plénitude de juridiction qui doit être compétent. Alors qu'une Cour d'Appel valide ce raisonnement, la Cour de Cassation casse cet arrêt d'appel au motif que le litige est né de l'application des dispositions légales en matière de crédit à la consommation. Par conséquent, le TI étant exclusivement compétent pour ces litiges, la compétence lui revient en application ensemble des articles L. 311-37 et L. 421-6 du Code de la consommation.

#### 4. – Exécution des contrats de consommation

##### *a. – Conformité des produits et des services*

Par **Céline Alcalde**

*Allocataire-moniteur*

*Université Montpellier I*

##### *i- Droit commun de la vente au consommateur*

#### 4) Garantie des vices cachés

##### **Vices cachés et contrôle technique du véhicule**

*CA Dijon, Ch. Civ. B, 11 juillet 2006, M. Curtenelle c. M. Gillis : n° Juris data : 2006-309338*

M. Curtenelle a acheté à M. Gillis un véhicule automobile d'occasion, suite à un rapport d'expertise amiable M. Curtenelle a pu constater de graves défauts malgré un aspect extérieur attrayant, ce véhicule avait subi de multiples chocs, il avait été ensuite réparé avec l'emploi de pièces d'occasion mal fixées, et enfin l'expert constata que le système électrique pouvait provoquer un incendie.

M. Gillis s'opposait à toute résolution de la vente aux motifs que ces défauts étaient visibles lors de la vente, et qu'en tout état de cause ils ne compromettaient pas l'usage normal du véhicule, le contrôle technique effectué ne mentionnait d'ailleurs pas ces divers dysfonctionnements.

Autrement dit, il s'agissait de savoir si le contrôle technique donnait un blanc seing au vendeur de véhicule automobile, la Cour d'appel de Dijon ne l'accepte logiquement pas, l'existence d'un vice caché suffit à déclarer recevable l'action du plaideur, et ce d'autant plus en l'espèce que de « *tels défauts cachés étant insoupçonnables au vu du procès-verbal de contrôle technique* ». Le vendeur n'est pas pour autant démuné de toute action récursoire, en effet il peut introduire une action visant à faire reconnaître la responsabilité du Centre de contrôle technique si le contrôle qu'il a opéré a été superficiel, bref si ce dernier a fait preuve d'une négligence fautive lors de l'opération.

La Cour de cassation a précisé quelques peu les contours d'une telle action en responsabilité des centres de contrôle technique au sein de son rapport pour l'année 2004, elle a rappelé que « *le contrôle technique a été rendu obligatoire par la loi n° 89-469 du 10 juillet 1989 pour tous les véhicules et que l'arrêté du 18 juin 1991 est venu cantonner la mission du contrôleur à la vérification d'un certain nombre de points limitativement énumérés, « l'objectif de cette réglementation étant de permettre la réalisation à grande échelle, d'opérations de contenu identique, simples et rapides »*. Elle a cependant décidé qu'ils ne peuvent effectuer « *un véritable diagnostic de dangerosité du véhicule et que leur responsabilité ne peut être calquée sur la responsabilité de plein droit pesant sur les garagistes* ». En conséquence, le centre de contrôle technique de véhicules agréé ne verra sa responsabilité engagée, « *en dehors de la mission définie par l'arrêté du 18 juin 1991, qu'en cas de négligence susceptible de mettre en cause la sécurité du véhicule* » (1)

---

1 Cass. 1re civ., 19 oct. 2004, n° 01-13.956, Bull. civ. I, n° 230

## Préjudice indemnisable et action récursoire

*Cass., 1<sup>ère</sup> civ., 26 sept. 2006, n° 05-19395*

Mme Y... a acheté à la société Agest, au prix de 80 000 francs (12 195,92 euros) un mobil home d'occasion qu'elle a revendu à ce même prix à M. X., constatant des vices cachés, ce dernier assigna Mme Y. en résolution de la vente. Mme Y. appela en garantie son vendeur en se fondant sur un défaut de conformité. La Cour d'appel de Pau prononça la résolution de la vente conclue entre M. X. et Mme Y. et condamna cette dernière à restituer à celui-ci la somme de 12 195,92 euros, et ordonna à M. X. de restituer le bien litigieux, la société Agest fut condamnée à relever et garantir Mme Y. de toutes les condamnations prononcées à son encontre, en ce compris celle qui correspondait à la restitution du prix.

La Cour de cassation, au visa de l'article 1644 du Code civil, cassa une telle décision aux motifs que « la restitution à laquelle un contractant est condamné à la suite de l'annulation ou de la résolution d'un contrat ne constitue pas par elle même un préjudice indemnisable ». La Haute Cour fait ici une stricte application des principes gouvernant l'action récursoire d'un vendeur intermédiaire contre son propre vendeur ; il peut être garanti pour toutes les condamnations aux paiements de dommages et intérêts qu'il a dû acquitter, mais il ne peut obtenir remboursement intégral du prix de la revente qu'il a dû restituer au sous acquéreur (1).

En effet, d'un strict point de vue procédural il n'a pas obtenu résolution de sa propre vente, il devra alors introduire une action visant précisément à l'obtenir. L'on objectera cependant à un tel rigorisme qu'il ne sert pas réellement les intérêts des plaideurs, et contribue à l'accroissement des actions judiciaires introduites sur des faits qui ont été en partie jugés.

### Brèves :

**CA Colmar, 3<sup>ème</sup> Ch. Civile, section A, 17 août 2006, M. Nogueira c/ M. Ott, n° Juris-Data : 2006-311501 :** M. Nogueira a acquis auprès de M. Ott, garagiste professionnel, un véhicule d'occasion qui présentait selon lui des défauts majeurs provenant d'une usure non conforme au kilométrage affiché au compteur. L'expert constata sur ce dernier point que « le doute à ce sujet est permis [...] et que par expérience il pouvait conclure que sur 10 véhicules venant d'Allemagne, 8 sont viciés et leur compteur trafiqué ». Malgré cette quasi certitude, la Cour d'appel n'a pas fait droit à la demande de M. Nogueira en estimant que « la preuve de l'existence d'un vice caché du véhicule n'est pas rapportée dès lors que si l'expert a émis de sérieux doutes quant au kilométrage réel du véhicule au moment de la vente, ces doutes reposent sur la provenance du véhicule d'Allemagne et sur son âge, sans que ce doute ne soit corroboré par un quelconque élément technique précis permettant d'affirmer avec certitude que le compteur aurait été falsifié ».

**CA Rennes, Ch. B, 1<sup>er</sup> juin 2006, M. J. Mintz c/ SA Sublet et SAS Trigano VDL, n° Juris-Data : 2006-308138 :** « Il n'y a lieu pas de faire droit à l'action en garantie des vices cachés intentée par l'acheteur d'un voilier d'occasion du fait d'un jeu important de la dérive de celui-ci, jeu connu comme anormal au point d'avoir fait l'objet de la part des professionnels d'un dispositif de rattrapage ultérieurement abandonné, dès lors que ce vice ne rend pas la chose totalement impropre à sa destination, n'ayant pas empêché le bateau de naviguer pendant près de deux ans, et qu'il n'est pas manifeste qu'il en diminuait fortement l'usage, pour la même raison et parce que l'expert ne décrit pas les désordres induits par ce défaut. En revanche, il reste toutefois au titre du vice caché, ne rendant pas le navire impropre à sa destination mais en diminuant fortement l'usage, le défaut d'étanchéité du tirant de fixation du safran, qui ne peut être décelé à l'oeil nu et nécessite une réparation »

## 5) Obligation de délivrance conforme

### Brèves :

**CA Lyon, Ch. Civile, 1<sup>er</sup> juin 2006, SA Massif Marine c/ M. Loïc Autret et SARL Marine de gestion et d'expertise, n° Juris-Data : 2006-308716 :** M. Mintz a acquis un véhicule neuf de loisir présentant de nombreux désordres, l'expertise judiciaire a révélé que le véhicule vendu présentait de « nombreux désordres provenant d'un assemblage defectueux de la structure, qui ont eu une incidence sur l'esthétique et la fonctionnalité du véhicule vendu », ces désordres ont été qualifiés par l'expert « d'indécelables ». Fort de cette

---

1 Civ., 1<sup>ère</sup> 28 mars 1995 ; Bull. civ. n° 148 – Civ., 1<sup>ère</sup> 07 mars 2000 ; Bull. civ. n° 86 : « Lorsque la vente d'une automobile a été résolue, le vendeur ne peut obtenir du constructeur la garantie de la perte du prix auquel, du fait de la résolution de la vente et de la remise consécutive de la chose, il n'a plus droit et dont la restitution ne constitue donc pas pour lui un préjudice indemnisable »

expertise, l'acheteur a agi contre le vendeur pour manquement de ce dernier à son obligation de délivrance conforme. Sa demande fut rejetée en première instance, le Tribunal de Grande instance considéra que son action en résolution de la vente avait été introduite tardivement. La Cour d'appel décida au contraire que « *la commande d'une chose neuve s'entend d'une chose sans défaut* », et qu'ainsi l'action en résolution de la vente pouvait être accueillie favorablement, elle ne fait ici qu'appliquer les principes dégagés par une jurisprudence constante en la matière (1).

## ***ii- Droit spécial de la vente au consommateur***

### **6) Obligation générale de conformité**

*Crim. 13 juin 2006, n° 05-87231*

M. Pierre X était responsable de la vérification de la conformité des produits achetés ou importés aux normes obligatoires françaises et européennes pour la société X, il a fait procéder à des contrôles et le laboratoire Y, dans son second rapport du 22 juin 2001, a conclu à la conformité de l'échantillon, ces contrôles ont été opérés sur des échantillons et non pas sur les lots importés sur le territoire français.

C'est en raison de ce manquement que Pierre X a été reconnu coupable de tromperie par la Cour d'appel d'Agen le 14 novembre 2005, elle l'a condamné à 10 000 euros d'amende et a ordonné la publication et l'affichage de la décision. La Cour d'appel a considéré que « *les contrôles de sécurité, effectués par des agents de la direction de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, sur des échantillons prélevés dans les magasins de la société, ont révélé que ces objets étaient non conformes et dangereux, en raison de leur caractère inflammable* », et qu'il importait peu que les échantillons aient été contrôlés avant l'importation de la totalité des produits.

Le prévenu a formé un pourvoi en cassation, il considérait que « *l'obligation générale de conformité incombant à l'importateur en vertu de l'article L. 212-1 du Code de la consommation est exécutée dès lors qu'il fait procéder au contrôle de la conformité de ses produits aux prescriptions en vigueur avant la première mise sur le marché [...] et que l'importateur satisfait à l'obligation générale de conformité en imposant à son cocontractant le respect des règles de conformité, et en procédant, avant la première mise sur le marché, à un contrôle des produits qu'il s'apprête à importer, sans qu'il soit nécessaire de faire procéder à un nouveau contrôle sur les produits importés* ».

L'analyse de la Cour d'appel fut avalisée par la Cour de cassation qui rejeta le pourvoi, elle réitéra une lecture extensive de l'article L. 212-1 du Code de la consommation consistant à affirmer que « *le responsable de la première mise sur le marché est redevable d'une obligation de vérification de la conformité réglementaire des produits ainsi mis sur le marché national, qu'il est à ce titre tenu de procéder aux vérifications nécessaires par tous moyens, y compris non obligatoires et que le simple contrôle d'échantillons avant l'importation ne satisfait pas aux exigences légales* » (2).

#### ***b. – Sécurité des produits et des services***

(...)

#### ***c. – Prix.***

(...)

### **5. – Financement des contrats de consommation.**

#### ***a. – Techniques de financement.***

(...)

#### ***b. – Garanties du financement***

(...)

---

1 Cf. par ex. Civ. 1<sup>ère</sup>, 04 avr. 1991 « *Attendu cependant que la commande d'une chose neuve s'entend normalement d'une chose sans défaut ; que, dans le cas contraire, l'acheteur est en droit de refuser la livraison* » ; Bull. civ. 1991, I, n° 130 – D. 1992, Somm. 201, obs. O. Tournafond – Contats, conc., consom. Oct. 1991, n° 10, p. 5, obs. L. Leveneur  
2 Crim. 10 avr. 1997, n° 96-82.183, Bull. crim., n° 138, BRDA 1997, n° 13, p. 12

### ***c. – Surendettement / Rétablissement personnel***

#### **Les voies de recours contre les décisions du JEX**

*Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 28 juin 2006, N° 05-15.188, à paraître au Bulletin ; 26 octobre 2006, N° 05-13.278, à paraître au Bulletin.*

Trois ans après (1), la question des voies de recours ouvertes contre les jugements du juge de l'exécution vient à nouveau alimenter le Bulletin de la deuxième chambre civile. Par deux décisions promises à publication, la Cour de cassation a marqué l'année 2006 d'un éclaircissement procédural dont – malgré la limpidité de ses premières décisions (2) – l'utilité ne se dément pas. Si le principe du jugement rendu en premier et dernier ressort est clairement énoncé par l'alinéa 2 du II de l'article R. 332-1-2 du Code de la consommation, le jeu de renvois opéré par la partie réglementaire confine en effet, sinon au capharnaüm, du moins à un labyrinthe dans les méandres duquel créanciers et débiteurs se perdent aisément.

Dans l'espèce ayant donné lieu à la décision datée du 26 octobre 2006, le créancier s'est adressé à la Haute juridiction sans passer préalablement par la voie d'appel. Or, si le moyen invoqué visait les conditions de recevabilité de la procédure de surendettement, le jugement attaqué était rendu sur la contestation des mesures recommandées par la commission départementale. Cette question est régie par l'article R. 332-8-1 du Code de la consommation qui dispose expressément que cette décision est susceptible d'appel. Le pourvoi a par conséquent été déclaré irrecevable sur le fondement de l'article 605 du nouveau Code de procédure civile.

Toutefois, le pendant de ce texte n'existe pas dès lors que le juge de l'exécution confère la force exécutoire aux dites recommandations par voie d'ordonnance, l'article R. 332-3 du Code de la consommation restant muet sur le sujet. D'un point de vue purement formel, il convient donc d'en revenir au principe. C'est la raison pour laquelle, par un arrêt daté du 28 juin 2006, la Cour de cassation a considéré que le jugement rendu sur opposition formée contre cette ordonnance était rendu en premier et dernier ressort et a par conséquent cassé l'arrêt qui n'a pas relevé d'office l'irrecevabilité de l'appel.

Cependant, pour aussi utiles qu'elles soient, ces précisions ne manquent pas de laisser le commentateur perplexe. D'un point de vue matériel, les articles R. 332-8-1 et R. 332-3 du Code de la consommation visent tous deux la question des suspensions d'exigibilité et il peut paraître alors contestable que cette question souffre deux régimes distincts selon que le support de la force exécutoire soit un jugement ou une ordonnance. La responsabilité première du manque de cohérence d'ensemble incombe certes au gouvernement, mais il semble que la jurisprudence puisse être à même d'unifier la procédure sans méconnaître l'esprit des textes, en dégagant que la question posée est au fond la même, et que la voie d'opposition à une ordonnance est une forme de contestation des recommandations.

Difficile donc de déterminer s'il s'agit d'une question définitivement réglée ou d'une affaire à suivre. Gageons malgré tout que ce jeu de pistes amènera bien d'autres égarés.

***Vincent Cadoret***

*Doctorant (CDCM)*

*Chargé de travaux dirigés, Université Montpellier*

#### **Surendettement des particuliers et qualité de commerçant**

*Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 14 septembre 2006, N° 05-16.143.*

En vertu de l'article L. 330-1 du Code de la consommation, les procédures de surendettement des particuliers ne sont ouvertes qu'aux débiteurs ne pouvant faire face à leurs « *dettes non professionnelles exigibles ou à échoir* ». Interprétée à la lueur de la jurisprudence, cette condition vise principalement non pas à exclure le traitement de certaines dettes, mais à opérer une répartition entre les différentes procédures existantes (3). C'est ainsi que s'agissant de la matière commerciale, l'idée essentielle réside dans l'article L. 330-3 du Code de la consommation qui dispose que n'entrent pas dans le champ d'application des articles L. 330-1 et suivants du Code de la consommation les personnes relevant des procédures énoncées par « *la loi n° 85-*

1 Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 12 juin 2003, Bull. civ. II, n° 194.

2 Pour une confirmation, voir notamment Cass. civ. 2<sup>ème</sup>, 8 décembre 2005, N° 04-04.143.

3 Voir notamment : Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 22 mars 2006, à paraître au Bulletin ; 6 janvier 2005, pourvoi n° 03-04.160 ; 8 juillet 2004, Bull. civ. II, n° 385 ; 24 mai 2004, Bull. civ. II, n° 255.

98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises » (1). C'est ainsi que par un arrêt en date du 14 septembre 2006, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation a décidé que le seul statut de conjoint collaborateur était insuffisant à exclure l'application des articles L. 330-1 et suivants du Code de la consommation, confirmant ainsi une solution déjà énoncée deux ans plus tôt (2).

La solution est sur ce point cohérente dans la mesure où le conjoint collaborateur n'ayant pas la qualité de commerçant (3), il n'entre pas directement dans le champ d'application de l'article L.620-2 du Code de commerce. Toutefois – et la réserve est d'importance – la Cour réserve le cas de la démonstration de la qualité de commerçant du conjoint collaborateur (4). Il semble donc clair que sera exclu du bénéfice de la procédure de surendettement le conjoint collaborateur qui sera considéré comme associé de fait (5) ou qui aura accompli des actes de commerce en toute indépendance, dépassant ainsi le simple cadre de la collaboration (6).

Pour autant, quand bien même cette démonstration serait opérée, le conjoint collaborateur ne sera pas automatiquement admissible à la procédure commerciale, dans la mesure où la mention faite au RCS de la collaboration n'équivaudra pas à l'immatriculation en qualité de commerçant. Le conjoint faussement collaborateur sera alors considéré comme un commerçant de fait et ne pourra pas se prévaloir de sa qualité de commerçant pour solliciter le bénéfice de l'article L. 620-2 du Code de commerce (7). Ainsi, prenant en compte cette considération, le problème devient presque insoluble si la demande fondée sur les articles L. 330-1 du Code de la consommation précède celle fondée sur les articles L. 620-1 et suivants du Code de commerce. Le déclarer recevable irait à l'encontre de l'article L. 330-3 du Code de la consommation dans la mesure où le commerçant de fait « relève » des procédures commerciales quand bien même il ne pourrait les solliciter lui-même. Mais, rejeter automatiquement la demande de traitement de la situation de surendettement reviendrait à exposer le débiteur au risque de ne pouvoir bénéficier d'aucune procédure si personne ne l'assigne en redressement judiciaire. Ainsi, si les textes visent avant tout une répartition, ils contiennent en germe une véritable exclusion.

**Vincent Cadoret**

*Doctorant (CDCM)*

*Chargé de travaux dirigés, Université Montpellier*

### **Situation irrémédiablement compromise : Quand l'espoir fait vivre...**

*CA Chambéry, 12 septembre 2006, Jurisdata n° 2006-311.724*

Expression du caractère subsidiaire de la procédure de rétablissement personnel, la notion de situation irrémédiablement compromise peut se définir comme celle dans laquelle les mesures désormais classiques de suspension d'exigibilité et d'effacement partiel sont d'une efficacité purement illusoire et ne permettraient pas d'apurer intégralement le passif du débiteur (8). C'est expressément ce que rappelle la Cour d'appel de Chambéry par un arrêt en date du 12 septembre 2006.

L'analyse se doit donc d'être prospective et chaque élément caractérisant la situation du débiteur sera apprécié au regard de la probabilité d'un retour à meilleur fortune. Sur ce point, la décision commentée révèle une originalité qui pourra inspirer une certaine stupeur. Après avoir en effet relevé dans l'ordre que la débitrice vivait seule, que des recherches actives d'emploi pendant une année se sont révélées infructueuses malgré la diversité de ses compétences et qualifications, qu'elle ne disposait d'aucun patrimoine immobilier, ni d'économies, qu'elle était en fins de droit s'agissant des allocations chômage, que ses seules ressources régulières s'élevaient à 420 Euros par mois, que sa capacité mensuelle de remboursement était négative de – 691,13 Euros, la Cour d'appel de Chambéry a considéré qu'elle ne se trouvait pas dans une situation irrémédiablement compromise au seul motif pris de l'espoir d'un avenir meilleur.

---

1 Texte non mis à jour de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005.

2 Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 24 mai 2004, précit.

3 C. Com., art. L.121-3.

4 « **sans rechercher si Mme X... était elle-même commerçante ou artisan, le juge de l'exécution n'a pas donné de base légale à sa décision** »

5 CA Paris, 6 avril 1999, Jurisdata n° 1999-022853.

6 Cass. Com., 15 octobre 1991, Bull. civ. IV, n° 286 ; CA Paris, 6 avril 1999, Jurisdata n° 1999-020543.

7 C. Com., art. L.123-8 ; Cass. Com., 25 mars 1997, Bull. Civ. IV, n° 83.

8 Avis de la Cour de cassation du 10 janvier 2005, Bull. civ. Avis, n° 1.

Non sans prendre le soin de réécrire l'article L.330-1 du Code de la consommation en y glissant le terme « irréversible », le juge chambérien a estimé que « *son avenir professionnel n'est pas bloqué (...), qu'en raison de son âge [46 ans] et de l'absence de problèmes de santé, [la débitrice] peut encore connaître une évolution positive de sa situation (...), qu'une profession labellisée et une expérience professionnelle multiplient les chances de retrouver un emploi (...) et que si les recherches actives de travail n'ont pas abouti, [la débitrice] a limité ses demandes d'emploi non seulement à un seul domaine d'activité mais également à un seul secteur géographique (hôpitaux et cliniques en Haute-Savoie et en Suisse)* ». L'analyse apparaît éminemment contestable.

L'appréciation du retour à meilleure fortune, si elle est nécessairement incertaine, doit néanmoins être probable pour aboutir au rejet de la demande. La situation irrémédiablement compromise étant caractérisée par l'inefficacité, notamment, de la suspension d'exigibilité, il semble cohérent de dire qu'il faille que le retour à meilleure fortune intervienne dans les deux ans, délai maximum de la suspension d'exigibilité (1). Or, en l'espèce, rien ne permet de dire que la débitrice verra sa situation évoluer dans le bon sens dans ce délai. Bien au contraire, les facultés négatives de remboursement excluent non seulement tout remboursement, fût-il partiel, mais ont encore pour conséquence l'accroissement régulier du passif. En faisant prévaloir l'existence d'un espoir, aussi inquantifiable et peu concret soit-il, sur des réalités proprement alarmantes, il est légitime de se demander si, bien au-delà de son souverain pouvoir d'appréciation des faits, la Cour d'appel de Chambéry n'a pas dénaturé la notion de situation irrémédiablement compromise, car après tout chaque débiteur, même en situation irrémédiablement compromise, peut croire en une évolution favorable.

La notion de retour à meilleure fortune devrait donc – à notre humble avis – se circonscrire à des hypothèses dans lesquelles il est hautement probable, eu égard aux éléments objectifs de l'espèce (embauche récente, autonomie d'un enfant qui était jusque là à charge, révision à venir d'une pension alimentaire...), que les ressources du débiteur vont à court terme augmenter ou que ses charges vont diminuer, sans quoi il faudrait craindre que la procédure de rétablissement personnel ne soit complètement vidée de sa substance.

**Vincent Cadoret**  
Docteur (CDCM)

Chargé de travaux dirigés, Université Montpellier

## **Pouvoirs du JEX à l'égard des mesures recommandées par la Commission**

*Cass. Civ. 2<sup>ème</sup> 12 octobre 2006 : N° 05-04.001, Publié au Bulletin.*

S'il n'a pas été saisi de la contestation des mesure recommandées par la Commission de surendettement (2), le principe veut que le juge de l'exécution leur confère force exécutoire. A cette fin, il dispose du pouvoir d'en vérifier la régularité. Reste encore à en définir l'étendue, ce que la décision rendue le 12 octobre 2006, par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, ne manque pas de rappeler. Les faits étaient les suivants : pour refuser de conférer force exécutoire aux mesures recommandées par une commission de **surendettement** des particuliers en faveur de Mme X..., et dire que celle-ci ne pouvait bénéficier d'une procédure de traitement de sa situation de **surendettement**, le juge de l'exécution du tribunal d'instance de Saint-Girons avait retenu qu'elle n'était ni dans l'impossibilité manifeste de faire face à son passif exigible, ni de bonne foi.

Au visa des articles L. 332-1 et R. 332-2 du code de la consommation, les juges de la Cour de cassation ont considéré qu'en l'absence de contestation des mesures recommandées, le JEX n'avait pas le pouvoir de s'assurer que le débiteur se trouvait bien dans la situation définie à l'article L. 331-2 du code de la consommation, et qu'il avait de ce fait excédé ses pouvoirs. Ils précisèrent ainsi que « *le juge de l'exécution, chargé de conférer force exécutoire aux mesures recommandées en application de l'article L. 331-7 du Code de la consommation, peut seulement en vérifier la régularité au regard des pouvoirs que la commission tient de ce texte et des règles procédurales prescrites par les articles R. 331-18 à R. 331-20 du même code* ».

Cette décision s'inscrit dans un courant jurisprudentiel constant en accord avec la lettre de l'article L. 332-1 du Code de la consommation (3). Celui-ci dispose en effet que « *s'il n'a pas été saisi de la*

1 C. Consom., art. L.331-7-1.

2 C. Consom. Art. L. 332-2.

3 Voir notamment : Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 mai 1999 : Bull. civ. I, n° 149 ; Cass. Civ. 2<sup>ème</sup>, 17 juin 1999 : Bull. civ. II, n° 122 ; Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 juin 2000 : Bull. civ. I, n° 78.

*contestation prévue à l'article L. 332-2, le juge de l'exécution confère force exécutoire aux mesures recommandées par la commission en application de l'article L. 331-7 et du premier alinéa de l'article L. 331-7-1 après en avoir vérifié la régularité, et aux mesures recommandées par la commission en application du troisième alinéa de l'article L. 331-7-1 après en avoir vérifié la régularité et le bien-fondé». L'intérêt de la solution réside essentiellement dans la précision apportée par les juges quant à l'étendue du pouvoir du JEX, lequel ne peut vérifier la régularité des mesures qu'en ce qui concerne les pouvoirs de la Commission et les règles de procédure.*

**Caroline Raja**  
*Allocataire-Moniteur*  
*Université Montpellier I*

**6. – Litiges de consommation**

(...)

**B. – DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONSOMMATION**

(...)

**C. – DROIT INTERNATIONAL DE LA CONSOMMATION**

(...)

## **IV. – POUR EN SAVOIR PLUS :**

### **ARBITRAGE ET DROIT DE LA CONCURRENCE**

**Résumé du mémoire présenté et soutenu par  
Alexandra PAULS  
Allocataire-Moniteur**

**Sous la direction  
Du Pr. Daniel MAINGUY**

**En vue de l'obtention du Master Recherche Droit du Marché**

La réelle rencontre entre la matière arbitrale et le droit de la concurrence était imminente.

En effet, la mondialisation de l'économie, après la seconde guerre mondiale, a contribué à l'essor de ces deux disciplines. Elles sont nées concomitamment.

On a, dès lors, assisté au match opposant justice arbitrale et justice étatique dans l'application effective du droit de la concurrence.

En effet, force est de constater que l'arbitrage est devenu le mode de règlement des litiges internationaux le plus usité et que l'arbitre est aujourd'hui le juge naturel du commerce international. Il doit connaître du droit des affaires dans son ensemble et du droit de la concurrence en particulier.

Le recours à l'arbitrage consiste à soumettre un différend à une ou plusieurs personnes impartiales qui, en liant les parties par leur décision, mettent un terme final au conflit.

L'arbitrage, étant une procédure simple qui permet de régler un litige sans passer par les juridictions classiques, n'est pas à confondre avec l'expertise, la médiation, la conciliation ou le *mini-trial* car ces modes alternatifs de règlement ne permettent pas d'obtenir une décision juridictionnelle c'est-à-dire ayant autorité de la chose jugée comme c'est le cas pour la décision arbitrale.

On attribue généralement à ce mode particulier de règlements des litiges, une physionomie spéciale, une nature hybride où se mêlent des composantes contractuelles et juridictionnelles.

Et comme le soulignait, à juste titre, Antoine Kassis, « *si l'arbitrage est conventionnel par sa source, il est juridictionnel par sa fonction* (1) ».

En effet, c'est par un contrat que les parties s'en remettent à l'arbitre ; mais celui-ci une fois nommé, est appelé à agir comme un magistrat.

Les parties ont recours à l'arbitrage par le biais d'une convention d'arbitrage définie comme la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat.

L'arbitre est, dès lors, investi du pouvoir de juger par cette convention et c'est ce qui permet d'attribuer, à l'arbitrage, une nature conventionnelle.

Il peut s'agir d'un compromis (2), qui naît lors de la survenance d'un litige ou d'une clause compromissoire, qui est insérée dans le contrat, à l'origine.

Mais si tout le monde s'accorde à dire que l'arbitrage a un fondement consensuel, l'arbitre a également « *une mission juridictionnelle* »(3).

---

1 A. Kassis, « *Problèmes de base de l'arbitrage* », Tome I, LGDJ, 1987

2 Le compromis, de part sa nature, à la différence de la clause compromissoire ne fait que rarement l'objet de litiges.

3 C. Jarrosson, « *La notion d'arbitrage* », Paris, LGDJ, 1987, p.372 ; Charles Jarrosson définit pareillement l'arbitrage comme « l'institution par laquelle un tiers règle le différend qui oppose deux ou plusieurs parties en exerçant la mission juridictionnelle qu'elles lui ont confiée ».

En effet, l'arbitre comme le juge exerce une fonction juridictionnelle qui consiste à trancher des litiges. Mais l'arbitre ne jouit de cette investiture que pour l'affaire pour laquelle il a été désigné et uniquement grâce à la volonté commune des parties de lui confier une mission de justice.

L'arbitre a, de la sorte, la *jurisdictio* (le pouvoir de dire le droit) mais pas l'*imperium* (c'est-à-dire le pouvoir de l'imposer). L'arbitre a la *jurisdictio* puisqu'il rend des sentences qui ont autorité de la chose jugée. En effet, la sentence arbitrale a, aux termes de l'article 1476 du NCPC, autorité de chose jugée relativement à la contestation qu'elle tranche.

La sentence arbitrale est donc presque un jugement à la seule différence qu'elle ne revêt pas la force exécutoire et qu'elle a besoin pour l'être, de passer par une procédure judiciaire appelée exequatur donné par une ordonnance de l'autorité étatique.

En principe, les arbitres suivent les règles de procédure qui s'imposent au juge étatique (1). Mais les parties peuvent les dispenser de tout formalisme en prévoyant qu'ils statueront en qualité d'amiable compositeur (2).

Le Droit de la concurrence, quant à lui, désigne l'ensemble des règles de concurrence c'est-à-dire celles qui ont pour objet le maintien de la libre concurrence entre entreprises sur le marché (3).

Cette discipline est une branche nouvelle du Droit des affaires et est constitué par l'ensemble de règles impératives destinées à contrôler la concurrence et assure la police des relations entre opérateurs sur un marché.

Le droit de la concurrence présente, comme l'arbitrage, un caractère hybride car il emprunte ses caractéristiques au droit civil, au droit pénal et au droit administratif entre autres.

Le droit de la concurrence sera ici appréhendé uniquement dans le cadre des pratiques anticoncurrentielles qui englobent principalement les règles sur la prohibition des ententes et des abus de position dominante prévues, en droit français par l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 insérée dans le code de commerce et en droit communautaire aux articles 81 et 82 du Traité instituant les Communautés européennes.

Le droit de la concurrence est considéré comme le « *noyau dur* (4) » du droit économique et est fortement accroché à l'ordre public économique (5). Certains parlent même d'ordre public concurrentiel.

Il en va ainsi car le droit de la concurrence recourt constamment à des critères de la politique économique.

Les normes de concurrence ont pour vocation essentielle de régulariser le marché et de poursuivre une finalité protectrice de la concurrence elle-même. Elles font, dès lors, partie intégrante non seulement des règles d'ordre public interne, mais aussi de celles qualifiées d'ordre public international.

Le contentieux concurrentiel paraît, subséquent, être réservé à une juridiction étatique qui dispose des pouvoirs de contrainte pour faire cesser un comportement anticoncurrentiel. Ce qui n'est pas le cas de l'institution arbitrale qui ne dispose pas de l'*imperium*.

Donc le droit de la concurrence apparaît a priori aux antipodes de la philosophie de l'arbitrage où règne en maître le principe de l'autonomie de la volonté des parties.

Les deux disciplines sont, de la sorte, antagonistes en ce qu'elles revendiquent chacune des idées différentes : autonomie pour l'arbitrage et régulation pour la concurrence. On pouvait dès lors, penser qu'elles poursuivaient des objectifs totalement différents. L'une souhaitait à tout prix assurer la volonté des parties alors que l'autre désirait préserver l'intérêt économique des opérateurs sur le marché.

Il s'agira donc tout au long de cette étude d'observer la manière dont les deux disciplines cohabitent.

Pour cela, il faudra examiner le comportement de l'arbitre lorsqu'il est confronté au droit de la concurrence (Titre I), et apprécier celui des organes chargés de la mise en œuvre du droit de la concurrence confrontés à l'institution arbitrale (Titre II).

---

1 Article 1470 du NCPC.

2 Eric Loquin, « L'amiable composition en droit comparé et international », Paris, 1981.

3 A. et G. Decocq, « Droit de la concurrence interne et communautaire », LGDJ Manuel 2002.

4 G. Farjat, « La notion du droit économique » op. cit.

5 L'expression d'ordre public économique a été employée la première fois par G. Ripert en 1934 dans « l'ordre économique et la liberté contractuelle » (Mélanges Gény, Sirey). Elle fut par la suite reprise dans les travaux de J. Carbonnier, G. Farjat, R. Savatier et Ph. Malaurie entre autres.

# **TITRE I**

## **L'ARBITRE CONFRONTE AU DROIT DE LA CONCURRENCE**

### **CHAPITRE PREMIER**

#### **LA COMPETENCE MATERIELLE DE L'ARBITRE EN DROIT DE LA CONCURRENCE LORS DE LA PHASE PRE-ARBITRALE**

Les parties soumettent leurs différends aux arbitres au moyen d'une convention d'arbitrage qui investit l'arbitre du pouvoir de juger. C'est la mise en exergue de cette convention d'arbitrage qui est le point de départ de la procédure d'arbitrage. On se situe alors au stade de la phase pré-arbitrale. L'existence d'une clause entraîne automatiquement l'incompétence des juridictions étatiques (NCPC art. 1458).

Lorsqu'une ou plusieurs parties contestent la compétence *ratione materiae* des arbitres dès le début de la procédure, leur compétence peut être remise en question devant le juge étatique, aux termes de l'article 1458 NCPC, mais ce dernier devra alors se déclarer incompétent, à moins que la convention d'arbitrage soit manifestement nulle (1) et que le tribunal arbitral ne soit pas encore saisi ou que les parties y renoncent, même implicitement, en présentant devant les juges de droit commun une demande (2).

Généralement, le juge étatique se déclare incompétent car l'hypothèse d'une convention « manifestement nulle » ne se présente que rarement (3). En effet, celles-ci sont habituellement rédigées dans des termes larges qui ne font présumer aucune nullité manifeste.

Or, dans la majorité des cas, ce sont les arbitres qui, seront compétents pour statuer sur leur propre compétence lorsque celle-ci est contestée par une ou plusieurs parties. Ils bénéficient, à cet effet, du principe de procédure communément désigné par l'expression « compétence-compétence ». Ce doublon désigne la compétence de l'arbitre sur sa propre compétence, laquelle lui est reconnue par l'article 1466 du NCPC.

L'arbitre a donc la priorité pour statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage.

La validité d'une convention arbitrale est donc soumise à l'appréciation de l'arbitre.

Un arrêt de la 1<sup>ère</sup> chambre civile de la Cour de cassation rendu le 8 novembre 2005 est, d'ailleurs, venu rappeler l'importance et l'étendue du principe *compétence-compétence*.

Mais une exception a longtemps persisté.

Il s'agit des litiges mettant en jeu des dispositions d'ordre public.

Jusqu'à la jurisprudence Tissot (4), on affirmait généralement que « la violation de l'ordre public entraîne la nullité non seulement de la clause compromissaire mais aussi du compromis ».

On ne faisait pas appel à son appréciation sur sa propre compétence puisque la nullité de la convention d'arbitrage, enfreignant des dispositions d'ordre public, était prononcée systématiquement.

L'Etat se réservait, de la sorte, le monopole de l'interprétation et de l'application des dispositions d'ordre public et s'attelait à laisser à l'arbitre « portes closes » dans ce domaine.

Mais la Cour d'appel a remédié, depuis une dizaine d'années, à cette situation en matière d'arbitrage international dans les arrêts (5) Ganz, Labinal et Aplix en reconnaissant pour la première fois la plénitude de la compétence de l'arbitre international dans l'appréciation de sa compétence au regard de l'arbitrabilité des questions d'ordre public et plus particulièrement des questions de droit de la concurrence.

On est donc passer d'une période privilégiant le monopole de l'Etat sur l'application des règles d'ordre public à une période beaucoup plus favorable à l'arbitre lui reconnaissant la faculté de connaître de ces règles (Section 1).

Cependant, certaines limites à l'arbitrabilité des litiges intéressant le droit de la concurrence subsistent (Section 2)

---

1 L'expression « manifestement nulle » paraît viser la violation expresse d'une condition de forme.

2 Cass. Civ., 17 juin 1975, Rev. Arb1976, 189 ; Paris, 14 novembre 1991, D.1992, I.R, 57.

3 Cass. Civ., 6 mars 1990, Bull. CIV ; I, n°64, p. 47

4 Cass. Civ. 28 nov. 1950, D.1951, 170; RTD civ. 1951, 106, obs. P. Hébraud; GP 31 janv. 1951.

5 Une étude étroite des ces arrêts sera proposée plus loin.

## SECTION 1 : LE PRINCIPE D'ARBITRABILITE DU DROIT DE LA CONCURRENCE

Admettre qu'un litige est arbitral signifie que celui-ci peut être appréhendé aussi bien par les arbitres que les juges.

Le terme d' « arbitralité », selon M. Level, « exprime la qualité qui s'applique à une matière, à une question ou à un litige, d'être soumis au pouvoir juridictionnel des arbitres » et peut être défini comme « une application de la liberté contractuelle au traitement du contentieux (1) ».

La jurisprudence du 19<sup>ème</sup> siècle excluait l'arbitrage dès lors que le litige « touchait à l'ordre public (2) ». Cette solution a perduré pendant des décennies (§1).

Il faudra attendre les années 1990 pour que l'arbitrage soit, réellement, dominé par un mouvement général de *favor arbitrandum* (3) (§2).

### §1) LA PROSCRIPTION DE L'ARBITRABILITE DES LITIGES INTERESSANT LES REGLES IMPERATIVES EN GENERAL

L'arbitralité, étant une condition de validité de la convention d'arbitrage, c'est au droit de chaque Etat de déterminer les litiges que peuvent connaître les arbitres.

L'arbitralité des litiges est surtout mise en cause, en France, lorsque la notion d'ordre public apparaît avec la convention d'arbitrage. La notion d'ordre public sert donc à déterminer l'arbitralité d'un litige.

L'ordre public a, d'ailleurs, vocation à s'immiscer tout au long des différentes phases de l'arbitrage.

Mais il ne faut pas confondre l'ordre public dans la convention d'arbitrage, ce qui permet de dire quels sont les litiges arbitraux et la notion ordre public intervenant dans la sentence arbitrale, qui limite les pouvoirs de l'arbitre et conduit à annuler la sentence ou à refuser l'exequatur si l'arbitre a méconnu une règle d'ordre public.

Seule l'intervention de l'ordre public dans la convention d'arbitrage met en cause l'arbitralité du litige.

La jurisprudence a été, en premier lieu réticente envers l'arbitrage quant à l'application des règles d'ordre public (A). Puis, elle s'est peu à peu rendue à l'évidence en retenant une arbitralité relative des litiges même si son comportement demeurait toutefois assez frileux (B).

#### A) L'INARBITRABILITE ABSOLUE

La jurisprudence du XIX<sup>ème</sup> siècle avait ainsi posé le principe de l'inarbitralité des litiges « touchant », « intéressant » ou « mettant en cause » une disposition d'ordre public (4).

La réforme du droit français de l'arbitrage a maintenu cette réserve.

L'article 2060 du Code civil, dispose qu' « on ne peut pas compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public ».

Littéralement, l'article 2060 du code civil ouvre peu de place à l'arbitralité des matières intéressant l'ordre public. Mais la jurisprudence est venue préciser certains points.

L'arbitralité des litiges mettant en cause le droit de la concurrence n'a jamais été soulevé durant cette période d'inarbitralité absolue. La jurisprudence ne s'est prononcée que sur l'arbitralité des litiges relatifs à la prohibition des coalitions et sur l'interdiction des spéculations sur les prix (5).

Ce constat s'explique par le fait que les nouvelles lois sur les pratiques anticoncurrentielles en Europe n'ont vu le jour qu'après la seconde guerre mondiale dans le cadre des traités instituant les Communautés européennes.

C'est ainsi que les litiges relatifs au droit de la concurrence sont apparus plus tardivement et qu'un véritable débat sur l'arbitralité des règles de concurrence a débuté.

1 P. Level, « L'arbitralité », Rev. Arb. 1992, 213.

2 Cass. Civ. 9 janvier 1854, D.P. 1854, 1, 69 ; Cass. Req. 7 novembre 1865, D.P., 1866, 1, 204.

3 B. Hanotiau, « L'arbitralité et la *favor arbitrandum*: un réexamen », VOIR

4 Cass. Civ. 6 juillet 1899, Vermeersch c/ Chambre des notaires de Boulogne, D.P., 1899, I, 500 : « Tout débat relatif à la fixation d'un prix d'office, intéressant l'ordre public, ne peut faire l'objet d'un compromis ».

Idem Cass. Req., 7 novembre 1865, Desmazes c/ Authié-Bellerose, D.P., 1865, I, 204

5 Cass. Civ., 8 janvier 1913, Legembre et fils jeune c/ Burke-Delacroix et autres, S. 1913, I, p. 243.

## B) L'ARBITRABILITE RELATIVE

Sous l'effet de la libéralisation des échanges, les mentalités ont évolué et l'arbitrage s'est imposé aux systèmes nationaux.

Les juges ont, aussitôt, commencé à soutenir l'idée d'une arbitrabilité partielle des litiges intéressant l'ordre public car ils se sont rendus à l'évidence, à savoir que l'arbitre serait, tôt ou tard, confronté au droit de la concurrence.

Le fameux arrêt « Tissot » (1) a rappelé en premier lieu qu'il était interdit de compromettre dans les causes intéressant l'ordre public. Mais les juges dans cette affaire ont commencé, aussi, à limiter les conséquences de cette règle qui à long terme aurait entravé sérieusement le développement de l'arbitrage.

Implicitement, la Cour avait, dès lors, décidé qu'il appartenait aux arbitres, sous le contrôle des juges, d'apprécier la validité de la vente. Le compromis de vente en question n'était pas nul du seul fait que l'opération litigieuse était assujettie à un cadre impératif.

Cette solution a, d'ailleurs, été reprise par la suite, dans de nombreux arrêts qui l'ont formulé généralement comme suit : « *L'arbitrabilité d'un litige n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux ;* »

Les juges de la Cour de cassation ont, de la sorte, sous-entendu que les arbitres ne devaient pas se dessaisir automatiquement lorsque le litige portait sur une question d'ordre public mais plutôt examiner le fond de l'affaire et suivant le sens dans lequel ils trancheraient, seraient contraints de s'en dessaisir ou au contraire statuer normalement.

On a donc commencé à abandonner aux arbitres la question la plus délicate c'est-à-dire celle de la délimitation de l'ordre public et de l'existence d'une violation de ses exigences.

Donc l'idée que ce n'est pas parce qu'un texte d'ordre public peut entretenir des rapports avec le litige que ce dernier devient ipso facto inarbitrable, était déjà présente dès 1950.

Mais cette solution ne concernait toujours pas les litiges impliquant une règle de concurrence.

L'arrêt dit « Dauphin (2) » se situe dans la lignée de l'arrêt Tissot. La solution permit une fois de plus de clarifier le problème de l'arbitrabilité des matières qui « intéressent l'ordre public » et d'asseoir un raisonnement de plus en plus logique.

Cette solution était d'un grand intérêt puisqu'il s'agissait, ici, du premier arrêt de la Cour de cassation statuant sur l'arbitrabilité des litiges relatifs au droit de la concurrence.

Les juges encourageaient donc enfin, plus clairement, les arbitres à examiner si la convention d'arbitrage était contraire à une disposition d'ordre public concurrentiel.

Mais si les arbitres concluaient à une violation de l'ordre public, ceux-ci devaient se déclarer nécessairement incompétents.

Leur intervention était claire en théorie mais absurde en pratique. Ils avaient étudié le litige au point de dire si celui-ci était ou non contraire à une réglementation d'ordre public économique pour finalement se dessaisir juste avant de rendre une décision.

Les juges demeuraient frileux face à la reconnaissance de la compétence des tribunaux arbitraux.

Par un arrêt du 20 janvier 1989 (3) dit arrêt « Société Phocéenne de Dépôt » (S.P.D), la Cour d'appel de Paris a réaffirmé la solution retenue par les juges dans l'affaire « Dauphin ».

La Cour d'appel a décidé que « *le caractère d'ordre public (de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986) n'est pas de nature à interdire a priori à la juridiction arbitrale de connaître d'un litige de nature contractuelle ou quasi-délictuelle à propos duquel ces règles impératives sont invoquées, dans la mesure où les arbitres se limitent à l'appréciation de l'incidence de l'ordre public au regard de leur propre investiture, sans prononcer la sanction des violations qu'ils viendraient à constater.* »

En effet, le système créé était paradoxal puisque l'arbitre était compétent pour constater l'illicéité mais pas pour prononcer la sanction de cette illicéité.

M. Mayer a d'ailleurs souligné cette incohérence en expliquant qu'« *il est franchement curieux qu'ayant fait ce qui est le plus difficile, constater l'illicéité, l'arbitre ne puisse aller jusqu'au bout et prononcer la nullité* (4) ».

---

1 Op. cit

2 Cass. Com, 21 oct.1981, Société Dauphin O.T.A c/ Société Decaux Paris Publicité Atribus, Rev. Arb., 1982, 262, note J.B Blaise

3 CA Paris, 20 janvier 1989, Sté Phocéenne de Dépôt, Rev. Arb. 1989, p 280, note L. Idot.

4 P. Mayer, « Le contrat illicite », Rev. Arb. 1984. 212.

Et il est vrai que l'arbitre avait effectué l'essentiel du travail en constatant la violation d'une règle de concurrence, il aurait été plus logique que la conclusion lui revienne.

Et c'est dans ce sens là que la jurisprudence a parachevé sa course concernant l'arbitrabilité des litiges relatifs au droit de la concurrence en proposant une nouvelle lecture de la prohibition édictée par le Nouveau Code de Procédure Civile.

## **§2) L'ACCEPTATION DE L'ARBITRABILITE DES LITIGES INTERESSANT L'ORDRE PUBLIC ECONOMIQUE EN PARTICULIER**

### **A) LE PRECURSEUR : LE DROIT AMERICAIN DE LA CONCURRENCE**

Le Droit antitrust est né aux Etats-Unis en 1890 suite à l'important mouvement des concentrations économiques. Ce pays s'est, en conséquence, très tôt doté d'un arsenal législatif (1) efficace permettant de sanctionner les comportements anticoncurrentiels.

Ce fut également le premier pays à soulever la question de l'arbitrabilité des litiges internationaux portant sur le droit antitrust, conformément au Federal Arbitration Act.

En 1985, la Cour suprême américaine, a jugé, « *que bien que la loi suisse soit applicable comme loi au fond, un tribunal arbitral, siégeant au Japon, pouvait statuer sur une demande reconventionnelle appelant l'application du droit américain de la concurrence, sous réserve, à peine de violation de l'ordre public, que le recours à l'arbitrage ne conduise pas à un refus d'application de la loi antitrust américaine* (2) ».

Cette décision a été le véritable détonateur du courant jurisprudentiel favorable à l'arbitrabilité des litiges intéressant le Droit de la concurrence.

Cette affaire dite « Mitsubishi » a été la première à affirmer clairement que les litiges de droit de la concurrence pouvaient être portés devant un arbitre et que celui-ci pouvait prononcer des sanctions civiles. Cet arrêt a influencé la jurisprudence de certains pays et notamment celle de certains pays européens comme la France.

### **B) L'ÉPILOGUE**

Les juges parisiens ont, au début des années 1990, considérablement, modifié le paysage de l'arbitrage et ont révolutionné l'approche de l'arbitre confronté à l'arbitrage.

Par un arrêt du 29 mars 1991, dit arrêt « Ganz », les juges de la Cour de Paris ont rappelé qu' « en matière internationale, l'arbitre a compétence pour apprécier sa propre compétence quant à l'arbitrabilité du litige au regard de l'ordre public international et dispose du pouvoir d'appliquer les principes et règles relevant de cet ordre public, ainsi que de sanctionner leur méconnaissance éventuelle, sous le contrôle du juge de l'annulation (3) ».

Cet arrêt a été le premier à reconnaître aux arbitres le pouvoir de sanctionner la violation de dispositions d'ordre public.

Les principes énoncés par l'arrêt Ganz ont été confirmés et précisés par la suite par le célèbre arrêt Labinal de la Cour de Paris (4) .

Cet arrêt a été considéré comme le réel revirement de jurisprudence en ce sens qu'il est venu asseoir définitivement des principes tant attendus.

En effet, c'est à partir de cette décision que la solution paraît définitivement établie en droit de la concurrence.

« *Si le caractère de loi de police économique de la règle communautaire du droit de la concurrence interdit aux arbitres de prononcer des injonctions ou des amendes, ils peuvent néanmoins tirer les conséquences civiles d'un comportement jugé illicite au regard des règles d'ordre public pouvant être directement appliquées aux relations des parties en cause, même si celles-ci ne sont pas toutes ensemble attirées à la procédure arbitrale* ».

1 Le Sherman act de 1890, le Clayton act de 1914, le Robinson-patman act et le Federal Trade Commission act.

2 United States Supreme Court, 2 juill. 1985, Mitsubishi Motors Comp. c/ Soler, Rev. Arb. 1986. 173

3 CA Paris, Ganz 1<sup>er</sup> ch. Suppl., 29 mars 1991, Rev. Arb. 1991.478, note L. Idot.

4 CA Paris (1<sup>er</sup> Ch. A) 19 mai 1993 Société Labinal c/ sociétés Mors et Westland Aerospace, cit. Infra n°27.

L'arbitre, pouvant désormais sanctionner civilement la violation d'une règle d'ordre public, ne voyait plus ses pouvoirs juridictionnels restreints.

L'arbitre n'a donc plus à se déclarer incompétent comme il le faisait auparavant car on ne lui avait pas reconnu comme les juridictions de droit commun la faculté de prononcer des sanctions.

Il peut donc désormais aller au bout du processus et est en quelque sorte reconnu comme une fois de plus l'homologue du juge.

La formule retenue par les juges est claire et a permis de considérer comme résolue la question de l'arbitrabilité des litiges mettant en jeu des dispositions impératives notamment celles de droit communautaire de la concurrence.

Désormais, l'arbitre vérifie sa compétence selon les règles de concurrence et dans l'affirmative applique ces règles et prononce les sanctions.

La formule de l'arrêt Labinal clarifie le problème et évite la confusion entre les questions d'arbitrabilité et d'application des règles d'ordre public.

Depuis l'affaire Labinal, la jurisprudence française est constante car la question de l'arbitrabilité des litiges n'est même plus soulevée. Désormais, le débat n'est plus d'actualité.

L'ensemble de la jurisprudence décrite s'est fondé sur le critère de la libre disposition des droits. En effet, les parties ont la libre disposition du droit d'invoquer la nullité du contrat au regard des règles de la concurrence.

Mais même si les parties jouissent d'une grande liberté quant à la disposition de leurs droits et quant à la rédaction de la convention d'arbitrage, celles-ci demeurent, tout de même, limitées dans certains cas.

## **SECTION 2 : LES LIMITES DE L'ARBITRABILITE DES LITIGES INTERESSANT LE DROIT DE LA CONCURRENCE**

### **§1) LA CONVENTION D'ARBITRAGE PEUT ETRE CONSTITUTIVE D'UNE ENTENTE ILLICITE :**

A priori rien n'empêche à ce que la convention d'arbitrage, étant un accord comme tant d'autres, soit appréhendée comme une entente restrictive à la concurrence.

En effet, par le biais de la convention, les membres d'une entente peuvent manifester une volonté collective afin de créer une « instance arbitrale » ayant pour objectif d'appliquer des sanctions prises à l'encontre de celui ou celle parmi eux qui oseraient enfreindre les accords faisant l'objet de l'entente.

Aux Etats-Unis, la Cour suprême a évoqué cette hypothèse dans un arrêt rendu dans l'affaire « Paramount Famous Lasky Corp. V. United States (1) ».

La Cour suprême a jugé que « l'arbitrage pourrait répondre aux besoins de l'industrie du cinéma ; mais si les parties, sous l'apparence de l'arbitrage, concluent un accord inhabituel qui supprime de façon déraisonnable la concurrence normale, leur action devient alors illicite ».

Ce système trouve surtout en droit communautaire des applications concrètes. La Commission européenne a manifesté dans certaines décisions, rendues à l'occasion de l'application de la prohibition des ententes de l'article 81 du Traité de Rome aux décisions d'associations d'entreprises, sa volonté de condamner la convention d'arbitrage, lorsqu'elle est utilisée comme moyen de renforcer les sanctions internes et d'éluider les règles de concurrence.

Généralement, on trouve, dans ce genre de convention, une absence d'indépendance et de partialité des arbitres car l'instance arbitrale est composée le plus souvent par des personnes faisant partie des membres de l'entente et le prétendu « tribunal arbitral » n'est qu'un organe du cartel qui occupait des fonctions d'administration ou de gestion.

Au-delà de l'hypothèse où la convention d'arbitrage peut être constitutive d'une entente illicite, examinons maintenant comment une convention d'arbitrage peut également être qualifiée de « clause pathologique ».

### **§2) LA CONVENTION D'ARBITRAGE PEUT ETRE QUALIFIEE DE « CLAUSE PATHOLOGIQUE »**

C'est une clause (compromissoire, convention arbitrale ou acte de mission) qui fait défense à l'arbitre de connaître du droit de la concurrence dans le règlement du litige qui lui est confié.

Il s'agit en effet d'un problème que par définition un juge étatique ne rencontrera jamais.

---

1 282 U.S 1930

Cette interdiction formulée par avance entraînerait-elle une nullité quasi certaine de la clause qui la supporte ?

Selon Bernard Hanotiau (1) et Yves Derains, l'arbitre est exposé au risque de l'ultra petita c'est-à-dire hors choses demandées, et devra donc se déclarer incompétent. Il estime que l'arbitre doit refuser au nom de l'ordre public de se prêter à l'exécution et la sanction d'un contrat qu'il estimerait illicite.

Il conseille donc à l'arbitre de se déclarer incompétent face à la clause pathologique car une clause d'arbitrage qui exclut expressément l'examen des règles de concurrence serait purement et simplement nulle et non avenue car les parties ne peuvent pas déroger conventionnellement aux dispositions impératives du droit de la concurrence.

Animé par le souci de donner vie quoi qu'il advienne à la clause arbitrale, Lucien Simont (2) conseillerait plutôt à ses homologues d'écarter la clause pathologique et le cas échéant d'appliquer le droit de la concurrence.

Il écarte, d'ailleurs, la possibilité qu'une telle stipulation soit insérée dans un acte de mission puisque celui-ci est également signé par l'arbitre.

Il pense donc que les arbitres n'ont pas à se déclarer incompétents et cela que l'on se place sur le terrain de la fraude à la loi ou sur celui de la cause illicite.

Si l'arbitre constate que les parties ont voulu sciemment éluder l'application du droit de la concurrence, il doit en déduire que la clause est nulle en raison de l'illicéité de sa cause et appliquer le droit de la concurrence au litige en question.

Toutefois, le problème de l'insertion des clauses pathologiques ne se présente que très rarement car les conventions d'arbitrage sont généralement rédigées en termes larges.

Le débat relatif à l'arbitrabilité des litiges concernant des dispositions d'ordre public et notamment d'ordre public concurrentiel est clos, du moins en matière d'arbitrage international.

En revanche, l'application concrète des règles de droit de la concurrence lors de l'instance arbitrale pose toujours certaines difficultés. On en vient à se demander si l'arbitre peut ou doit appliquer ces mêmes règles.

A partir de ce constat, il s'agira d'étudier convenablement les pouvoirs voire les devoirs dont dispose actuellement l'arbitre face au droit de la concurrence.

## ***CHAPITRE SECOND***

### ***L'APPLICATION EFFECTIVE DU DROIT DE LA CONCURRENCE PAR L'ARBITRE LORS DE L'INSTANCE ARBITRALE***

Par une étude réalisée entre 1988 et 1994, Herman Verbist a passé en revue 700 affaires de la CCI. Il n'a répertorié que 17 sentences relatives au droit communautaire de la concurrence (3).

Mais il faut également tenir compte du fait que certaines affaires ont abouti à une transaction, d'autres n'ont pas été publiées étant donné que les questions de concurrence sont délicates et font donc appel à la confidentialité et enfin que certaines sentences sont rendues conformément à des règlements autres que celui de la CCI.

Depuis 1990, bons nombres de sentences relatives au droit de la concurrence ont été rendues et celles-ci permettent d'observer très significativement les pouvoirs des arbitres confrontés au droit de la concurrence lors de l'instance arbitrale.

Mais un débat subsiste quant à la nature de l'applicabilité des règles de droit de la concurrence par l'arbitre (Section 1) et non sur l'étendue de cette applicabilité (Section 2).

---

1 « L'arbitrabilité et la favor arbitrandum : un réexamen », J.D.I n°4, 1994, p.899 à 966

2 L. Simont, « Arbitrage et droit de la concurrence : quelques réflexions d'un arbitre », RDAI/IBLJ, n°4, 01/07/1998, p. 547

3 H. Verbist, « L'application du droit communautaire dans les arbitrages de la CCI » Bull., Paris, ICC publishing, 1994, p.34

## **SECTION 1 : L'AUTONOMIE DE L'ARBITRE FACE A L'APPLICATION EFFECTIVE DES REGLES DE CONCURRENCE**

Pour déterminer la nature des pouvoirs dont dispose l'arbitre pour appliquer le droit de la concurrence, il est essentiel de distinguer, de prime abord, selon que les parties ont invoqué ou non une contrariété à une règle de concurrence.

En effet, si les parties ne soulèvent aucun argument de droit de la concurrence, l'arbitre peut-il ou doit-il soulever d'office cet argument ?

L'arbitre dans l'application du droit de la concurrence rencontre ainsi de multiples difficultés pratiques. La difficulté sera réduite à néant si l'une des parties invoque une disposition impérative ou si celle-ci est incluse dans la *lex contractus* ou dans la *lex arbitri*.

Dans ce cas là, l'arbitre pourra appliquer le droit de la concurrence sans aucune anicroche (§1).

En revanche, les difficultés surgiront si aucune des parties ne réclame l'application d'une loi de police extérieure à la *lex contractus* ou à la *lex arbitri* alors que l'arbitre a de bonnes raisons d'être persuadé que celle-ci se « voulait » bien applicable à la situation.

Dans cette éventualité, on se posera la question de savoir si l'arbitre peut ou doit, de son propre chef appliquer d'office des règles de droit de la concurrence (§2).

### **§1) UN POUVOIR INCONTESTABLE D'APPLICABILITE**

Désormais, l'arbitre peut exercer entièrement son pouvoir juridictionnel qui relève directement de la *jurisdictio*, de dire le droit et de trancher les contestations relatives à l'application des règles de concurrence.

Il n'existe aucune difficulté lorsque ce sont les parties qui invoquent la contrariété à une règle de concurrence comme un moyen soutenant leur prétention.

L'arbitre devra trancher la question de droit de la concurrence qui lui est posée, dès lors, que la norme dont la violation est invoquée, a un plein effet direct, ce qui est notamment le cas des articles 81 et 82 du Traité, et que son application n'est pas exclusivement réservée à une autorité administrative ou judiciaire.

Ainsi, à partir du moment où une partie soulève un moyen de concurrence, l'arbitre devra statuer sur cet argument et rendre une sentence y répondant. En effet, l'arbitre est tributaire de la convention d'arbitrage et par la suite, des prétentions des parties.

Il doit donc satisfaire leur demande en répondant aux questions soulevées.

En revanche, lorsqu'aucune des parties n'invoquent comme moyen la violation d'une norme de droit de la concurrence, l'arbitre devra se référer automatiquement à la loi choisie par les parties dans la convention d'arbitrage ou dans l'acte de mission (A).

Mais il est possible que les parties n'aient choisi aucune loi. Dans cette hypothèse, la *lex arbitri* devra être applicable (B).

### **A) EN PRESENCE D'UNE LEX CONTRACTUS**

L'article 1496 al. 1 du NCPC dispose « l'arbitre tranche le litige conformément aux règles de droit que les parties ont choisies ».

Par principe, l'arbitre ne peut s'écarter de la loi choisie par les parties, la *lex contractus*.

Il n'est donc pas libre car, toujours, de part sa nature contractuelle, la règle de l'autonomie s'impose à lui. Il est tenu d'appliquer la loi choisie par les parties pour régir le fond du litige. La loi choisie par les parties est donc souveraine.

L'arbitre devra, ainsi, appliquer la loi choisie dans sa totalité, à savoir appliquer ses dispositions supplétives et impératives.

Les parties peuvent choisir la loi étatique qu'elles souhaitent, mais elles ne peuvent écarter les dispositions impératives de la loi qu'elles choisissent. A défaut, cela reviendrait à admettre que la volonté des parties est supérieure à la loi choisie et reconnaître la théorie du contrat sans loi.

Lorsque les parties ont choisi le droit applicable, le respect du droit de la concurrence appartenant à ce droit est un élément de la mission de l'arbitre.

L'arbitre devra appliquer l'ordre public concurrentiel correspondant à la loi choisie par les parties. Comme l'écrit Y.Derains, dans l'hypothèse où un arbitre n'applique pas le droit de la concurrence de la loi choisie,

« l'arbitre manquerait à sa mission qui consiste à appliquer le droit régissant le contrat et à l'appliquer dans son ensemble quelles qu'en soient les conséquences (1) ».

L'arbitre peut donc soulever la violation d'une disposition d'ordre public car il a une mission de justice à remplir et ce, même si les parties n'ont pas soulevé d'argument de droit de la concurrence. Cette faculté lui a d'ailleurs été largement reconnue par la majorité de la doctrine.

Le respect des dispositions de droit de la concurrence se trouve face à la volonté des parties mais l'arbitre doit faire primer le premier sur le second. Non pas qu'on le reconnaisse comme le gardien de l'ordre public, mais il s'agit plutôt d'assurer la légitimité de l'institution arbitrale.

Cependant, il devra donner aux parties l'occasion de s'expliquer contradictoirement à ce sujet, de manière à sauvegarder l'exercice de leur droit de défense.

Il est donc en quelque sorte sur un fil tel un funambule. Il peut soulever un moyen de droit de la concurrence mais tout en respectant la mission qu'il lui incombe.

En conséquence, on peut avancer sans trop de risque que lorsque les parties ont fixé une loi applicable au contrat, l'arbitre peut appliquer les dispositions impératives comprises dans la *lex contractus*, notamment celles de droit de la concurrence, correspondant à cette loi et peut, en conséquence, soulever d'office la violation d'une des ces dispositions mais devra agir, dans ce cas là, très subtilement.

Les arbitres ne doivent pas introduire dans le débat des éléments dont les parties ne peuvent pas être à même de débattre contradictoirement.

## **B) EN L'ABSENCE DE LEX CONTRACTUS : LA LEX ARBITRI**

Si les parties n'ont pas choisies de *lex contractus*, le ou les arbitres doivent désigner le droit le plus approprié et dispose, à cet égard, d'une grande liberté.

Généralement, ils tiennent compte de l'économie générale du contrat pour localiser la loi applicable que l'on qualifie généralement de *lex arbitri*.

Dans l'hypothèse où les parties ne désignent aucune loi, les arbitres s'attache donc généralement à désigner la loi qui a les liens les plus étroits avec le litige et respecte les règles impératives du système juridique choisi. Autrement, il choisit le droit applicable au litige comme bon lui semble mais une fois ce droit désigné, il doit respecter obligatoirement les dispositions impératives de celui-ci.

Qu'il le puisse n'est ainsi plus contesté que ce soit en présence ou en l'absence de *lex contractus* mais l'arbitre doit-il soulever la question d'office ?

Tout le monde s'accorde à dire que l'arbitre a le pouvoir de soulever d'office la violation d'une règle d'ordre public appartenant au système juridique choisi par les parties ou par l'arbitre. En revanche, la question que l'on se pose aujourd'hui est de savoir si l'application du droit de la concurrence s'impose à l'arbitre.

## **§2) UN DEVOIR CONTESTABLE D'APPLICABILITE**

### **A) LE DEVOIR RECONNU AUX JURIDICTIONS NATIONALES D'APPLIQUER LES REGLES DE DROIT DE LA CONCURRENCE**

Par un arrêt du 14 décembre 1995, *Van Schindjel et Van Veen*, la CJCE a statué sur un recours préjudiciel du Hoge Raad, qui l'a interrogé sur le point de savoir si la violation des règles de concurrence, qui n'avait pas été évoquée devant la juridiction étatique saisie au fond, pouvait être soulevée pour la première fois en cassation.

La CJCE retient que « dans une procédure portant sur des droits et obligations civils dont les parties disposent librement, il appartient au juge national d'appliquer des dispositions communautaires contraignantes telles que les articles 3, sous f), 85, 86 et 90 du traité, même lorsque la partie qui a intérêt à leur application ne les a pas invoquées, dans le cas où son droit national lui permet une telle application.

En effet, il incombe aux juridictions nationales, par application du principe de coopération énoncé à l'article 5 du traité, d'assurer la protection juridique découlant pour les justiciables de l'effet direct des dispositions du droit communautaire.

Cependant, le droit communautaire n'impose pas aux juridictions nationales de soulever d'office un moyen tiré de la violation de dispositions communautaires, lorsque l'examen de ce moyen les obligerait à renoncer à la passivité qui leur incombe, en

---

1 Y. Derains, Arbitrage et Droit de la concurrence, Rev. Suisse de droit international de la concurrence, 1982, p. 39

*sortant des limites du litige tel qu'il a été circonscrit par les parties et en se fondant sur d'autres faits et circonstances que ceux sur lesquels la partie qui a intérêt à l'application desdites dispositions a fondé sa demande (1)».*

Autrement dit, la Cour retient un devoir d'applicabilité d'office des dispositions communautaires, qui ont un effet direct, par les juridictions des Etats membres même si la partie qui a intérêt à leur application ne les a pas invoquées. La Cour a décidé que les juges nationaux devaient appliquer d'office les règles communautaires de concurrence selon le critère de la libre disposition des droits, même si aucune des parties n'a invoqué ce moyen.

Mais cette solution s'impose-t-elle également aux arbitres ?

La première idée qui vient à l'esprit est, qu'a priori, la réponse serait négative puisque aux termes de l'arrêt dit arrêt « Nordsee (2) », un tribunal arbitral, institué par une convention de droit privé sans intervention des autorités, ne peut pas être considéré comme une juridiction nationale au sens de l'article 177 du traité (ancien article 234).

Ainsi, si l'on juxtapose les deux solutions, on pourrait en déduire qu'un devoir est reconnu aux juridictions nationales et comme un tribunal arbitral n'est pas considéré comme une juridiction nationale alors ce dernier n'a aucun devoir d'applicabilité.

Mais, certains ont pensé que l'on pouvait transposer cette solution à la procédure arbitrale.

Pour M. Simont, cet arrêt permet d'affirmer que l'arbitre a l'obligation de soulever d'office la violation d'une règle de droit de la concurrence mais uniquement si les éléments produits contiennent des indices sérieux d'une possible infraction (3). Il déduit de la solution de l'arrêt que l'arbitre ne dispose pas d'une faculté mais bien d'un devoir d'appliquer les règles communautaires.

Mais depuis l'affaire dite « Eco Swiss », on peut fortement en douter.

## **B) UN DEVOIR NON RECONNU AUX ARBITRES D'APPLIQUER LES REGLES DE DROIT DE LA CONCURRENCE**

La Cour dans l'affaire **Eco swiss (4)** ne répond pas à la même question que celle retenue dans l'arrêt Van Schindjel.

Mais certains ont déduit de la solution qu'il incombait également à l'arbitre de soulever d'office la violation d'une règle de droit de la concurrence, lorsque les parties n'avaient pas invoquées ce moyen.

En examinant scrupuleusement la solution de cet arrêt, on peut sérieusement douter de cette interprétation.

La société Benetton a saisi le Rechtbank en demandant l'annulation de deux sentences arbitrales et en faisant notamment valoir que ces sentences étaient contraires à l'ordre public en raison de la nullité du contrat de licence au regard de l'article 85 du Traité (actuel article 81).

Le Rechtbank a rejeté la demande formulée par la société Benetton, laquelle a alors interjeté appel devant le Gerechtshof.

Le Gerechtshof, par ordonnance du 28 mars 1996, a décidé de faire droit à la demande de Benetton.

La société Eco Swiss s'est alors pourvue en cassation devant le Hoge Raad (5), lequel a interrogé la Cour de Luxembourg sur plusieurs points litigieux.

Il a donc décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour des questions préjudicielles.

La première question avait trait à l'applicabilité d'office par l'arbitre de l'article 81 à savoir si les principes dégagés par la Cour dans l'arrêt Van Schijndel s'appliquent de manière analogue à l'arbitre, la seconde à

---

1 CJCE 14 décembre 1995, Jeroen van Schijndel et Johannes Nicolaas Cornelis van Veen c/ Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten, aff. N° C-430/93 et C-431/93 : SUITE SOLUTION : En effet, en l'absence d'une réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque Etat membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire. Toutefois, ces modalités ne peuvent être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne, ni rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire. Une règle de droit national empêchant la mise en oeuvre de la procédure prévue à l'article 177 du traité doit, à cet égard, être écartée.

Chaque cas où se pose la question de savoir si une disposition procédurale nationale rend impossible ou excessivement difficile l'application du droit communautaire doit être analysé en tenant compte de la place de cette disposition dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et de ses particularités, devant les diverses instances nationales. Dans cette perspective, il y a lieu de prendre en considération, s'il échet, les principes qui sont à la base du système juridictionnel national, tels que la protection des droits de la défense, le principe de sécurité juridique et le bon déroulement de la procédure.

A cet égard, le principe de droit national selon lequel l'initiative d'un procès civil appartient aux parties, le juge ne pouvant agir d'office que dans des cas exceptionnels où l'intérêt public exige son intervention, met en oeuvre des conceptions partagées par la plupart des Etats membres quant aux relations entre l'Etat et l'individu, protège les droits de la défense et assure le bon déroulement de la procédure, notamment en la préservant des retards inhérents à l'appréciation des moyens nouveaux.

2 CJCE, 23 mars 1982, Nordsee c/ Reederei Mond, Aff. 102/81, Rec. CJCE, 1982, p. 1095.

3 L. Simont, Arbitrage et droit de la concurrence, op. cit.

4 CJCE Eco Swiss China Time Ltd c/ Benetton International NV, 1er juin 1999, op.cit.

5 Jurisdiction suprême néerlandaise Ekvivalent de la Cour de cassation en France

L'obligation du juge d'annuler une sentence en cas de contrariété à l'article 81, même si son droit national ne prévoit pas ce cas d'annulation des sentences, la troisième, à l'obligation du juge d'annuler, même si, comme en l'espèce, le débat sur la validité n'a pas été porté devant l'arbitre.

La Cour ne s'est pas prononcé sur la première et sur la troisième question estimant que sa réponse à la deuxième question couvrait l'ensemble du problème.

Elle commence, ainsi par préciser que l'arbitre n'ayant pas la faculté de poser des questions préjudicielles à la Cour, il revient aux juridictions nationales d'examiner ces questions dans le cadre du contrôle de la sentence arbitrale.

Elle précise par la suite, en reprenant la solution de l'arrêt Nordsee, « qu'un tribunal arbitral ne constitue pas une « juridiction d'un Etat membre ».

Elle répond ici, en quelque sorte à la première question, à savoir si l'arbitre doit relever d'office une disposition d'ordre public, par la négative.

La Cour sous-entend que seules les juridictions nationales doivent soulever d'office la violation d'une disposition d'ordre public et que cette obligation n'est pas destinée à l'arbitre.

C'est en quelque sorte une formule de politesse car elle ne veut pas froisser l'institution arbitrale en lui dictant les comportements qu'elle doit avoir.

Elle a, donc, par un moyen détourné, refusé d'étendre la solution de l'arrêt Van Schindjel aux arbitres.

En effet, si elle souhaitait que l'arbitre ait comme les juridictions nationales l'obligation de soulever d'office la violation d'une règle de concurrence, elle aurait été plus explicite.

De la sorte, la Cour ne s'est pas prononcé clairement sur le fait de savoir si on pouvait transposer les principes dégagés par elle dans l'arrêt Van Schindjel. Mais, on peut interpréter son silence comme le refus d'étendre la solution de l'arrêt Van Schindjel à l'arbitre.

On peut en déduire qu'il n'incombe aucun devoir d'applicabilité d'office des règles de droit de la concurrence à l'arbitre.

Cette conception a été partagée par une doctrine majoritaire (1).

Pour Y. Derains, « il n'y a pas de loi que l'arbitre doive a priori appliquer (2) ». En ce sens que l'arbitre ne se voit imposer aucune obligation dans la détermination du droit applicable. D'autant plus que l'arbitre n'est pas naturellement porté à sauvegarder l'ordre public.

Mais la jurisprudence arbitrale fournit certaines illustrations de l'application d'office par les arbitres du droit communautaire de la concurrence.

Il est vrai que les arbitres, dans la rédaction des sentences, rappellent souvent qu'ils sont tenus d'appliquer le droit communautaire de la concurrence (3).

Dans l'affaire Amplagas (4) et dans la sentence CCI n°7315 de 1992, les arbitres ont soulevé d'office l'article 85 (actuel article 81) du traité de Rome mais ont conclu à l'inapplication au fond de cet article. Dans la sentence CCI n°7539 de 1995, le tribunal arbitral a même précisé qu'« il incombe aux arbitres de soulever même d'office, mais avec toute la prudence requise, l'incompatibilité d'un accord qui leur est soumis (ou de certaines de ses clauses) avec l'article 85 du Traité de Rome ».

Dans une sentence rendue en 1998 (5), ils énoncent clairement « qu'il appartient au Tribunal de se saisir d'office de la question de droit communautaire de la concurrence, même en l'absence de toute contestation de la part des parties ». Ainsi, au motif que le droit communautaire est d'ordre public, les arbitres estiment dans la présente sentence, comme dans d'autres, devoir se saisir d'office.

Mais ne peut-on pas déduire, finalement, de ces solutions que l'arbitre souhaite, uniquement, protéger sa sentence ? Cette théorie est très probable.

Mais lorsque l'arbitre ne se prononce pas, quelle interprétation doit-on donner à son silence ?

Doit-on déduire automatiquement de son silence qu'il a estimé qu'il n'existait aucune difficulté concurrentielle ou plutôt qu'il estime qu'il n'a pas l'obligation de soulever d'office le moyen ?

Mais le fait de ne pas soulever d'office un moyen alors qu'il existe une violation à l'ordre public n'est ce pas une violation elle-même ?

Ces questions n'ont pour l'instant aucune réelle réponse en droit positif.

---

1 S. Poillot Peruzetto, « L'ordre public international en droit communautaire, A propos de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés du 1<sup>er</sup> juin 1999 Eco Swiss », JDI, 2, 2000, p.299 et s.

2 Y. Derains, Attente légitime des parties et droit applicable au fond en matière d'arbitrage commercial international, op. cit.

3 Par exemple, la sentence rendue dans l'affaire n° 8626 en 1996, obs. J.-J. Arnaldez, JDI 1999, p.1073 et s.

4 Amplagas c/ Sofia, 28 octobre 1975, J.T. 1981, III, 71

5 Sentence CCI n° 8423 en 1998, JDI, 4, 2002, p. 1079.

Au-delà du débat, il ne reste plus qu'à opter pour la solution la plus raisonnable et celle qui va, avant tout, dans l'intérêt des parties.

L'arbitre est en quelque sorte « débiteur de l'obligation de rendre une sentence valable » (1).

Il serait conseiller aux arbitres d'appliquer les règles impératives en pensant à la décision qu'aurait pris le juge.

Dans cette hypothèse, il aura moins de chance de voir sa sentence annulée et respectera en quelque sorte sa mission qui est de trancher le litige et apporter une solution aux parties. L'arbitre a d'autant plus intérêt à respecter l'ordre public des Etats pour protéger la réputation de l'institution. Elle risquerait d'être suspectée d'être un moyen de fraude à la loi. Mais, en l'état actuel du droit positif, l'arbitre tient compte des règles communautaires uniquement parce qu'il ne souhaite pas voir sa sentence inexécutée.

Une sentence arbitrale (2) a d'ailleurs constaté ceci : « De plus, nous sommes d'avis que le tribunal arbitral devrait toujours se préoccuper de l'efficacité de sa décision. »

C'est là l'unique moyen d'éviter que sa sentence soit annulée ou non reconnue par le juge étatique. L'arbitre a donc tout intérêt à respecter l'ordre public des Etats.

Cependant, imposer à l'arbitre un devoir d'applicabilité serait démesuré.

Il est difficile de nos jours d'avoir une réponse précise sur la question de savoir si pèse ou non sur l'arbitre un devoir d'applicabilité du droit de la concurrence, si bien que la question est loin d'être épuisée.

Cependant, on peut valablement opter pour la thèse qui déduit de ce silence que l'arbitre n'a aucune obligation d'applicabilité.

Pour l'heure, force est de constater que l'arbitre applique de plus en plus le droit de la concurrence et qu'il rencontre à cet effet, certaines difficultés.

## **SECTION 2 : LES DIFFICULTES SOULEVEES PAR L'APPLICATION EFFECTIVE DES REGLES DE CONCURRENCE PAR L'ARBITRE**

Il n'est plus contesté que l'arbitre a, effectivement, le pouvoir d'appliquer les dispositions du droit de la concurrence. Et ceci a été perçu comme une véritable révolution des compétences de l'arbitre.

Mais l'application effective des règles de concurrence pose essentiellement deux difficultés : celle du sursis à statuer lorsqu'une procédure est engagée devant la Commission et celle de l'application au fond des articles 81 et 82 du Traité.

### **§1) LA QUESTION DU SURSIS A STATUER**

La Commission est depuis longtemps l'autorité communautaire par excellence compétente pour connaître des dispositions de concurrence.

Dans l'hypothèse où une procédure a été engagée devant la Commission, il existe un risque de contradiction de décisions entre, d'une part la sentence arbitrale se prononçant sur la nullité d'un contrat et, d'autre part, la décision de la Commission.

L'arbitre doit-il surseoir à statuer en attendant la décision de la Commission ?

La Cour de Luxembourg a accordé au juge étatique chargé d'appliquer l'article 81§ 2 la faculté et non l'obligation de surseoir à statuer (3).

Elle a admis que les juridictions nationales ne sont pas obligées de surseoir à statuer mais qu'elles ont néanmoins la faculté de le faire lorsqu'elles l'estiment nécessaire pour « des motifs de sécurité juridique », en attendant l'issue de l'action de la Commission.

L'arbitre doit bénéficier des mêmes pouvoirs et subir les mêmes limites que le juge étatique.

### **§2) L'APPLICATION AU FOND DES ARTICLES 81 ET 82 DU TRAITE**

Généralement, les arbitres ne rencontrent aucune difficulté dans l'application des règles de concurrence.

Cependant, ils rencontrent, tout de même, des difficultés dans l'appréciation des données factuelles de l'affaire. Mais cette appréciation demeure aussi difficile pour l'arbitre que pour le juge.

1 M.Level « Brèves réflexions sur l'office de l'arbitre », Mélanges en l'honneur de R.Perrot, Dalloz, 1996, p.47

2 Sentence CCI n° 8626 en 1996, JDI, 1999, 1073, obs. J.-J. A. op. préc.

3 CJCE, 30 janvier 1974, 127/73 BRT c/ SABAM, JDI, 1976, 203, note R. Kovar.

L'arbitre détient ainsi les mêmes pouvoirs que le juge d'un Etat membre chargé de se prononcer sur les conséquences civiles d'une infraction aux articles 81 et 82 du Traité CEE.

Il peut appliquer, tout comme le juge judiciaire les règles communautaires qui ont un effet direct et notamment celles de droit de la concurrence.

Il peut également prendre parti sur l'application d'un règlement d'exemption par catégorie.

Désormais depuis le 1<sup>er</sup> mai 2004, date de l'entrée en vigueur du règlement n°1/2003, les juridictions des Etats membres voient leurs compétences s'élargir. En effet, celui-ci décentralise l'application du Droit communautaire de la Concurrence au profit des juridictions nationales. Le nouveau règlement a remplacé le régime de notification et d'exemption par un régime d'exception légale prévu à l'article 1<sup>er</sup>.

On peut valablement avancer que le règlement est également applicable à l'arbitre dans un souci d'uniformité du droit communautaire.

En effet, le souci de la réforme est d'assurer l'application unitaire de l'article 81 donc il serait absurde d'écarter un acteur de l'application de cette règle aussi sérieux que l'arbitre.

Il bénéficie donc indirectement et surtout implicitement des dispositions du règlement n°1/2003.

Dorénavant, l'arbitre comme le juge peut accorder des exemptions individuelles.

L'arbitre se voit donc reconnaître une compétence pleine et entière pour statuer sur des litiges relevant de l'article 81 § 3. Il se voit habilité à « exempter » une entente interdite par l'article 81

## **TITRE II**

### **LE DROIT DE LA CONCURRENCE CONFRONTÉ À L'ARBITRAGE**

#### **CHAPITRE PREMIER**

##### **LES ORGANES INTERNES CHARGÉS DU CONTRÔLE DU DROIT DE LA CONCURRENCE CONFRONTÉS A L'ARBITRAGE**

Pour obtenir un panorama des relations qu'entretiennent l'arbitre et les organes internes chargés du contrôle de la politique concurrentielle, il est essentiel de faire une distinction entre les autorités et les juridictions nationales

#### **SECTION 1 : L'IMMERSION DU JUGE ETATIQUE DANS L'ARBITRAGE**

La question de l'arbitrabilité étant résolue, c'est la question de savoir quelle est l'étendue du contrôle de la sentence qui est d'actualité. Nous nous intéresserons en particulier à l'étendue du contrôle que le juge peut exercer lors de l'examen de la conformité de la sentence avec l'ordre public.

#### **§1) LA PREPONDERANCE EN DROIT POSITIF D'UN CONTROLE ETATIQUE LIMITE A LA REGULARITE PUREMENT FORMELLE DE LA SENTENCE**

Le contrôle a posteriori de la sentence arbitrale revêt une importance particulière.

Lorsque les arbitres rendent une sentence celle-ci est dotée de l'autorité de la chose jugée mais pas de la force exécutoire. La sentence rendue peut, de la sorte, faire l'objet d'une procédure d'exequatur ou de recours par la voie de l'appel ou de l'annulation.

En pratique, la plupart des sentences sont exécutées spontanément par les parties car ils proviennent généralement des mêmes secteurs et acceptent en quelque sorte les règles du jeu.

En effet, l'exécution de la sentence quant à elle est le plus souvent spontanée. On avance souvent le chiffre de 90% pour quantifier les sentences qui sont exécutées sans difficulté.

Pour les 10% restants, il est nécessaire d'avoir recours à la force coercitive des Etats.

La Convention de New York ratifiée par 135 pays, joue un rôle prépondérant dans l'exercice de cette force et participe à cette grande effectivité des sentences arbitrales.

L'exequatur tel que prévu à l'article L311-11 du Code l'organisation judiciaire confère force exécutoire à une sentence arbitrale.

Mais la procédure d'exequatur ne donne pas lieu à un débat contradictoire car le juge doit se limiter à un contrôle sommaire de la sentence. Seule une sentence qui viole de manière flagrante et évidente l'ordre public international se verra refuser l'exequatur par le tribunal de Grande Instance statuant à juge unique.

En fait, le véritable contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public, notamment concurrentiel, est confié à la Cour d'appel saisie sur voie de recours en annulation.

Le contrôle judiciaire sera, d'ailleurs, ici envisagé principalement dans le cadre de l'instance en annulation.

C'est lors de la mise en œuvre de ce type de recours que l'on rencontre le plus de difficultés.

C'est justement dans cette hypothèse que l'on pourra observer les comportements des juges nationaux face aux sentences arbitrales intéressant l'ordre public et par de la même mettant en jeu le droit de la concurrence.

Le recours en annulation est ouvert aux parties qui souhaitent gommer une sentence et remettre ainsi en cause la validité de la sentence.

Lors de ce type de recours, les parties utilisent fréquemment, pour contester la décision, la violation par les arbitres d'une règle d'ordre public et notamment une règle de concurrence.

#### **A) LA DEFINITION CLASSIQUE DE L'ETENDUE DES POUVOIRS DU JUGE DU CONTROLE**

L'étendue du contrôle des juges judiciaires est problématique.

Deux conceptions s'affrontent sur la question de l'étendue de ce contrôle. : La thèse minimaliste et la thèse maximaliste.

Selon la thèse minimaliste, le juge chargé du contrôle ne doit pas procéder à une vérification de la façon dont l'arbitre a pu trancher le litige en application des règles de concurrence. Il doit uniquement observer la solution donnée au litige au regard des règles de concurrence.

Alors que la thèse maximaliste, quant à elle, prône une totale liberté du juge quant au contrôle qu'il exerce sur la sentence arbitrale.

Ces deux conceptions reflètent le conflit entre l'arbitrage et le droit de la concurrence c'est-à-dire celui de l'autonomie de l'arbitrage et du souci des Etats de s'assurer du respect de l'impérativité du droit de la concurrence.

Les juges ont donc dû faire un choix entre ces deux conceptions mais la tâche n'était pas aisée. Ils ont, au fil du temps, généralement eu tendance à effectuer un contrôle minimal de la sentence arbitrale.

### **1) Le respect du principe de l'interdiction de la révision au fond**

Les partisans (1) de la thèse minimaliste considèrent que, même en présence de lois de police ou de principes d'ordre public, le contrôle de la sentence arbitrale par le juge de l'annulation doit rester minimal et ne peut remettre en cause la décision des arbitres, sauf en des circonstances exceptionnelles.

Les partisans de cette thèse rappellent, ainsi, que le principe de la prohibition de la révision au fond ne peut supporter aucune exception ni même aucun aménagement.

En effet, l'étendue des pouvoirs du juge quant au contrôle de la sentence est contingentée par le principe de la prohibition de la révision au fond de la sentence arbitrale. Ce principe est d'ailleurs en matière d'arbitrage relativement ancien (2).

Le juge du contrôle doit ainsi respecter la souveraineté de l'arbitre dans la résolution du litige.

Il ne doit en aucun cas contrôler le fond du litige.

La Cour d'appel et la Cour de cassation ont à plusieurs reprises (3) affirmé cette règle.

### **2) L'application du principe de l'interdiction de la révision au fond**

Force est de reconnaître que bons nombres d'affaires se sont référés à la « solution du litige » pour apprécier l'atteinte à l'ordre public concurrentiel. Le juge ne doit contrôler, comme il est souvent précisé, uniquement « la solution du litige ».

Dans ce sens, les magistrats dans la célèbre affaire « Aplix (4) » ont soutenu « que le contrôle de la Cour, exclusif de tout pouvoir de révision au fond de la décision arbitrale, doit porter, non sur l'appréciation que les arbitres ont faite des droits des parties au regard des dispositions d'ordre public invoquées, mais sur la solution donnée au litige, l'annulation n'étant encourue que dans la mesure où cette solution heurte l'ordre public ».

Le contrôle se résume à observer le dispositif de la sentence. Il fallait, de la sorte, qu'une contrariété à une règle d'ordre public apparaisse dans la lecture de la sentence.

## **B) LA CONFIRMATION DE CETTE DEFINITION PAR LES RECENTES AFFAIRES « ECO SWISS » ET « THALES »**

### **1) L'affaire dit « Eco Swiss »**

La Cour suprême néerlandaise a posé des questions préjudicielles à la CJCE et notamment celle de savoir si le juge étatique devait accueillir un recours en annulation pour violation de l'ordre public s'il constatait qu'une sentence arbitrale était effectivement contraire à l'article 81 du Traité et cela même si les arbitres n'avaient pas débattu sur ce point.

La Cour commence par préciser que « les exigences tenant à l'efficacité de la procédure arbitrale justifient que le contrôle des sentences arbitrales revête un caractère limité et que l'annulation d'une sentence ne puisse être obtenue, ou la reconnaissance refusée, que dans des cas exceptionnels. »

Elle assure ici l'efficacité de la procédure arbitrale car elle fait de l'annulation ou la non reconnaissance d'une sentence, l'exception. Elle considère donc que les cas d'annulation ou de non reconnaissance d'une sentence doivent être « exceptionnels ».

---

1 Y. Derains, Rev. Arb. 2001, p. 805 ; L.G Radicati di Brozolo, L'illicéité « qui crève les yeux » : critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international, Rev. Arb., 2005, n°3, p.529, A. Prujiner, Champ du contrôle du juge national sur les sentences arbitrales., Op. cit.

2 Req., 8 décembre 1914, Salles C. Hale, D. P. 1916, 1, 194; Req., 9 juillet 1928, D. P., 1928, 1, 173, note Crémieu.

3 Cass., 1<sup>re</sup> civ., 5 janvier 1999, Rev. Arb., 2001, 804, obs. Y. Derains. ;

4 CA Paris 14 octobre 1993, Société Aplix c/ société Velcro, Op. cit.

Mais rapidement, elle s'empresse de préciser que l'article 81 CE constitue « une disposition fondamentale indispensable pour l'accomplissement des missions confiées à la Communauté, et en particulier pour le fonctionnement du marché intérieur (1) » et qu' « il s'ensuit que, dans la mesure où une juridiction nationale doit, selon ses règles de procédure internes, faire droit à une demande en annulation d'une sentence arbitrale fondée sur la méconnaissance des règles nationales d'ordre public, elle doit également faire droit à une telle demande fondée sur la méconnaissance de l'interdiction édictée à l'article 81 du traité. ».

La Cour se sert de la notion d'ordre public pour que le juge national de contrôle annule une sentence qui n'a pas fait application d'une norme fondamentale du droit communautaire.

La Cour insiste sur le fait que l'exigence d'uniformité est nécessaire car les arbitres contrairement aux juges classiques ne peuvent poser des questions préjudicielles.

Ceux-ci étant tout de même confrontés à des litiges touchant au droit de la concurrence, la Cour renforce le rôle des juges nationaux dans leurs contrôles pour assurer une meilleure application des dispositions. Elle fait du juge national le « garde-fou » essentiel de l'arbitre dans l'application des dispositions communautaires d'ordre public et le gardien de l'ordre public de concurrence.

Mais le réel apport est qu'elle conclut l'affaire en retenant qu' « une juridiction nationale saisie d'une demande en annulation de la sentence arbitrale doit faire droit à une telle demande lorsqu'elle estime que cette sentence est **effectivement** contraire à l'article 81 CE dès lors qu'elle doit, selon ses règles de procédure internes, faire droit à une demande en annulation fondée sur la méconnaissance de règles nationales d'ordre public. »

Une sentence arbitrale doit donc être annulée si elle est contraire à l'article 81 du Traité.

Mais la sentence doit être « *effectivement contraire à l'article 81 CE donc le contrôle doit être « effectif »* !!! Les juges doivent donc vérifier si la sentence ne heurte pas l'ordre public.

## 2) L'affaire dit « Thalès » (2)

Le célèbre arrêt Thalès est venu consacrer une fois de plus la thèse minimaliste.

La cour d'appel confirme la solution bien établie selon laquelle le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public ne peut conduire à une révision au fond de celle-ci.

Il en résulte que le contrôle doit porter sur la solution du litige donné par la sentence et non sur la conformité réelle du contrat litigieux au droit de la concurrence. L'arrêt ne fait ici que réaffirmer une solution déjà bien établie.

Les juges, ironiquement, reprennent l'argument de la partie demanderesse et explique que la violation de l'ordre public concurrentiel dans la sentence doit « crever les yeux » du juge de l'annulation.

Mais elle fait un ajout au droit positif.

Elle n'utilise plus la notion d'appréciation de la « solution du litige ». Elle parle plutôt d'appréciation « en droit et en fait sur les éléments qui sont dans la sentence ». Elle accorde ainsi aux juges la possibilité d'examiner la sentence dans sa totalité et plus seulement le dispositif de celle-ci.

Autrement dit, les juges pourront observer le dispositif et la motivation des arbitres dans la sentence rendue pour déterminer s'il y a violation d'une règle de droit de la concurrence comme ce n'était pas le cas auparavant.

La position dominante en droit positif est certes favorable à une conception restrictive de l'étendue des pouvoirs du juge. C'est ainsi la thèse minimaliste qui a été revendiquée par la plupart des juges, même si dans la majorité des cas, on peut douter qu'en pratique ceux-ci n'accordent pas plus d'importances aux données factuelles que ce qu'ils veulent bien nous faire croire.

## §2) LES CRITIQUES DE LA SOLUTION DU DROIT POSITIF

### A) LA SOLUTION DU DROIT POSITIF RESENTIE COMME UN LEURRE

Les juges retiennent dans la majorité des affaires qui leur sont confiés que le juge chargé du contrôle de la sentence arbitrale ne doit observer que la conformité de la sentence, voire du dispositif, aux règles d'ordre

---

1 Point 36.

2 CA Paris, 18 novembre 2004, JDI 2005, p. 357, note A. Mourre ; Revue Lamy Concurrence, février/avril 2005 p. 68 ; JCP 2005, II, 10038, note G. Chabot ; RTD. Com. 2005, p. 263, obs. E. Loquin ; GP, sept-oct 2005, p. 3279, Ch. Seraglini ; L-G Radicati di Brozolo, L'illicéité qui creve les yeux : critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international, Rev. Arb. 2005 n° 3, p. 529.

public. Il ne peut en aucun cas réexaminer en faits et en droit les éléments de l'affaire comme ont pu largement le faire les arbitres.

Mais tout ceci n'est qu'un leurre. Les juges judiciaires, de facto, effectuent un contrôle un peu plus étendu que ce qu'ils veulent nous faire croire.

### **1) Un contrôle minimal en apparence mais maximal dans les faits**

En effet, dans la plupart des cas, les juges judiciaires, même s'ils affirment qu'ils n'observent que la solution du litige, ils analysent également les données factuelles et l'appréciation qu'ont donnée les arbitres sur l'affaire.

La prédominance de la thèse minimaliste serait donc chimérique. Elle cacherait en fait une approche maximaliste des juges.

L'arrêt *Aplix* précité en est la parfaite illustration. Les juges font une analyse précise des données factuelles de l'affaire et statue sur les motivations retenues par les arbitres.

Ils prônent dans leur décision l'application d'un contrôle minimal alors qu'ils effectuent un contrôle maximal de la sentence.

Les juges parisiens dans un arrêt du 14 juin 2001 (1) dit « *Tradigrain* » ont retenu la même solution que l'arrêt « *Aplix* » et ont énoncé que « l'appréciation [de l'ordre public international] doit être concrète ». Mais il s'agit également d'un leurre.

Car dans cette affaire également les juges ont mené leur propre analyse des faits de l'espèce et procédaient à la dissection des contrats litigieux.

### **2) L'insuffisance du dispositif à déceler la violation de l'ordre public**

Il est vrai qu'il paraît difficile d'envisager une appréciation concrète sans une connaissance étendue des faits. La simple étude du dispositif ne permet pas aux juges d'avoir une vision d'ensemble du litige et ainsi découvrir une éventuelle violation d'une règle de concurrence.

En effet, on demande au juge de contrôler la sentence au regard de l'ordre public mais l'observation de cet ordre public suppose une certaine connaissance des faits.

L'arrêt *Thalès* a consacré l'idée que les juges peuvent apprécier la sentence dans sa globalité mais cela ne suffit toujours pas car ce sont généralement tous les documents échangés entre les parties et leurs conseillers qui permettent de déterminer s'il y a par exemple une entente prohibée.

Le simple examen de la sentence qui fait état brièvement des données factuelles du litige et du résultat retenu par les arbitres ne suffit toujours pas à déterminer pour les juges s'il y a violation d'une règle d'ordre public ou d'une loi de police.

De plus, les arbitres ne sont pas tenus depuis quelques années à motiver leur sentence.

Cela revient donc uniquement à observer l'apparence de la sentence.

S'en tiendraient-ils qu'à l'apparence ?

L'attitude des juges ne mérite donc pas d'être approuvée car elle rend peu effectif le contrôle de la sentence.

Même s'il est vrai que cette conception respecte les exigences d'autonomie de l'arbitrage, elle n'en reste pas moins inadaptée et surtout artificielle.

## **B) LA MISE EN ECHEC DE LA SOLUTION DU DROIT POSITIF**

### **1) La thèse maximaliste : une possible solution ?**

#### **a) Un contrôle maximaliste parfois retenu**

Les partisans (2) de la thèse maximaliste développent une conception qui repose essentiellement sur l'idée que le contrôle du respect des intérêts généraux, et des lois censées les protéger, est une prérogative étatique.

Cette thèse postule une conception très large de l'ordre public international et un contrôle approfondi du respect de l'ordre public qui en pratique réintroduit la révision au fond.

1 CA Paris 14 juin 2001, SA Compagnie commerciale André c/ SA Tradigrain France, Rev. Arb. 2001, n° 4, p. 773.

2 P. Mayer, « La sentence contraire à l'ordre public au fond », Rev. Arb., 1994, p. 615 ; J-B Racine, L'arbitrage commercial international et l'ordre public, Paris, 1999 ; Ch. Seraglini, Lois de police et justice arbitrale internationale, Paris, 2001 ; E. Loquin, Arbitrage international, RTD com. Avril/Juin 2005, p. 263.

Dès lors, il incomberait toujours aux juges nationaux de vérifier, au besoin par un contrôle approfondi, si les lois de police ont été appliquées par les arbitres. Cette approche intrusive au contrôle des sentences serait en quelque sorte le contrepoids de l'élargissement du domaine de l'arbitrabilité effectuée par les arrêts Ganz et Labinal.

Un certain nombre d'arrêts semblent adopter une conception maximaliste du contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public.

Le juge s'autorise ainsi à vérifier la pertinence de l'ensemble du raisonnement suivi par l'arbitre et notamment la qualification et l'interprétation donnée au contrat en cause. En effet, ils exercent parfois un contrôle extensif, comme c'est le cas dans l'affaire Dutco (1).

Dans la célèbre affaire dite « des Pyramides (2) » également, la Cour suprême a retenu que « si la mission de la Cour d'appel, saisie d'un recours en vertu des articles 1502 et 1504 du nouveau code de procédure civile, est limitée à l'examen des vices énumérés par ces textes, aucune limitation n'est apportée au pouvoir de cette juridiction de rechercher en droit et en fait tous les éléments concernant les vices en question ; en particulier, il lui appartient d'interpréter le contrat pour apprécier elle-même si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ».

Il apparaît ainsi pour certains que le juge national est le mieux placé pour défendre les intérêts de la Nation au travers de la sauvegarde de l'ordre public et pour ce, il doit avoir une connaissance parfaite des éléments de l'affaire.

Mais ce contrôle comporte, tout de même, certains risques.

### **b) Un contrôle maximaliste inadéquat risquant de judiciaireiser l'arbitrage :**

Le contrôle maximaliste est certes, approuvé par certains mais revêt un caractère dangereux pour l'institution arbitrale.

Ce contrôle est démesuré et inconciliable avec l'interdiction de la révision au fond des sentences. Il s'agit, purement d'une intrusion du juge judiciaire dans la procédure d'arbitrage.

On judiciaireise le dénouement de la procédure arbitrale si l'on permet aux juges judiciaires de réexaminer l'affaire lors d'un recours. Il faut donc avant tout préserver l'autonomie de l'arbitrage en évitant que le juge national s'immisce totalement dans le contrôle de la sentence. Si l'on admet que le juge judiciaire effectue un contrôle approfondi de la sentence, cela aboutit à un résultat que les parties ont justement évincé lors de l'insertion de la convention d'arbitrage. Elles désiraient que leur différend soit réglé par voie d'arbitrage et se retrouvent finalement devant les juridictions classiques.

N'ayons pas peur ainsi d'affirmer que l'arbitre n'a besoin d'aucun garde fou.

Par conséquent, les juges en exerçant un contrôle minimal porte en quelque sorte atteinte au droit de la concurrence et en exerçant un contrôle maximal, portent atteinte, à son tour à l'arbitrage.

La voie serait-elle sans issue ?

La réponse est négative car la thèse absolutiste développée par certains auteurs peut être la véritable solution à cette impasse.

## **2) La thèse absolutiste : la meilleure solution ?**

La solution serait-elle d'abolir tout contrôle sur le fond de la solution des arbitres de la part des juges ?

Certains (3) préconisent cette solution.

En effet, il serait opportun de prendre une réelle décision et ensevelir une fois pour toute un contrôle qui n'en est pas un. Le contrôle minimal retenu par la jurisprudence actuelle n'est qu'un simulacre de contrôle qui ne protège en rien les éventuelles violations des dispositions d'ordre public.

Le contrôle maximal, quant à lui, est une violation flagrante du principe d'interdiction de révision au fond, de celui d'autonomie de l'arbitrage et de celui, a fortiori de la volonté des parties.

Annihiler le contrôle qu'exerce les juges sur les sentences arbitrales, reviendrait à « rendre à César, ce qui appartient à César ».

Ne serait-ce pas plus logique de confier cette mission aux arbitres eux-mêmes ?

---

1 Civ. 1<sup>ère</sup>, 7 janvier 1992, Société Dutco, Rev. Arb. 1992, p. 470, Note P. Bellet.

2 Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 janvier 1987, Southern Pacific Properties Ltd c/ République arabe d'Egypte, Rev. Arb., 1987, p.469, note Ph. Leboulanger.

3 Ph. Fouchard, « La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine », Rev. Arb., 1997, p. 351 ; A. Mourre.

Les arbitres, étant dans la majorité des cas des professionnels avérés, ne peuvent pas conclure un litige en enfreignant ouvertement une règle de droit de la concurrence.

De plus, ils ont une connaissance parfaite de l'affaire et sont à même de détecter une violation de l'ordre public. Ils ne pourraient engendrer une solution contraire à l'ordre public.

Les arbitres appliquent désormais régulièrement et de manière assez compétente et souvent d'office, les lois de police « avec une rigueur égale à celle que l'on serait en droit de s'attendre des tribunaux étatiques » selon V. Heuzé (1).

Ils sont, et nul n'en doute, expérimentés donc on peut facilement supposer qu'ils sont les plus aptes à contrôler une sentence.

La solution inverse conduirait à les considérer comme incapable à exercer un contrôle alors que l'on considère qu'ils sont tout à fait aptes à appliquer les règles soumises à ce même contrôle.

De plus, les impératifs liés à la sauvegarde de l'ordre public seront sauvegardés par les arbitres car ceux-ci veulent assurer leur crédibilité professionnelle.

Il est vrai que tout le système procédural serait à revoir et ce n'est pas chose aisée. C'est, d'ailleurs, ce qui empêchera de voir cette thèse un jour éclore.

Mais force est de constater que le système actuel de contrôle n'est pas satisfaisant.

A ne rien modifier dans le paysage jurisprudentiel actuel, on risque d'aboutir à un contrôle tellement léger qu'il en deviendra complètement inutile et factice.

## **SECTION 2 : L'IMMERSION DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE DANS L'ARBITRAGE**

Les relations qu'entretient le Conseil de la concurrence avec l'arbitrage sont, sur beaucoup de points, similaires à celles qu'il entretient avec l'ordre judiciaire classique.

Il est aujourd'hui indéniable que l'arbitre international est revêtu du pouvoir de *jurisdiction* et par conséquent, constitue une *jurisdiction* habilitée à saisir le Conseil de la concurrence pour lui demander un avis sur une pratique anticoncurrentielle dont il serait saisi.

L'arbitre est considéré ici comme l'homologue du juge.

De ce fait, on peut rapidement en dégageant que le Conseil de la concurrence a très peu, voire aucuns pouvoirs lorsque la sentence a pour objet de restreindre la concurrence mais retrouve toute sa liberté d'action face à une sentence qui a pour effet de restreindre la concurrence.

Les relations qu'entretiennent le Conseil de la concurrence et l'arbitrage ne sont pas surprenantes. Il est seulement regrettable que les arbitres ne sollicitent pas plus souvent le Conseil car celui-ci détient des connaissances en droit de la concurrence qui lui serait d'une grande utilité.

### **CHAPITRE SECOND**

#### **LES ORGANES COMMUNAUTAIRES SPECIALISES EN DROIT DE LA CONCURRENCE CONFRONTES A L'ARBITRAGE**

Il est vrai que la rencontre entre l'espace judiciaire européen et l'arbitrage, comme l'a justement souligné M. Vidal (2), ne peut se faire sans heurts. L'espace judiciaire européen poursuit un objectif d'intégration toujours plus grande des systèmes nationaux dans un espace unique, la nouvelle application du paragraphe 3 de l'article 81 du Traité par les juridictions nationales en est une illustration ; quant à l'arbitrage, il revendique au contraire une autonomie toujours plus grande.

Les institutions communautaires et plus particulièrement, la Commission et la CJCE étaient sinon hostiles du moins méfiantes envers l'arbitrage.

Elles considéraient que ce mode de règlement des litiges pouvait être un moyen pour les parties d'esquiver l'application des règles de concurrence impératives.

Depuis quelques années, la tendance est en train de s'inverser (3).

A l'origine, les autorités communautaires manifestaient une attitude réfractaire vis-à-vis de l'institution arbitrale (Section 1). A l'heure actuelle, cette hostilité persiste sur certains points mais force est de reconnaître que les institutions communautaires sont de plus en plus accueillantes envers l'institution arbitrale (Section 2).

---

1 V. Heuzé, « La morale, l'arbitre et le juge », op. cit.

2 D. Vidal, « Rapport introductif du colloque international de Nice du 20 et 21 janvier 2005, L'arbitrage commercial et l'espace judiciaire européen », Rev. Arb. 2005, n° 1, p. 221.

3 L. Idot, « Arbitrage et droit communautaire de la concurrence », op. cit.

## **SECTION 1 : DE L'HOSTILITE.....**

Nul ne doute aujourd'hui que l'arbitre exerce un pouvoir juridictionnel en ce qu'il est appelé à dire le Droit. Cependant, ceci ne fait pas de l'arbitre une juridiction d'un Etat membre.

A une époque où l'on ne cesse d'encenser l'arbitre et de l'assimiler au juge de droit commun, il paraît illogique qu'il ne puisse avoir tous les pouvoirs du juge et ainsi disposer de tous les informations communautaires nécessaires à sa mission.

C'est pour cela que l'on s'étonne encore que l'arbitre soit expressément privé de toute coopération juridictionnelle (Paragraphe I) et administrative (Paragraphe II).

### **§1) L'ABSENCE DE COOPERATION JURIDICTIONNELLE**

#### **A) L'INTERDICTION FAITE A L'ARBITRE DE POSER DES QUESTIONS PREJUDICIELLES**

La CJCE, en 1982, dans la célèbre affaire Nordsee (1), a déclaré qu'un tribunal arbitral ne pouvait être qualifié de « juridiction d'un Etat membre » au sens de l'article 234 CE (ancien article 177 du traité CE) et qu'il n'avait, par conséquent, pas vocation à la saisir à titre préjudiciel. Elle a donc explicitement dénié à l'arbitre toute possibilité de lui formuler directement un renvoi en interprétation.

La solution dégagée par les juges dans l'affaire Nordsee reste constante et a été récemment réaffirmé par l'arrêt (2) de la CJCE du 27 janvier 2005.

L'arbitre n'a donc pas le pouvoir d'interroger la Cour.

Cette solution est constante et la CJCE continue d'affirmer en se référant aux arrêts Nordsee et Eco Swiss, que les tribunaux arbitraux ne peuvent être assimilés aux juridictions des Etats membres au sens de l'article 234 du Traité et ne peuvent donc pas poser des questions préjudicielles à la CJCE comme le font les juridictions ordinaires.

Les arbitres, eux-mêmes, affirment régulièrement qu'ils ne peuvent poser des questions préjudicielles à la CJCE (3).

Mais une solution est toujours possible.

#### **B) LA JOUISSANCE D'UNE ASSISTANCE JUDICIAIRE IMMEDIATEMENT NATIONALE ET MEDIATEMENT COMMUNAUTAIRE**

Consciente de l'insatisfaction de la solution interdisant aux juridictions arbitrales d'utiliser le mécanisme de renvoi préjudiciel, et soucieuse d'assurer le respect du droit communautaire dans les territoires des Etats membres, la CJCE a tenté de remédier à cette situation en encourageant les arbitres à bénéficier indirectement du mécanisme de renvoi par le recours à une procédure devant la juridiction étatique.

Dès lors, si un arbitrage conventionnel soulevait des questions de droit communautaire de la concurrence, les juridictions ordinaires pourraient être amenées à examiner ces questions, soit dans le cadre du concours qu'elles prêtent aux tribunaux arbitraux, notamment pour les assister dans certains actes de procédure ou pour interpréter le droit applicable, soit dans le cadre du contrôle de la sentence arbitrale vu précédemment. Les juridictions nationales, pour l'accomplissement de ces différents devoirs, d'assistance et de contrôle, bénéficient de la possibilité d'user de l'article 234 et, en droit, il leur appartient de « vérifier si elles doivent saisir la Cour pour obtenir l'interprétation ou l'appréciation de validité des dispositions du droit communautaire qu'elles peuvent être menées à appliquer ».

Mais, le fait que les juridictions classiques puissent poser des questions préjudicielles à la CJCE lorsqu'elles ont à statuer sur un recours en annulation, n'arrange en rien les affaires de l'arbitre. En effet, celui-ci n'en tire aucun intérêt puisqu'il n'a plus à se prononcer sur un litige.

Cependant, rien n'empêche le tribunal arbitral de soumettre des questions difficiles à un juge d'appui pour que celui-ci à son tour obtienne une réponse de la CJCE (4).

Cette hypothèse paraît être la meilleure solution pour que l'arbitre puisse obtenir un avis sur une question délicate d'appréciation du droit de la concurrence.

1 CJCE 23 mars 1982, Nordsee, aff. 102/81, op. cit.

2 CJCE, 27 janvier 2005, Denuit, aff. C-125/04.

3 Sentence CCI n° 7945 de 1995 et Sentence n° 7146, GP, Vendredi 30, samedi 31 mai 2003 p. 1526, Chronique de jurisprudence arbitrale de la CCI d'Emmanuel Jolivet ;

4 Voir sentence n°174/84, 1986.

Au-delà, il ne reste plus qu'à l'arbitre, le recours à la Commission. Toutefois cette autorité, a priori, ne s'intéresse pas spécialement quant au sort de l'arbitre face au droit de la concurrence.

## §2) L'ABSENCE DE COOPERATION ADMINISTRATIVE

La Commission des Communautés européennes est « la gardienne de l'intégrité de la concurrence dans le marché commun » et dispose pour cela de certaines compétences exclusives. Elle n'est, certes, pas habilitée à demander l'annulation d'une sentence violant une règle de concurrence mais elle peut, si elle le souhaite, présenter un mémoire à titre *d'amicus curiae* dans une procédure d'annulation ou d'exequatur. Elle a aussi le droit d'envoyer des demandes de renseignements aux parties et, le cas échéant, d'ouvrir une enquête et de procéder à une communication de griefs.

Consciente des difficultés rencontrées par le juge étatique, elle a publié en 1993, une communication à ce sujet et a introduit la possibilité pour le juge de lui demander un avis sur l'état de la procédure.

En revanche, bien que l'arbitre soit confronté aux mêmes problèmes, elle n'a à ce jour toujours pas pris position d'une éventuelle coopération le concernant.

### A) L'ARBITRE PEUT-IL BENEFICIER DE LA COOPERATION DE LA COMMISSION ?

Désormais, le règlement n°1/2003 précise également la coopération étroite qu'il peut exister entre la Commission et les juridictions nationales.

Cette coopération est définie à l'article 15 du nouveau règlement et repose essentiellement sur une politique d'échanges d'informations. Ainsi, dans les procédures relatives à l'application des articles 81 et 82 du Traité, les juridictions nationales peuvent demander à la Commission de leur transmettre des informations ou de leur faire part de son opinion sur l'application du droit communautaire de la concurrence.

Le règlement et ses mesures d'application ne font pas non plus état de l'arbitre.

Mais le recours de cette coopération est-il ouvert à l'arbitre ?

En effet, rien, n'empêche, a priori, l'arbitre d'interroger la Commission et aucun texte n'interdit à la Commission de répondre.

Selon Lucien Simont (1), l'arbitre peut prendre l'initiative de questionner la Commission si celle-ci est prévue dans l'acte de mission ou dans la convention d'arbitrage ou si la Commission a été préalablement saisie du problème par une plainte émanant d'une partie.

Cependant, si une des deux conditions n'est pas remplies, l'arbitre interrogeant spontanément, risque de voir engager sa responsabilité personnelle par une partie, opposée à ce recours ou par la Commission elle-même.

La DG Concurrence et plus particulièrement son unité 02 a précisé que la Commission apporterait son concours, à condition de ne pas avoir à engager de recherches particulières.

Et qu'elle satisferait d'abord en priorité aux demandes des juridictions nationales.

La Commission se gardait cependant d'annoncer cette position ouverte de manière trop ostensible dans le but d'assurer une gestion optimale de ses ressources.

On peut donc constater qu'il n'y a pas grand enthousiasme de la Commission de voir l'arbitre se référer à elle.

Cependant l'arbitre peut, s'il le souhaite, interroger la Commission. Mais cette coopération lui est-elle indispensable ?

### B) L'ARBITRE A-T-IL RÉELLEMENT INTERET A BENEFICIER DE LA COOPERATION DE LA COMMISSION ?

Comme on le sait la surcharge des services de la Commission est telle que des accords notifiés depuis des années n'ont pas encore été examinés.

Les rapports annuels de la Commission ne précisent pas les délais dans lesquels les réponses ont été données. Ainsi, le recours à la Commission ne ferait que retarder la procédure arbitrale. Ce serait certainement trop long !!!

Les arbitres doivent respecter les impératifs de délais donc ils risqueraient d'engager leurs responsabilités si la sentence tardait à être rendue.

---

1L. Simont, « Arbitrage et droit de la concurrence : quelques réflexions d'un arbitre », Op. cit.

Le recours à la Commission peut donc retarder indûment l'issue de la procédure arbitrale.

L'arbitre n'a pas non plus grand intérêt à obtenir le concours de la Commission car l'arbitre peut tout simplement enjoindre à une partie de produire un élément de preuve qu'elle détient.

De plus, l'arbitre est un prestataire de service pour les parties donc il est difficilement envisageable qu'il expose celles-ci à des poursuites pouvant conduire à une condamnation à des amendes qui sont, d'ailleurs, de plus en plus lourdes.

Généralement, les arbitres disposent de connaissances techniques et économiques nécessaires dont les juges nationaux ne disposent pas. La coopération qu'entend fournir la Commission aux juridictions nationales est indispensable en raison des faibles moyens d'investigation dont disposent celles-ci. Bien souvent, d'ailleurs, ces juridictions ont recours à un ou plusieurs experts. Mais les arbitres, quant à eux, sont dans une situation bien meilleure et s'en sortent jusque là très bien sans cette coopération. Ils ont également de très larges pouvoirs en matière d'administration de la preuve ce qui n'est pas le cas des juridictions nationales.

Cependant, depuis l'entrée en vigueur du règlement n°1/2003, l'arbitre se voit imposer de nouveaux devoirs comme celui d'appliquer l'article 81, al.3 TCE relatif aux exemptions.

On peut se poser ici la question de savoir si l'arbitre a les moyens de les accomplir de façon satisfaisante, compte tenu notamment de l'absence de devoir de coopération de la Commission à leur égard.

## **SECTION 2 : .... A UN ACCUEIL DE PLUS EN PLUS FAVORABLE**

La multiplication des centres d'arbitrage commerciaux internationaux contribue à l'accueil de l'arbitrage par les Etats et par les organes communautaires.

S'il y en a autant c'est qu'il y a une forte demande d'arbitrage par les opérateurs économiques.

Et les institutions communautaires, elles aussi, succombent, peu à peu au charme de l'institution arbitrale.

### **§1) LES FAVEURS DE LA COMMISSION**

La Commission européenne est, au fil du temps, de plus en plus réceptive à l'importance de l'institution arbitrale.

Elle a décidé, après délibération, de ne pas ouvrir d'enquête « en attendant l'issue de la procédure d'arbitrage », au motif que : « la Commission a établi une politique visant au renforcement du rôle que jouent les tribunaux nationaux dans l'application des règles de concurrence du Traité CEE. Il semblerait que les affaires d'arbitrage traitées par des institutions permanentes [...] et dans lesquelles les arbitres statuent en droit peuvent être assimilées à celles tranchées par les juges nationaux [...]. L'arbitrage est ancré dans de nombreux systèmes juridiques nationaux et les sentences rendues peuvent être mises à exécution dans le cadre de la loi nationale [...]. Selon la Convention de New York de 1958, la reconnaissance et l'exécution de ces sentences ne peuvent être refusées par les autorités nationales que dans les cas spécifiques énumérés à l'article V [...]. Ceci démontre la valeur que les systèmes juridiques de nombreux Etats attribuent aux sentences arbitrales [...]. Dans la présente affaire [comportant une clause d'arbitrage qui exige une sentence dans les six mois], une demande décentralisée représentera une façon particulièrement rapide et efficace de mettre un terme à toute infraction éventuelle et d'assurer la sécurité juridique (1) »

Les arguments antitrust ont d'ailleurs été rejetés par le tribunal arbitral et la Commission, après avoir examiné la sentence, n'a pas contesté cette décision.

Cette position reflète bien l'état d'esprit de la Commission envers l'arbitrage.

De plus, dans le cadre du contrôle communautaire des concentrations mis en place par le règlement 4064/89 du 20 décembre 1989, la Commission manifeste une ferveur certaine pour l'arbitrage, en l'imposant fréquemment aux parties comme procédure de contrôle de leurs engagements.

On peut également observer l'intérêt que porte les institutions communautaires pour l'arbitrage dans le nouveau règlement automobile du 31 juillet 2002.

En effet, la Commission a maintenu au titre des conditions de l'exemption l'insertion dans le contrat de distribution d'une clause prévoyant le recours à l'arbitrage.

Mais jusqu'où cet accueil favorable peut-il se diriger sans porter atteinte à l'essence de l'arbitrage ?

### **§2) LES RISQUES LIES A CET ACCUEIL FAVORABLE**

---

1 Lettre (non publiée) de M.J. Dubois de la Commission européenne, adressée à l'avocat du défendeur dans l'affaire n°IV 34085, en date du 3 mars 1992 et relative à l'affaire CCI n°7181. (1996)

Il y a absence évidente de politique communautaire dans le domaine de l'arbitrage.

Pourrait-on envisager une réglementation communautaire de l'arbitrage ?

Le danger c'est une judiciarisation de l'arbitrage.

La procédure arbitrale s'alourdit, même pour l'arbitrage ad hoc ce qui a comme conséquence un accroissement du formalisme.

Le risque serait que l'arbitrage perde les atouts qui ont contribué à sa réussite. Il faut se méfier de cette dérive processualiste.

A trop accueillir favorablement l'arbitrage, les Etats peuvent dénaturer cette justice et porter atteinte à son autonomie grandissante. Ce serait un scénario catastrophe.

La solution serait de tenir compte de l'ensemble des valeurs et des règles essentielles d'un ordre juridique étatique c'est-à-dire en introduisant des notions d'intérêt général et ainsi satisfaire les différents systèmes juridiques pour que ceux-ci n'interviennent plus dans l'arbitrage.

Pour l'heure, force est de constater que le droit communautaire s'intéresse de plus en plus de près à l'arbitrage mais ce dernier demeure autonome vis-à-vis de l'espace judiciaire européen.

L'institution arbitrale doit donc veiller à ce que les Etats, au travers des organes chargés du contrôle du droit de la concurrence ne se déchargent pas trop sur elle.

En effet, l'arbitrage est une justice de plus en plus efficace et les organes internes et externes du droit de la concurrence ne tarderont pas à s'en rendre compte.

L'institution arbitrale doit, de la sorte, avant tout se protéger pour éviter les éventuelles dénaturations qu'il pourrait provenir des différentes institutions.

Mais, il n'est pas nécessaire non plus que l'arbitrage ferme ses portes aux autorités de la concurrence. Ce n'est, en premier lieu, pas en sa faveur puisque une coopération efficace serait salubre pour tous.

Puis, l'institution arbitrale doit mettre un point d'honneur à assurer le respect du droit de la concurrence car celui-ci devient un facteur clé de la réussite des échanges commerciaux internationaux et l'institution assure, ainsi, sa légitimité au travers des connaissances du droit de la concurrence.

C'est pour cela qu'il faut avant tout favoriser le dialogue entre les spécialistes de l'arbitrage et les spécialistes du droit de la concurrence, dialogue qui aboutira dans l'intérêt mutuel des deux disciplines à faire évoluer leur relation.

Les relations entre l'arbitrage et le droit de la concurrence ont beaucoup évolué ces deux dernières décennies, si bien que la question des rapports entre les autorités communautaires et l'arbitrage est loin d'être épuisée.

# MASTER RECHERCHE DROIT DU MARCHE (concurrence– distribution–consommation) (2006-2007)

Directeur : Pr. D. Mainguy

Le droit de la **concurrence**, le droit de la **consommation**, le droit des **contrats**, le droit de la **publicité**,... forment une unité et composent l'environnement quotidien des juristes de droit du marché dans leur dimension **interne, communautaire et internationale**. La vie des entreprises est en effet de plus soumise aux contraintes du droit du marché qui devient plus complexe, plus technique, qui est déjà intégralement communautaire et qui s'internationalise.

L'équipe du MASTER RECHERCHE DROIT DU MARCHE, fondé par MM. J. Calais-Auloy et Y. Serra, composant avec le MASTER PROFESSIONNEL CONSOMMATION ET CONCURRENCE, le CENTRE DE LA DROIT DE LA CONSOMMATION ET DU MARCHE dirigé par MM. D. Mainguy et H. Temple, assure sur 250 heures environ une formation théorique et pratique fondée sur des enseignements dans lesquels apparaissent principalement :

## I. – COURS

- Cours commun à tous les masters recherche : Les sources du droit.
- Cours commun à la Mention droit des affaires (2 sur 3)
  - Droit approfondi des contrats
  - Droit approfondi de la concurrence
  - Droit approfondi de la propriété intellectuelle
- Cours de spécialité : Droit du marché : théorie et pratique

## II. – SEMINAIRES

- Droit approfondi de la consommation
- Droit de la régulation (les outils du marché)
- Aspects internationaux et communautaires du droit du marché
- Droit des contrats

- Concurrence déloyale et non concurrence
- Réseaux et relations de la distribution
- Droit de la publicité
- Droit du crédit
- Droit des produits
- Contentieux économique
- Analyse économique du droit...

## III. – SEMINAIRES DE RECHERCHE

- Divers séminaires portant sur des thèmes de droit du marché

## IV. – MEMOIRE(S) sur un thème de droit du marché

## V. – CONCOURS D'ARBITRAGE EN DROIT DES CONTRATS

## VI. – INITIATION ET PREPARATION A LA RECHERCHE, CONFERENCES, ANGLAIS, PREPARATION D'UN COLLOQUE...

**RETRAIT DES DOSSIERS** : CENTRE DE DROIT DE LA CONSOMMATION ET DU MARCHE, Bat. 2 – 4<sup>ème</sup> ét. à compter de MAI 2005 – [conso@univ-montp1.fr](mailto:conso@univ-montp1.fr) – **RENSEIGNEMENTS** : M. J.-B. THOUS, 04.67.61.51.05

**Vous pouvez aider le centre de droit de la consommation et du marché à améliorer ses programmes d'enseignement et de recherche en versant votre TAXE D'APPRENTISSAGE.**