
l'actualité du droit de la consommation

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

Secrétaire de rédaction : C. Raja

2006/8

**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 – 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, Manuel Bellier
Stéphane Benilsi,
Céline Borelly-Peyre, Elodie Braud,
Florent Cabesos, Joachim Cellier,
Hélène Davo, Malo Depincé,
Stéphane Destours,
Nicole Grach, Bérengère Gleize,
Sylvain Lafont, Cécile Lisanti
Laetitia Lormières, Daniel Mainguy,
Frédéric Nadaud,
Charlotte Périssé, Pascal Puig,
Virginie Peureux, Delphine Poissonnier,
Caroline Raja,
Jean-Louis Respaud, Véronique Sélinsky,
Frank Steinmetz, Henri Temple,
Emmanuel Terrier

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° 2006/8 :

EDITORIAL

SOCIETE DE L'INFORMATION : L'AGE ADULTE DU CONSOMMATEUR

Par **Stéphane Bénils**, ATER, Université Montpellier I

I.- CHRONIQUES

DE L'HYPOTHEQUE SOUSCRITE PAR LA CAUTION

A propos de l'arrêt Cass. Com. 21 mars 2006, Par **Stéphane Bénils**, ATER, Université Montpellier I

CONSECRATION DU TRIPTYQUE CLASSIQUE DES CRITERES DE LA FORCE MAJEURE

A propos de l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière le 14 avril 2006, Par **Delphine Poissonier**, ATER, Université Grenoble II

II.- JURISPRUDENCE

Par Céline Alcalde, Vincent Cadoret, Laetitia Lormières, Frédéric Nadaud, Caroline Raja, Guillaume Zambrano.

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 ...

LE NOUVEAU DROIT DE LA DISTRIBUTION AUTOMOBILE ISSU DU REGLEMENT D'EXEMPTION PAR CATEGORIE N° 1400/2002.

Par **Céline Alcalde**, Allocataire – Moniteur, Université Montpellier I

SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION : L'ÂGE ADULTE DU CONSOMMATEUR

Par **Stéphane Béniksi**

ATER

Université Montpellier I

Le droit de la consommation a vu le jour pendant les Trente Glorieuses, lors de l'essor de ce qu'il est convenu d'appeler la *société de consommation*. L'amélioration des techniques de production et de distribution, ajoutée à une augmentation du pouvoir d'achat sans précédent et au bonheur de rompre avec les privations qui ont caractérisé la première moitié du XX^{ème} siècle, ont entraîné une véritable frénésie de consommation, parfois dangereuse pour ceux qui s'y adonnaient. Il a donc fallu protéger le consommateur, contre des dangers visibles (clauses abusives), invisibles (surendettement des particuliers), voire contre lui-même (interdiction des cadeaux par la loi Royer de 1973 (1)). Et l'on a pu décrier le standard du consommateur moyen, dégénérescence du *bonus pater familias* plein de bon sens qui avait servi de modèle aux codificateurs de 1804. Et l'on a pu se consterner devant un droit de la consommation infantilisant (2), un « maternage » qui « étouffe l'esprit d'initiative » (3), protégeant finalement mal le consommateur (4).

La société de consommation a connu une véritable mutation avec le développement des nouvelles technologies dans les années 90. Pour certains, elle aurait même disparu (5). Nous sommes, aujourd'hui, entrés dans une nouvelle ère, celle de la *société de l'information*. Ce changement s'est traduit par des lois, qui, sous l'impulsion des autorités communautaires, veulent adapter le droit à un nouvel environnement économique et social. On a ainsi eu droit à une loi « pour la confiance en l'économie numérique » (6), en voici venir une autre relative « au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information », alias DADVSI.

À l'heure où nous écrivons ces lignes, cette dernière est discutée devant une commission mixte paritaire. La presse généraliste a largement relayé ses dispositions essentielles, à savoir l'incrimination du téléchargement d'œuvres protégées grâce à des logiciels de pair à pair, l'autorisation donnée aux titulaires des droits d'auteur d'utiliser des mesures techniques de protection pouvant limiter, pour chaque acquéreur d'un exemplaire de l'œuvre, le nombre de copies possibles, et l'interdiction, sous peine de sanctions pénales, de porter atteinte à ces mesures techniques de protection. Le débat est vif entre les opposants à cette loi, jugée liberticide et contraire à la tradition juridique française (7), et ses partisans, pour qui il s'agit, ni plus ni moins, que de protéger la propriété (8).

Si les spécialistes du droit d'auteur sont les plus prompts à prendre part au débat, ce dernier intéresse aussi le droit de la consommation. En effet, alors que la jurisprudence était plutôt clémente envers les « pirates de l'internet », au moins lorsque ceux-ci se contentaient de télécharger des œuvres pour leur usage personnel (*download*) (9), en fondant ses relaxes sur l'exception de copie privée prévue à l'article L.122-5, 2^o du Code de la Propriété Intellectuelle, voici que l'on responsabilise le consommateur d'internet ! Ce dernier doit respecter le droit d'auteur. Il doit, surtout, prendre conscience de ce qu'il n'y aurait pas de culture sans droit d'auteur. On demande, une fois n'est pas coutume, aux consommateurs, de respecter les droits et intérêts de professionnels, les titulaires de droits de propriété littéraire et artistique.

1 J. CALAIS-AULOY, *La loi Royer et les consommateurs*, D. 1974, chr. p. 91.

2 J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^{ème} République*, Flammarion, 1996, p.182.

3 Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, n°423.

4 C. LUCAS DE LEYSSAC, G. PARLEANI, *Droit du marché*, PUF, coll. Thémis, 2001, p. 81.

5 M. HENOCHSBERG, *La gratuité, quels fondements, quels financements ?* Rev. Conc. Consom. avril-mai-juin 2005 p. 3.

6 Loi n°2004-575 du 21 juin 2004

7 C. ROJINSKY et S. CANEVET, *Et si le droit d'auteur allait trop loin, sur internet et ailleurs ?* D. 2005 p. 849 — Ph. GAUDRAT, F.

SARDAIN, *De la copie privée (et du cercle de famille) ou des limites du droit d'auteur*, Comm. Com. Electr. nov. 2005, Étude 37, p. 6.

8 Ch. CARON, *Le droit d'auteur, ennemi public n°1 ?*, Comm. Com. Electr. févr. 2006, p. 1 — Ch. ALLEAUME, *Demain on rase gratis ?*,

Comm. Com. Electr. mai 2006, Focus 102, p. 2.

9 TGI Rodez, 13 oct. 2004, D.2004, p. 3132 note Larrieu, confirmé par Montpellier, 10 mars 2005, D.2005, p. 834, obs. Manara ; p. 1294, note Kessler

La consommation d'oeuvres protégées nécessite, de la part du consommateur, de respecter une certaine éthique. C'est là une nouveauté.

Ne peut-on pas aller plus loin et entrevoir, à moyen terme, une évolution du droit de la consommation lui-même, allant vers une plus grande responsabilisation du consommateur ? Le déséquilibre informationnel entre professionnels et consommateurs, fondement du droit de la consommation, n'est-il pas, en effet, en train de se résorber grâce aux nouvelles technologies ? Au consommateur passif auquel on distribue des produits, schéma classique de la société de consommation, n'est-on pas en train de voir se substituer un consommateur plus actif, ayant les moyens de s'informer et d'informer les tiers de ses propres expériences de consommation, grâce à l'outil informatique, et qui, toujours grâce à cet outil, peut comparer les prix, les prestations proposées, et faire lui-même la démarche d'aller vers le produit ? On peut percevoir que le développement des nouvelles technologies n'ira pas sans modifier profondément l'architecture des relations entre professionnels et consommateurs, ce qui ne peut qu'aboutir à une modification en profondeur du droit de la consommation. Il est alors grand temps, peut-être, de s'interroger sur la pertinence de bon nombre de dispositions obsolètes du droit de la consommation du XX^{ème} siècle (1), destinées à un « consommateur-enfant », pour voir surgir le consommateur adulte du 21^{ème} siècle, protégé contre les abus des professionnels, mais, parce qu'il retrouve la maîtrise de sa consommation, responsable de lui-même.

1 Le droit de la promotion des ventes est à ce titre révélateur de la volonté de protéger le consommateur contre lui-même. La prohibition de la vente avec prime a, entre autres, comme objectif, d'éviter des achats inconsidérés de la part des consommateurs attirés par la prime. C'est certainement dans ce domaine que, par ailleurs, le droit de la consommation est le plus inefficace, tant il est aisé, pour les professionnels, de trouver des pratiques qui, tout en ayant les mêmes effets que celles qui sont prohibées, ne correspondent pas tout à fait à l'interdiction posée. La validité des ventes avec prime auto-payante est une bonne illustration de la faible portée de la prohibition de la vente avec prime, révélant son inutilité.

I. – Chroniques

DE L'HYPOTHEQUE SOUSCRITE PAR LA CAUTION

A propos de l'arrêt Cass. Com. 21 mars 2006

Par **Stéphane Bénils**

ATER

Université Montpellier I

N° : 05-12864

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu les articles 1134 et 2015 du Code civil et L. 313-22 du Code monétaire et financier ;

Attendu, selon l'arrêt déféré, que par acte notarié du 27 juin 1985, la Société générale austria bank, aux droits de laquelle est venue la Société générale (la banque), a consenti à la société L'immobilière (la société) un prêt, garanti par le cautionnement solidaire de M. et Mme X... et par une affectation hypothécaire sur un bien leur appartenant ; que la société ayant été mise en redressement judiciaire, la banque a fait délivrer à M. et Mme X... un commandement à fin de saisie immobilière ; que ceux-ci ont invoqué la déchéance des intérêts conventionnels consécutive au non-respect de l'information due à la caution ;

Attendu que pour rejeter la demande des cautions, l'arrêt se borne à affirmer que le cautionnement solidaire fourni par M. et Mme X... qui ont consenti à la banque la constitution d'une hypothèque conventionnelle pour garantir le remboursement de la dette de la société est une sûreté réelle et non pas un cautionnement personnel, de sorte que les dispositions de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier ne sont pas applicables ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si M. et Mme X..., tout en constituant l'un de leur biens en garantie des dettes de la société, n'avaient pas en outre voulu se porter cautions personnelles de ces dettes, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur la seconde branche :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a condamné M. et Mme X... à payer à la Société générale la somme de 168 032,79 euros d'intérêts et rejeté leur demande de déchéance des intérêts au taux conventionnel, l'arrêt rendu le 10 décembre 2004, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, quant à ce, 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 Versailles ;

La question de la nature de la sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'autrui est aujourd'hui réglée. La Cour de cassation a, en effet, estimé, dans un arrêt de chambre mixte du 2 décembre 2005, qu'« une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliquant aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui et n'étant pas dès lors un cautionnement » (1), les règles applicables à cette dernière sûreté ne devaient pas s'appliquer à ce qu'il est encore convenu d'appeler le « cautionnement réel » (2). L'ordonnance du

1 Ch. Mixte, 2 déc. 2005, D.2006, AJ 61, obs. Avéna-Robardet ; *ibid.* 729, avis Sainte-Rose, note Aynès ; JCP 2005.II.10183 note Simler ; JCP 2006.I.131, obs. Simler et Delebecque ; Contrats, Conc. Consom. avril 2006, comm. 62, obs. Leveneur – B. BEIGNIER, *Bicentenaire d'Austerlitz : le Trafalgar du cautionnement réel. – L'arrêt du 2 décembre 2005 de la chambre mixte, examiné au regard du droit de la communauté légale*, Dr. Fam. Févr. 2006, Etude 13.

2 Si, selon cet arrêt, « le cautionnement réel n'est pas un cautionnement » (L. LEVENEUR, obs. préc.), il convient de préciser qu'il ne s'agit pas d'un cautionnement personnel. L'appellation de « cautionnement réel » devrait être maintenue. Voir en ce sens Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, JCP 2006.I.131 : « depuis toujours, ce cas de figure banal répondait au concept de cautionnement réel : cautionnement parce que la sûreté est le fait d'un autre que le débiteur, réel parce que cette sûreté est de nature réelle ».

23 mars 2006, portant réforme du droit des sûretés, a consacré cette jurisprudence, en énonçant à l'article 2334 du Code civil que « *le gage peut être consenti par le débiteur ou par un tiers ; dans ce dernier cas, le créancier n'a d'action que sur le bien affecté en garantie* ». Cette solution est, en partie, favorable à la « *caution réelle* », dans la mesure où elle ne saurait être engagée au-delà de la valeur du bien affecté au paiement de la créance. Mais elle peut lui être défavorable, dans la mesure où les textes spéciaux protecteurs de la caution, toujours plus nombreux, ne lui seront pas applicables.

Il est également possible que la personne affectant un bien au paiement de la dette d'autrui soit caution personnelle de la même dette. Quel est alors le régime de la sûreté réelle consentie ? C'est à cette question que devait répondre la chambre commerciale de la Cour de cassation dans l'espèce ici rapportée.

Une banque avait accordé un prêt à une société moyennant le cautionnement personnel de deux personnes physiques, qui avaient, en outre, consenti une hypothèque sur un bien leur appartenant. La société ayant été mise en liquidation judiciaire, la banque se retourna contre les cautions et, invoquant vraisemblablement sa sûreté réelle, leur signifia un commandement à fin de saisie immobilière. Les cautions répliquèrent en demandant la déchéance des intérêts conventionnels dus par la caution du fait du manquement par l'établissement de crédit à son obligation d'information posée par l'article L.313-22 du Code monétaire et financier, ce qui revenait à appliquer les dispositions relatives au cautionnement personnel.

La Cour d'appel de Paris débouta les cautions, estimant, maladroitement, que le cautionnement solidaire fourni devait s'analyser en une sûreté réelle et non en un cautionnement personnel, ce qui lui permettait d'éviter l'application des dispositions relatives à cette dernière sûreté, et notamment l'article L.313-22 du Code monétaire et financier. Cette solution est cassée par la Chambre commerciale, qui estime qu'« *en se déterminant ainsi, sans rechercher si M. et Mme X..., tout en constituant l'un de leurs biens en garantie des dettes de la société, n'avaient pas en outre voulu se porter cautions personnelles de ces dettes, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

S'il est désormais établi que le cautionnement réel ne contient, en principe, aucun engagement personnel, la Chambre commerciale suggère que le constituant-caution puisse opposer au créancier les exceptions issues du contrat de cautionnement. Cette solution, en apparence contraire à celle dégagée le 2 décembre dernier, est pourtant fondée (I). Il nous faudra en mesurer les effets (II).

I. FONDEMENT DE L'OPPOSABILITÉ DES EXCEPTIONS ISSUES DU CAUTIONNEMENT PAR LE CONSTITUANT-CAUTION

Comment justifier que la caution qui, en plus de son engagement personnel, a consenti une hypothèque en remboursement de la dette garantie, puisse opposer au créancier agissant au titre de l'hypothèque les exceptions issues du cautionnement, et, plus précisément ici, la déchéance du droit aux intérêts du fait du manquement à l'obligation d'information prévue par l'article L.313-22 c.mon.fin. ? Une telle solution pourrait être justifiée par la nature hybride, à la fois personnelle et réelle, du cautionnement réel. Pourtant, condamnée pour de bon par la jurisprudence et par la loi, une telle explication ne saurait prospérer (A). Une seule explication est alors possible : dire que l'hypothèque est l'accessoire du cautionnement, et couvre la dette de la caution (B).

A. LA NATURE MIXTE DU CAUTIONNEMENT RÉEL : FONDEMENT REJETÉ

Il serait possible de considérer que l'hypothèque souscrite par la caution en garantie du remboursement de la dette principale constitue un cautionnement réel. Dans ce cas-là, si l'on considérait que le cautionnement réel renfermât un engagement personnel, la caution pourrait invoquer toutes les exceptions qui lui sont offertes par le droit du cautionnement. Ainsi, en cas de défaillance du prêteur en matière d'information de la caution, celle-ci pourrait invoquer la déchéance des intérêts afin que le prix dû au créancier sur le bien grevé soit réduit.

Possible avant l'arrêt du 2 décembre 2005, une telle solution est aujourd'hui inenvisageable. Il est clair, désormais, que le cautionnement réel ne renferme aucun engagement personnel. Dès lors, si on

analyse l'hypothèque souscrite par la caution en un cautionnement réel, il faut admettre que le constituant ne puisse opposer les exceptions issues du cautionnement personnel au créancier. Dans l'hypothèse, qui semble être la nôtre, où une dette serait garantie par un cautionnement personnel et un cautionnement réel souscrits par la même personne, il faudrait alors additionner les prérogatives attachées à ces sûretés dans l'intérêt du créancier. Ainsi pourrait-il, en présence d'un cautionnement hypothécaire, exercer son droit de préférence et son droit de suite sur le bien hypothéqué sans se voir opposer les exceptions issues du contrat de cautionnement. Dès lors, l'article L.313-22 du Code monétaire et financier ne saurait s'appliquer. La saisie du bien grevé permettrait alors de payer la totalité de la dette, intérêts compris.

L'inconvénient d'une telle solution est qu'elle n'encourage pas le créancier à informer la caution. Sachant qu'en cas de déchéance du droit aux intérêts dans le cautionnement personnel, il pourra toujours agir pour les recouvrer en agissant au titre du cautionnement réel, le créancier pourrait être tenté de laisser dépérir la première sûreté au profit de la seconde. Certes, le créancier n'est pas absolument certain de parvenir à ce résultat : dans la mesure où le bien grevé viendrait à périr, ou dans l'hypothèse où le créancier ne viendrait pas en rang utile, la déchéance du droit aux intérêts pourrait lui nuire, et il n'aurait donc pas intérêt à méconnaître ses obligations au titre du cautionnement. Mais il est tout de même notable qu'une telle solution pourrait se révéler nuisible pour la caution. Bien que non informée de l'état de la dette et des incidents de paiement, elle pourrait être amenée à payer tous les intérêts sur le prix de vente du bien grevé.

Comment, dès lors, protéger la caution sans recourir à la mixité du cautionnement réel ?

B. L'HYPOTHÈQUE ACCESSOIRE AU CAUTIONNEMENT : FONDEMENT RETENU

Dans l'hypothèse précédemment envisagée, dans laquelle la sûreté réelle serait qualifiée de cautionnement réel, cette dernière est envisagée comme accessoire de la dette du débiteur principal. Or, dans la mesure où la caution était engagée personnellement, il devrait être possible de considérer que l'hypothèque devait garantir, non pas la dette du débiteur principal, mais celle de la caution au titre du cautionnement. On ne se trouverait pas alors dans l'hypothèse d'un cautionnement réel, c'est-à-dire d'une sûreté réelle constituée pour le paiement de la dette d'autrui, mais en présence d'une sûreté réelle classique, souscrite pour le remboursement de la dette du constituant.

Ainsi, si la dette de la caution, au titre du cautionnement personnel, est accessoire à celle du débiteur principal, la sûreté réelle garantit directement la première, dont elle est l'accessoire. On se trouve donc, en l'espèce, en présence d'une créance de remboursement d'un prêt, garantie par un cautionnement personnel, lui-même garanti par une hypothèque.

Dès lors, il est tout à fait compréhensible que la caution puisse opposer au créancier, agissant au titre de la sûreté réelle, toutes les exceptions issues du contrat de cautionnement. En l'espèce, le défaut d'information, sur le fondement de l'article L.313-22 du Code monétaire et financier, permet à la caution d'être déchargée des intérêts échus entre la date de la dernière information reçue et celle à laquelle l'information sera donnée. Cette sanction, qui réduit le montant de sa dette, peut être invoquée lors de la mise en oeuvre de l'hypothèque garantissant cette même dette, du fait de la règle de l'accessoire, qui, si elle est surtout soulevée en matière de cautionnement, se retrouve également dans les sûretés réelles (1).

Cette règle de l'accessoire permet donc de comprendre comment les exceptions issues du cautionnement peuvent être invoquées par le constituant d'une hypothèque, lui-même caution, garantissant non pas le paiement de la dette d'autrui, mais l'exécution de son obligation de règlement.

Mesurons désormais la portée de ce type de montage mis en lumière dans cette décision.

II. LA PORTÉE DE LA RECONNAISSANCE D'UN LIEN D'ACCESSOIRE ENTRE LA SÛRETÉ RÉELLE ET LE CAUTIONNEMENT

1 M. CABRILLAC et Ch. MOULY, *Droit des sûretés*, Litec, 7^{ème} éd., 2004, n°503 : « Par définition, la sûreté réelle ne peut avoir d'existence autonome et doit être inféodée à une créance, ce qui lui confère le statut d'accessoire de la créance ».

Dès lors qu'une même personne se porte caution et souscrit une sûreté réelle sur un de ses biens, pour le paiement de la créance, doit-on nécessairement estimer que la sûreté réelle est l'accessoire du cautionnement ? Le créancier peut-il lier la sûreté réelle à la dette due par le débiteur principal, de façon à bénéficier de deux sûretés distinctes, un cautionnement et une sûreté réelle, toutes deux accessoires à la dette principale ? Il n'y a, semble-t-il, aucune raison d'interdire aux créanciers de préciser, dans un écrit, que la sûreté réelle est consentie pour le remboursement de la dette du débiteur principal, le lien d'accessoire à principal étant établi par les parties (A). En matière d'hypothèque, les notaires devraient ainsi être amenés à expliquer l'importance de ce genre de précision (B).

A. LA POSSIBILITÉ D'UN CAUTIONNEMENT RÉEL

La constitution des sûretés réelles obéit à un formalisme strict. Les sûretés doivent être constituées par écrit et indiquer quelle est la créance garantie. Il en va ainsi, en matière de gage, l'article 2336 du Code civil énonçant que « *le gage est parfait par l'établissement d'un écrit contenant la désignation de la dette garantie* ». Il en va de même en matière de nantissement (1), sur le fondement de l'article 2356 du Code civil. Enfin, en matière d'hypothèque, l'exigence d'un écrit est plus forte, puisque l'article 2416 du Code civil exige qu'elle soit constituée par acte notarié. L'article 2421 alinéa 2 exige, par ailleurs que la cause des créances garanties par la sûreté soit déterminée dans l'acte.

Dès lors, les créanciers désireux de bien asseoir leurs droits et de se ménager deux sûretés de la créance principale doivent préciser, dans l'acte de constitution, que la créance garantie est celle du débiteur principal, et que, par conséquent, la sûreté réelle, même consentie concomitamment à un cautionnement, est consentie en garantie de la dette d'autrui. Si tel est le cas, il n'y a aucune raison d'admettre l'application des règles relatives au cautionnement personnel lors de l'exercice de la sûreté par le créancier : elle ne sera pas, alors, l'accessoire de l'obligation de couverture de la caution, mais de la dette du débiteur principal. On ne peut, dès lors, qu'être étonné de ce que l'arrêt ci rapporté ne s'interroge pas sur la mention contenue dans l'acte de constitution de l'hypothèque. L'article 2132 ancien du Code civil, applicable en l'espèce, exigeait, en effet, que la créance garantie soit mentionnée dans l'acte.

B. UN NOUVEAU RÔLE POUR LE NOTAIRE

Le maintien de l'exigence d'un acte notarié en matière d'hypothèque est fondé sur le fait que cette sûreté, parce qu'elle concerne les immeubles, entame sérieusement le patrimoine du constituant. Il s'agit donc d'un acte grave, dont la portée n'est pas forcément saisie *ab initio* par le constituant du fait de l'absence de dépossession (2). Mais le notaire agit également dans l'intérêt du créancier, sûr, dès lors, de la validité et de la puissance de sa sûreté (3). La responsabilité du notaire et son obligation de conseil sont donc importantes tant vis-à-vis du constituant que du créancier.

On ne peut alors qu'alerter les notaires dans l'hypothèse où ils rédigeraient une convention d'hypothèque souscrite par un constituant, qui, par ailleurs, s'engagerait en tant que caution. Garantir la dette d'un tiers et garantir sa propre dette née d'un contrat de cautionnement sont deux choses bien différentes.

1 Rappelons que, depuis la réforme du 23 mars dernier, le gage et le nantissement sont deux catégories de sûretés distinctes. Dans le Code de 1804, le terme de « nantissement » désignait les sûretés avec dépossession, le gage étant une espèce de nantissement, celui portant sur des meubles. La multiplication des gages sans dépossession, ainsi que la multiplication des sûretés spéciales qualifiées par le législateur de nantissement sans ressortir à cette dernière catégorie (voir par exemple le nantissement du fonds de commerce, qui n'était pas un nantissement, mais une hypothèque mobilière), ont conduit le législateur de 2006 à redéfinir les grandes catégories de sûretés réelles. Désormais, sont des gages les sûretés avec ou sans dépossession portant sur des meubles corporels (art. 2333 c.civ.) ; sont des nantissements les sûretés sur meubles incorporels (art. 2355 c.civ.).

2 Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les sûretés, la publicité foncière*, par L. AYNES et P. CROCQ, Defrénois, 2003, n°661.

3 D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 2004, n°512.

CONSECRATION DU TRIPTYQUE CLASSIQUE DES CRITERES DE LA FORCE MAJEURE

A propos de l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière le 14 avril 2006

Par **Delphine Poissonnier**

ATER

Université Grenoble II

N° : 02-11.168, P+B+R+I

LA COUR DE CASSATION, siégeant en ASSEMBLEE PLENIERE, a rendu l'arrêt suivant :

Attendu, selon l'arrêt confirmatif attaqué (Douai, 12 novembre 2001), que M. X... a commandé à M. Y... une machine spécialement conçue pour les besoins de son activité professionnelle ; qu'en raison de l'état de santé de ce dernier, les parties sont convenues d'une nouvelle date de livraison qui n'a pas été respectée ; que les examens médicaux qu'il a subis ont révélé l'existence d'un cancer des suites duquel il est décédé quelques mois plus tard sans que la machine ait été livrée ; que M. X... a fait assigner les consorts Y..., héritiers du défunt, en résolution du contrat et en paiement de dommages-intérêts ;

Sur le premier moyen :

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté sa demande de dommages-intérêts alors, selon le moyen :

1) qu'en estimant que la maladie dont a souffert M. Michel Z... avait un caractère imprévisible, pour en déduire qu'elle serait constitutive d'un cas de force majeure, après avoir constaté qu'au 7 janvier 1998, date à laquelle M. Michel Y... a fait à son cocontractant la proposition qui fut acceptée de fixer la date de livraison de la commande à la fin du mois de février 1998, M. Michel Y... savait souffrir, depuis plusieurs mois, d'une infection du poignet droit justifiant une incapacité temporaire totale de travail et se soumettait à de nombreux examens médicaux, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et violé, en conséquence, l'article 1148 du code civil ;

2) qu'un événement n'est pas constitutif de force majeure pour le débiteur lorsque ce dernier n'a pas pris toutes les mesures que la prévisibilité de l'événement rendait nécessaires pour en éviter la survenance et les effets ; qu'en reconnaissant à la maladie dont a souffert M. Michel Y... le caractère d'un cas de force majeure, quand elle avait constaté que, loin d'informer son cocontractant qu'il ne serait pas en mesure de livrer la machine commandée avant de longs mois, ce qui aurait permis à M. Philippe X... de prendre toutes les dispositions nécessaires pour pallier le défaut de livraison à la date convenue de la machine commandée, M. Michel Y... avait fait, le 7 janvier 1998, à son cocontractant la proposition qui fut acceptée de fixer la date de livraison de la commande à la fin du mois de février 1998, soit à une date qu'il ne pouvait prévisiblement pas respecter, compte tenu de l'infection au poignet droit justifiant une incapacité temporaire totale de travail, dont il savait souffrir depuis plusieurs mois, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et violé, en conséquence, l'article 1148 du code civil ;

Mais attendu qu'il n'y a lieu à aucuns dommages-intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit ; qu'il en est ainsi lorsque le débiteur a été empêché d'exécuter par la maladie, dès lors que cet événement, présentant un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution, est constitutif d'un cas de force majeure ; qu'ayant retenu, par motifs propres et adoptés, que seul Michel Y... était en mesure de réaliser la machine et qu'il s'en était trouvé empêché par son incapacité temporaire partielle puis par la maladie ayant entraîné son décès, que l'incapacité physique résultant de l'infection et de la maladie grave survenues après la conclusion du contrat présentait un caractère imprévisible et que la chronologie des faits ainsi que les attestations relatant la dégradation brutale de son état de santé faisaient la preuve d'une maladie irrésistible, la cour d'appel a décidé à bon droit que ces circonstances étaient constitutives d'un cas de force majeure ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur le second moyen :

Attendu que M. X... fait encore grief à l'arrêt d'avoir omis, après avoir prononcé la résolution du contrat, de condamner in solidum les défenderesses à lui payer les intérêts au taux légal, à compter de la date de l'acte introductif d'instance et jusqu'à celle de son versement, sur la somme correspondant aux acomptes qu'il avait versés à son débiteur alors, selon le moyen, que les intérêts au taux légal sont dus du jour de la demande en justice équivalent à la sommation de payer jusqu'à la date de leur versement sur le prix qui doit être restitué à la suite de l'exécution d'un contrat ; qu'en omettant, après avoir prononcé la résolution du contrat conclu le 11 juin 1997 entre M. Michel Y... et M. Philippe X..., de condamner in solidum Mme Micheline A..., Mme Delphine Y... et Mme Séverine Y... à payer à M. Philippe X... les intérêts au taux légal sur la somme correspondant au montant des acomptes initialement versés à M. Michel Y... par M. Philippe X..., à compter de la date de la délivrance de l'acte introductif d'instance jusqu'à celle de son versement par Mme Micheline A..., Mme Delphine Y... et Mme Séverine Y... à ce dernier, la cour d'appel a violé l'article 1153 du code civil ;

Mais attendu que l'omission de statuer pouvant être réparée par la procédure prévue à l'article 463 du nouveau code de procédure civile, le moyen n'est pas recevable ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ; Condamne M. X... aux dépens ;

Vu l'article 700 du nouveau Code de procédure civile, le condamne à payer la somme globale de 2 000 euros à Mmes B... épouse Y..., Y... épouse C... et Y... épouse D... ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, siégeant en Assemblée plénière, et prononcé par le premier président en son audience publique du quatorze avril deux mille six.

Moyens produits par Me Hémerly, avocat aux Conseils, pour M. X...

Moyens annexés à l'arrêt n° 538 PL

PREMIER MOYEN : Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'AVOIR débouté M. Philippe X... de sa demande tendant à la condamnation in solidum de Mme Micheline Y..., Mme Delphine Y... et Mme Séverine Y... à lui payer la somme de 38 112,25 euros (soit 250 000 francs), à titre de dommages et intérêts ;

AUX MOTIFS PROPRES QU' "il ressort des pièces produites que pour expliquer le défaut de livraison fin août 1997 de la machine commandée dont se plaignait l'acquéreur par lettres des 2 septembre 1997 et 20 novembre 1997, M. Y... a invoqué l'impossibilité de se servir de son bras droit (télécopie du 19 septembre 1997), puis a précisé qu'il souffrait d'une infection au niveau du poignet droit pour une cause indéterminée (télécopie du 1er janvier 1998).

Le docteur Pierre E... certifie, en effet, avoir reçu à son cabinet M. Y... le 1er septembre 1997 pour une radiographie du poignet droit et le docteur Olivier F... atteste que celui-ci a souffert d'une infection au poignet droit à compter de juillet 1997 justifiant une incapacité temporaire totale jusqu'en décembre 1997. Il est constant que M. X... a accepté le report de la livraison que M. Y... proposait en ces termes : "Dans l'état actuel des choses et fonction des livraisons (solde de nos commandes), nous pouvons prévoir le début de l'installation de la ligne de conditionnement à compter de la fin février 1998 (en vos ateliers)" (télécopie du 7 janvier 1998). Si dès le mois de décembre 1997, M. Y... se soumettait à des examens qui devaient conduire à la découverte d'un cancer, il ressort des documents médicaux versés aux débats que le diagnostic n'a été énoncé que le 23 janvier 1998, qu'il a donné lieu à la prescription d'une chimiothérapie et que l'arrêt de travail a été délivré à compter du 23 mai 1998, soit moins de cinq mois avant le décès. Cette chronologie et les attestations de Monique G..., Jean et Béatrice Y..., Huguette H..., Marie-Rose I..., Jacques J... qui relatent la dégradation brutale de M. Y... à partir de la fin du mois d'avril 1998 font la preuve d'une maladie irrésistible, ce caractère suffisant à retenir la qualification de force majeure (cf. Cass. Civ. 1re, 10 février 1998, Juris-Data n° 000564). Dès lors qu'il est établi par les éléments du dossier que seul M. Y... était en mesure de réaliser la machine s'agissant d'un prototype et qu'il s'en est trouvé empêché par un tel événement, c'est à bon droit que le premier juge, après avoir prononcé la résolution du contrat, a débouté M. X... de ses demandes de dommages-intérêts. Le jugement sera confirmé en toutes ses dispositions" (cf. arrêt attaqué, p. 4 et 5) ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QU'"il ressort de plusieurs documents produits notamment médicaux et de plusieurs attestations et il n'est pas contesté que, dès juillet 1997, M. Y... a été atteint d'une infection du bras droit qui l'a empêché de travailler manuellement ; qu'en décembre 1997 et alors que le délai de livraison était largement dépassé, M. X... souhaitait toujours maintenir la relation contractuelle avec report de la livraison pour février 1998 et a concrétisé cette volonté en versant un deuxième acompte ; qu'à compter de la fin de l'année 1997, M. Y... s'est soumis à des examens qui ont mis en évidence l'existence d'un cancer ; qu'à partir de 1998, M. Y..., très affaibli et incapable d'exercer une activité normale, a suivi

une thérapie adaptée à sa maladie mais qui n'a pu empêcher son décès en octobre de la même année. Il ressort également des courriers préalables au contrat de juin 1997, que l'équipement dont s'agit avait été étudié, défini et mis au point depuis un certain temps entre les deux contractants et constituait un prototype adapté à la production et aux seuls besoins spécifiques de M. X...

Il apparaît également que M. Y... travaillait seul et en nom propre sans assistance externe ; que l'équipement commandé a connu un début de fabrication ; que M. Y... a dépensé plus de 80 000 francs en fournitures en vue de la réalisation du matériel demandé.

Il résulte de l'ensemble de ces éléments que M. Y... a tenté d'honorer loyalement le contrat passé avec M. X... ; qu'il en a été empêché suite à son incapacité physique temporaire partielle, puis à la maladie qui devait l'emporter rapidement ; qu'il ne pouvait, de par la particularité du projet et l'absence du salarié, en confier la réalisation à autrui. Cette incapacité physique résultant d'une infection et cette maladie grave survenues après la signature du contrat présentent bien un caractère imprévisible.

La nature même de ces événements qui ont entraîné rapidement la mort de M. Y... démontre leur caractère irrésistible de sorte que les défendeurs sont bien fondés, en application de l'article 1148 du Code civil, à soutenir le cas de force majeure pour solliciter le débouté des demandes de dommages-intérêts de M. X..." (cf. jugement entrepris, p. 3, 2e et 3e considérants, s'achevant p. 4 ; p. 4, 1er et 2e considérants) ;

ALORS QU'en estimant que la maladie dont a souffert M. Michel Y... avait un caractère imprévisible, pour en déduire qu'elle serait constitutive d'un cas de force majeure, après avoir constaté qu'au 7 janvier 1997, date à laquelle M. Michel Y... a fait à son cocontractant la proposition qui fut acceptée de fixer la date de livraison de la commande à la fin du mois de février 1998, M. Michel Y... savait souffrir, depuis plusieurs mois, d'une infection au poignet droit justifiant une incapacité temporaire totale de travail et se soumettait à de nombreux examens médicaux, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et violé, en conséquence, l'article 1148 du code civil ;

ALORS QU'un événement n'est pas constitutif de force majeure pour le débiteur, lorsque ce dernier n'a pas pris toutes les mesures possibles que la prévisibilité de l'événement rendait nécessaires pour en éviter la survenance et les effets ; qu'en reconnaissant à la maladie dont a souffert M. Michel Y... le caractère d'un cas de force majeure, quand elle avait constaté que, loin d'informer son cocontractant qu'il ne ne serait pas en mesure de livrer la machine commandée avant de longs mois, ce qui aurait permis à M. Philippe X... de prendre toutes les dispositions nécessaires pour pallier le défaut de livraison à la date convenue de la machine commandée, M. Michel Y... avait fait, le 7 janvier 1998, à son cocontractant la proposition qui fut acceptée de fixer la date de livraison de la commande à la fin du mois de février 1998, soit à une date qu'il ne pouvait prévisiblement pas respecter, compte tenu de l'infection au poignet droit justifiant une incapacité temporaire totale de travail, dont il savait souffrir depuis plusieurs mois, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations et violé, en conséquence, l'article 1148 du code civil ;

SECOND MOYEN : Il est fait grief à l'arrêt confirmatif attaqué d'AVOIR omis, après avoir prononcé la résolution du contrat conclu le 11 juin 1997 entre M. Michel Y... et M. Philippe X..., de condamner in solidum Mme Micheline Y..., Mme Delphine Y... et Mme Sévenine Y... à payer à M. Philippe X... les intérêts au taux légal, à compter du 10 août 1998, date de la délivrance de l'acte introductif d'instance, jusqu'au 7 juillet 1999, date de son versement par Mme Micheline Y..., Mme Delphine Y... et Mme Séverine Y... à ce dernier, sur la somme de 22 613,98 euros, soit 148 338 francs, correspondant au montant des acomptes initialement versés à M. Michel Y... par M. Philippe X... ;

ALORS QUE les intérêts au taux légal sont dus du jour de la demande en justice équivalent à la sommation de payer jusqu'à la date de leur versement sur le prix qui doit être restitué à la suite de la résolution d'un contrat ; qu'en omettant, après avoir prononcé la résolution du contrat conclu le 11 juin 1997 entre M. Michel Y... et M. Philippe X..., de condamner in solidum Mme Micheline Y..., Mme Delphine Y... et Mme Sévenine Y... à payer à M. Philippe X... les intérêts au taux légal sur la somme correspondant au montant des acomptes initialement versés à M. Michel Y... par M. Philippe X..., à compter de la date de la délivrance de l'acte introductif d'instance jusqu'à celle de son versement par Mme Micheline Y..., Mme Delphine Y... et Mme Séverine Y... à ce dernier, la cour d'appel a violé l'article 1153 du code civil.

« La définition de la force majeure est connue. On sait que ce nom n'est donné qu'aux accidents que la vigilance n'a pu ni prévoir, ni empêcher » (1). Cette notion, qu'on tente d'appréhender à travers des standards juridiques, n'a toutefois jamais cessé d'être au centre de célèbres controverses doctrinales et incertitudes jurisprudentielles générées par une absence de définition légale et générale (2) précise. Se pose donc le problème de la détermination et de l'appréciation des éléments de la qualification de la force majeure exonératoire. Deux arrêts d'Assemblée plénière, rendus le 14 avril 2006 en matière de responsabilité civile contractuelle et délictuelle marquent la volonté de la Haute juridiction d'harmoniser (3) les critères entre ces deux domaines mais surtout de les préciser.

L'arrêt relatif à la responsabilité civile contractuelle avait trait au problème de savoir si l'irrésistibilité de l'empêchement suffit à caractériser la force majeure. En l'espèce, une machine avait été commandée par un professionnel pour les besoins de son activité, or elle n'avait pu être livrée en raison du décès du fabricant. Les héritiers de celui-ci sont assignés en résolution du contrat et en paiement de dommages-intérêts. La cour d'appel de Douai rejette cette demande de dommages-intérêts. La première Chambre civile renvoie le pourvoi (4) devant l'Assemblée plénière. La première branche de ce dernier conteste de façon factuelle l'existence d'une imprévisibilité et reproche donc à la cour d'appel de ne pas avoir tiré les conséquences légales de ses constatations (violation de l'article 1148 du code civil)(5). La seconde branche fait valoir qu'un événement n'est pas constitutif de force majeure pour le débiteur lorsque celui-ci n'a pas pris toutes les mesures que la prévisibilité de l'événement rendait nécessaires pour en éviter la survenance et les effets.

La Cour rejette le pourvoi et souligne qu' « il n'y a lieu à aucuns dommages-intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit ; qu'il en est ainsi lorsque le débiteur a été empêché d'exécuter par la maladie, dès lors que cet événement, présentant un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat et irrésistible dans son exécution, est constitutif d'un cas de force majeure ; qu'ayant retenu, par motifs propres et adoptés, que seul (le fabricant) était en mesure de réaliser la machine et qu'il s'en était trouvé empêché par son incapacité temporaire partielle puis par la maladie ayant entraîné son décès, que l'incapacité physique résultant de l'infection et de la maladie grave survenues après la conclusion du contrat présentait un caractère imprévisible et que la chronologie des faits ainsi que les attestations relatant la dégradation brutale de son état de santé faisaient la preuve d'une maladie irrésistible, la cour d'appel a décidé à bon droit que ces circonstances étaient constitutives d'un cas de force majeure ».

La Cour de cassation réaffirme ainsi son attachement aux composantes classiques de la force majeure. Elle exprime par la même sa volonté de se détacher des nouveaux critères proposés par l'Avocat Général, lequel s'est intéressé à la nouvelle distinction trilogique suggérée par une partie de la doctrine (6). La différenciation théorisée repose sur l'appréciation du comportement humain à trois stades successifs : avant la réalisation de l'événement où il est proposé de retenir la notion d'inévitabilité ; pendant la réalisation de l'événement, celle d'irrésistibilité ; puis enfin, après la réalisation de l'événement, le critère d'insurmontabilité.

Stabiliser la définition traditionnelle contribue à renforcer son efficacité car la trilogie exposée (I) est au service d'une politique déterminée d'indemnisation. Certes, la force majeure n'est pas seulement une cause d'exonération de responsabilité (II) mais l'essentiel du contentieux concerne cette fonction.

1 LOCRE, la législation civile, commerciale et criminelle de la France, tome 17, Paris, 1829, n°16, p.236

2 On retrouve parfois cette notion dans divers textes français (ex du code pénal), conventions internationales ou codes étrangers.

3 L'avant-projet de réforme du droit des obligations, dit Projet Catala, comporte une section intitulée « Dispositions communes aux responsabilités contractuelle et extra-contractuelle », dans laquelle figure l'article 1349 qui a pour objet de donner une définition commune aux deux types de responsabilité.

4 Le second moyen reproche à l'arrêt d'avoir omis, après avoir prononcé la résolution du contrat, de condamner les héritiers à payer les intérêts au taux légal sur la somme correspondant au montant des acomptes, à compter de la date de l'acte introductif d'instance et jusqu'à celle du versement de cette somme, ce qui ne pose pas de question de principe.

5 L'appréciation des faits est de la compétence souveraine des juges du fond mais la Cour de cassation se réserve le contrôle de la qualification et des conséquences qui en sont tirées sur le plan de la responsabilité, même s'il a longtemps été difficile de savoir si c'était une question de droit ou de fait. La constatation des faits est empreinte d'incertitude d'autant plus que ces derniers sont évalués à l'aune de standards.

6 Cf notamment : P-H ANTONMATTEI, Contribution à l'étude de la force majeure, Bibliothèque de droit privé, tome 220, LGDJ, 1992, préf. B. TEYSSIE ; P. JOURDAIN, RTD civ. 2003 p. 301 ; G. VINEY, Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, LGDJ 1998, 2° éd.

I : UNE DEFINITION IMMUABLE

La Cour de cassation a affermi les critères invariables de façon pourtant nuancée. Un tel consensus sur les conditions que doit remplir un événement pour être considéré comme fortuit était nécessaire eu égard déjà à la subjectivité inéluctable dans l'appréciation des circonstances de la cause des juges judiciaires.

A : Réaffirmation ambiguë du critère de l'extériorité

Dans son communiqué, la Cour de cassation réaffirme se pencher sur une conception classique de la force majeure i.e. composée des trois critères dont celui de l'extériorité. Néanmoins, l'ambiguïté de ce dernier élément est patente. Il est souligné que « certaines évolutions jurisprudentielles, ainsi que de nouvelles analyses doctrinales suggéraient que toutefois [cette] définition pouvait être reconsidérée en ce qui concerne les deux derniers critères », à savoir ceux de l'imprévisibilité et de l'irrésistibilité. Cela sous – entend-t-il donc qu'aucune discussion ne porte sur cet élément extérieur, pourtant très controversé ? Existe-t-il toujours ou a-t-il disparu des éléments de qualification de la force majeure ? La perplexité par rapport à l'exigence de cet élément s'accroît car il n'y est pas fait une référence expresse dans les arrêts à la différence des deux autres critères, par ailleurs caractérisés avec soin.

L'événement constitutif de la force majeure doit être extérieur, condition évoquée à l'article 1147 du Code civil qui fait référence à la « cause étrangère » non imputable au débiteur. L'événement libératoire doit « se produire en dehors de la sphère d'autorité dont le débiteur doit répondre » (1). Il était apparu que d'une façon générale, l'extériorité ne représentait plus aujourd'hui une condition nécessaire (2) de la force majeure, puisque cette dernière se caractérisait même si un événement se manifestait dans la sphère du contractant comme la maladie (3), la grève ou autres circonstances économiques (le chômage ou l'absence de ressources, par exemple). L'extériorité n'a de sens qu'au regard d'un objet de référence, sujet à variation comme une chose, une personne, l'activité du débiteur ou encore sa volonté. Ce caractère psychologique (4) de l'extériorité n'isole pas la jurisprudence civile des autres domaines du droit (5). Ainsi, la seule prise en compte de la maladie (6) comme cause de force majeure ne permet pas d'éviter la condition de l'extériorité des critères qualifiants (7). L'extériorité n'est en réalité qu'un caractère prétorien destiné à établir que l'événement exonérateur n'est pas imputable au débiteur. C'est donc la notion d'imputation qui commande l'exonération et implique des nuances quant à l'appréciation de la notion d'extériorité.

L'objectif de ce critère « extérieur » est de traquer la faute (8) dans l'apparition de l'événement car un fait interne présumerait un comportement fautif du débiteur. Cette finalité peut expliquer l'absence de

1 J. CARBONNIER, Droit civil, vol. II, PUF 2004, n° 162

2 P-H ANTONMATTEI, thèse préc., n° 54; P. MALINVAUD, Droit des obligations, Litec, 8^{ème} éd. 2003, n° 700. cf. cep. contra J-C. SAINT-PAU, J.-Cl Civil, art. 1146 à 1155, fasc. 11-30, n° 23. Sur les divergences doctrinales, cf. la synthèse de G. VINEY et P. JOURDAIN, op. cit., n° 385

3 la maladie a été déclarée constitutive d'un cas de force majeure irrésistible, bien qu'elle n'ait pas été extérieure à la personne, dans le cas d'un élève empêché, du fait de la maladie, de suivre l'enseignement dispensé par l'école contractante : Cass., 1^{ère} Civ., 10 février 1998, Bull., n° 53 : une Cour d'appel a ainsi « justement considéré que cette maladie, irrésistible, constituait un événement de force majeure, bien que n'étant pas extérieure à celle-ci (la débitrice) » ou dans le cas de l'annulation d'un voyage en Egypte, par une agence de voyages, en raison de la maladie de l'égyptologue qui devait accompagner les visiteurs : Cass. 1^{ère} Civ., 6 novembre 2002, Bull., n° 258 ; ou encore dans le cas du malaise brutal d'un conducteur d'automobile qui, ne pouvant plus maîtriser son véhicule, a causé un grave accident de la circulation : Cass. crim. 15 novembre 2005 - Pourvoi n° 04-87.813. Mais, en sens contraire de la maladie non exonératoire : Cass., 1^{ère} Civ., 23 janvier 1968, JCP 1968 II 15422 ; Cass. 1^{ère} civ., 2 octobre 2001, Contrats conc. consom. 2002, n° 24.

4 Ce qui exclut par hypothèse le suicide comme dans la première espèce rendue relativement à la responsabilité civile délictuelle

5 La même référence à des événements « indépendants de la volonté et que celle-ci n'a pu ni prévoir ni conjurer » se retrouve tant dans la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation que dans le Code pénal relativement aux articles sur la tentative, les faits justificatifs... ; en droit communautaire, CJCE 9 février 1984, Rec. p.557 ; art. 79 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 relative à la vente internationale de marchandises

6 maladie qu'il faut entendre d'une infection physique car la maladie mentale est en revanche impuissante à produire cet effet en raison du principe posé à l'article 489-2 du Code civil

7 Cass. com. 25 octobre 1976, Bull. n° 264 ; Cass. com. 23 janvier 1968, Bull. n° 39.

8 J-L. LALA, la force majeure en matière de responsabilité civile, thèse Bordeaux, 1963, n°52 « en définitive, l'exigence d'extériorité s'inscrit normalement dans une politique de prévention des fautes. Pour rendre les propriétaires ou gardiens de choses, soucieux de ne pas commettre ou laisser commettre des actes dommageables, il est de bonne politique juridique de les condamner à réparation, même dans des espèces où leur conduite peut être exempte de reproches ». cf contra Rapport de M. Petit

recherche de cet indice dans les espèces commentées dans la mesure où il ne posait pas problème eu égard tant à la faute de la victime ou à sa maladie.

B : Réaffirmation explicite des critères d'imprévisibilité et d'irrésistibilité

Classiquement, l'imprévisibilité et l'irrésistibilité constituent deux conditions cumulatives. La Cour de cassation souligne l'actualité de cette exigence.

1) Utilité de l'imprévisibilité

Nécessité de l'imprévisibilité : Le problème topique était de savoir si l'imprévisibilité d'un empêchement, de l'événement source d'inexécution était un élément de qualification nécessaire de la force majeure. Cette condition d'imprévisibilité est largement discutée par la doctrine (1), qui lui confère un rôle variable (2) en tant qu'élément qualifiant, laquelle doctrine retrace les errements jurisprudentiels (3). En effet, la première Chambre civile de la Cour de cassation à laquelle se rallient la Chambre commerciale (4) et la Chambre sociale (5) considère que « la seule irrésistibilité de l'événement caractérise la force majeure » (6). En matière délictuelle, en revanche, la deuxième Chambre civile (7) exige cumulativement l'irrésistibilité et l'imprévisibilité. Ces distorsions expriment-elles la spécificité de la responsabilité contractuelle ? La Cour de cassation répond par la négative, imposant la trilogie tant en matière de responsabilité civile délictuelle que contractuelle, se conformant ainsi à l'idée d'un jus commune européen (8), mais contrevenant aux propositions du Projet Catala (9).

Moment d'appréciation : Le moment d'appréciation de l'imprévisibilité est la conclusion du contrat, ce qui distingue la responsabilité contractuelle de la responsabilité délictuelle pour laquelle l'imprévisibilité est appréciée au jour du fait dommageable. Cette règle, admise unanimement par la doctrine (10) est consacrée par la jurisprudence (1).

sur le site www.courdecassation.fr « est sans rapport avec la faute et constitue au contraire l'expression d'une garantie. Cette exigence, en effet, a pour principal effet d'interdire au défendeur d'invoquer pour son exonération le fait des choses ou des personnes dont il répond, sans faute de sa part : elle n'est alors que la traduction, en négatif et au regard des caractères de la force majeure, de l'existence positive des diverses responsabilités (délictuelle ou contractuelle) du fait d'autrui et du fait des choses ».

1 Elle est consacrée par la doctrine presque unanime selon ces auteurs : F. CHABAS et F. GREAU, Force majeure, Rep. civ. Dalloz, sept. 2002, n° 12, p. 14 et les références citées ; contra J. MOURY, Force majeure : éloge de la sobriété, RTD civ. 2004, 471 « L'imprévisibilité ne constitue alors pas même une composante de l'irrésistibilité. Cette observation suffit à l'écartier radicalement des conditions de la force majeure, un critère de qualification ne pouvant s'accommoder d'une absence de permanence ».

2 G. VINEY, « l'imprévisibilité est plutôt un indice ou un caractère de l'irrésistibilité qu'une condition vraiment autonome de la force majeure », op.cit. n° 396. Position partagée par M. Antonmattei qui estime que l'imprévisibilité est « en définitive plus un indice de l'inévitabilité que de l'irrésistibilité » - P-H ANTONMATTEI, thèse préc., n° 87 ; A. BENABENT, Les obligations, Montchrestien, 8^{ème} éd. 2001, n° 334 et 335 souligne que l'imprévisibilité n'est qu'un élément « adventice » par opposition à l'irrésistibilité qui constitue l'élément « fondamental » de la force majeure.

3 Pour un panorama de droit comparé : cf le rapport de M. PETIT sur le site : www.courdecassation.fr et les développements sous l'article 3.108 des Principes du droit européen des contrats dits Principes Lando, in I de LAMBERTIE, G. ROUHETTE, D. TALLON, Les Principes du droit européen du contrat. L'exécution, l'inexécution et ses suites, la documentation française, 1997, p.129

4 Cass. com., 1^{er} octobre 1997, Bull. n° 240 : « l'irrésistibilité de l'événement est, à elle seule, constitutive de la force majeure, lorsque sa prévision ne saurait permettre d'en empêcher les effets, sous réserve que le débiteur ait pris toutes les mesures requises pour éviter la réalisation de l'événement »

5 Cass. soc., 12 février 2003, 3 arrêts, Bull. n° 50 : « la force majeure permettant à l'employeur de s'exonérer de tout ou partie des obligations nées de la rupture d'un contrat de travail s'entend de la survenance d'un événement extérieur irrésistible ayant pour effet de rendre impossible la poursuite dudit contrat ».

6 Cass. 1^{ère} civ., 6 novembre 2002, Bull. n° 258 ; Cass. 1^{ère} civ., 9 mars 1994, Bull. n° 91...

7 Cass. 2^{ème} civ., 13 juillet 2000, Bull. n°126 : l'imprévisibilité de l'événement invoqué comme cause exonératoire de la présomption de responsabilité est exigée au titre des éléments constitutifs de la force majeure.

8 les instances communautaires jugent que « la notion de force majeure doit être entendue dans le sens de circonstances étrangères à celui qui l'invoque, anormales et imprévisibles, dont les conséquences n'auraient pu être évitées malgré toutes les diligences déployées » : CJCE, 29 septembre 1998, n° C-263/97, The Queen / Intervention Board for Agricultural Produce, ex parte First City Trading e.a, Rec. 1998, I -5537. Peuvent également être cités l'article 79 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 relative à la vente internationale de marchandises et l'article 3. 108 al. 1^{er} des Principes du droit européen des contrats dits Principes Lando.

9 L'article 1349 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations définit la force majeure comme « un événement irrésistible que l'agent ne pouvait prévoir ou dont on ne pouvait éviter les effets par des mesures appropriées », prenant ainsi le parti de retenir la conception admettant que la prévisibilité de l'empêchement n'exclut pas la qualification de force majeure.

10 F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, les obligations, Précis Dalloz, 8^{ème} éd. 2006, n° 582.

Quid lorsque l'événement, initialement imprévisible, est devenu prévisible en cours d'exécution. Faut-il le prendre en compte (2) ? Dès lors que l'empêchement était imprévisible lors de la conclusion du contrat, le débiteur peut se libérer en établissant seulement son caractère irrésistible, sans que l'on puisse lui opposer que l'événement qu'il invoque était devenu prévisible après la conclusion du contrat. L'aspect subjectif de la force majeure « qui réside dans l'absence de faute de prévention de la part de celui qui souhaite s'en prévaloir » (3) est rejeté. Est-ce à dire que l'imprévisibilité constatée au jour du contrat peut dispenser le débiteur de précautions propres à combattre un événement devenu prévisible en cours d'exécution, car le débiteur est tenu de tout mettre en oeuvre pour exécuter son obligation ? Tel est d'ailleurs l'objet du pourvoi qui fait valoir qu'un événement n'est pas constitutif de force majeure pour le débiteur lorsque celui-ci n'a pas pris toutes les mesures que la prévisibilité de l'événement rendait nécessaires pour en éviter la survenance et les effets. Les juges affirment que l'appréciation de l'imprévisibilité se fait lors de la conclusion, il convient de s'intéresser a posteriori à l'irrésistibilité.

Cette règle est fondée sur la nécessité de respecter les prévisions du débiteur qui s'est engagé en fonction de ce qu'il pouvait raisonnablement prévoir au moment de son consentement (4). Par ailleurs, c'est lors de la formation du contrat que sont prévues les clauses relatives à la force majeure. Un événement prévisible pour le débiteur, qui décide néanmoins de contracter, implique que celui-ci en a accepté le risque (5) (garanti ou non par une assurance) et même plus, qu'il « avait le devoir de prendre le surcroît de précautions qui auraient pu l'éviter ; à la limite, il devait s'abstenir de contracter plutôt que de braver le risque » (6). En outre, le débiteur a le devoir d'être fidèle envers lui-même mais aussi envers son créancier. Il convient de respecter la prévision du créancier qui a contracté en fonction d'un risque d'inexécution qu'il croyait légitimement assumé par son débiteur. En effet, le contrat, réalisant une projection dans l'avenir, est un acte de prévision (7). Un créancier peut raisonnablement s'attendre à l'exécution du contrat lorsque est pris en compte ab initio un événement. Cette idée de confiance (8) est nécessaire en matière contractuelle au regard de l'objet des contrats que sont les échanges économiques.

En réaffirmant la nécessité de ce critère, apprécié lors de la conclusion du contrat, la Cour de cassation écarte l'analyse selon laquelle la qualification de force majeure ne dépendrait que de la volonté (9) des parties et des attentes légitimes du créancier. En effet, il a été proposé de définir la force majeure comme « la difficulté d'exécution dont le créancier ne pouvait raisonnablement espérer la prise en charge par le débiteur » (10). La force majeure n'est donc pas « de détermination contractuelle » (11), en l'absence de disposition expresse des parties. Ceci s'explique par la volonté de limiter le champ d'application de cette cause d'exonération qui, objectivement, porte atteinte à la force obligatoire du contrat. Il ne semble pas pour autant qu'il faille y voir un rejet de la redéfinition de la force obligatoire du contrat par le biais de la

1 Cass. 1^{ère} civ., 4 février 1997, Resp. civ. et assur. 1997, comm. n° 151

2 sur le fait que la prévisibilité en cours de contrat pouvait être prise en compte : un arrêt de la Chambre commerciale du 21 novembre 1967 appréciait aussi en principe la prévisibilité en se plaçant à la date de conclusion du contrat, mais ajoutait que jusqu'au dernier moment, on ne pouvait savoir si le mouvement aurait lieu, la grève ayant été annoncée mais pas pour une date certaine. Cass. com. 21 novembre 1967, JCP 1968. II. 15462. : G. DURRY, obs. RTD civ. 1971.863; TGI Nanterre 29 novembre 1991, GP 1992.1.376. Il est d'ailleurs possible de se demander si l'état de santé du débiteur n'était pas entré dans la prévision des parties dans la mesure où ces dernières avaient déjà réaménagé le délai de livraison de la machine.

3 Ch. COUTANT-LAPALUS, Variations autour de l'imprévisibilité de la cause étrangère, Petites affiches 26 février 2002, n°41, p.15 et s.

4 tout comme il ne répond que des dommages prévisibles : art. 1150 du Code civil

5 P-H ANTONMATTEI, thèse préc. n°72. La véritable fonction de l'imprévisibilité est l'attribution des risques. La force majeure « constitue simplement la limite ordinaire (sauf convention contraire) de l'obligation née du contrat ; si la force majeure libère le débiteur, ce n'est pas parce qu'elle rompt la causalité entre un « fait générateur » et un « dommage », mais parce que le risque d'un événement extérieur rendant l'inexécution impossible n'est pas normalement assumé par le débiteur ». Ph REMY, note sous Cass. 1^{ère} civ. 17 novembre 1999, Bull. civ. I, n°307 ; RGDA 2000.194

6 J. CARBONNIER, Droit civil, vol. II, PUF 2004, p. 2200

7 M. HAUROU, cité in H. LECUYER, in Le contrat, acte de prévision, in Mélanges F. TERRE, Dalloz, LGDJ, PUF, 1999, p.643 « le contrat est l'entreprise la plus hardie qui puisse se concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans les actes de prévision ». M. MEKKI, L'intérêt général et le contrat, contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé, LGDJ, 2004, préface J. GHESTIN, tome 411. Les théoriciens de la « rationalité limitée » ont certes relevé que les contractants ne pouvaient pas tout prévoir.

8 J. GHESTIN, La formation du contrat, Traité de droit civil, LGDJ, n°192, p. 173

9 Cette absence de prise en compte de la « volonté » des parties est à rapprocher de la prise en compte du critère de l'extériorité.

10 P. STOFFEL-MUNCK, obs. RDC 2003, p.63

11 cf contra : A. TUNC, Force majeure et absence de faute en matière contractuelle, RTD civ. 1945, 235, in fine

notion d'attentes légitimes ou raisonnables (1) initiée par la théorie anglo-américaine des « reasonable expectations » : « ce qui fonde la force obligatoire du contrat, c'est l'attente du créancier qui ne doit pas être déçue. Corollaire : le débiteur n'est obligé que dans la limite de ce qu'attendait le créancier, de ce à quoi il pouvait s'attendre raisonnablement » (2).

En outre, l'équilibre du contrat serait remis en cause si le débiteur devait supporter des événements dont la prévisibilité n'est apparue qu'au stade de l'exécution de la prestation. Faut-il y voir une allusion plus générale au mécanisme de l'imprévision, laquelle à la différence de la force majeure ne libère pas le débiteur ? L'imprévisibilité de l'empêchement lors de la conclusion du contrat, condition mentionnée par les Principes Lando est exigée de la même façon pour le mécanisme prévu à l'article 2.117 de ces mêmes Principes relatifs aux « changements de circonstances ». Dans les deux cas, il y a bien un événement imprévisible mais dans le cas de l'imprévision, l'exécution du contrat est encore possible (même si elle est ruineuse pour le débiteur) (3).

Modalité de l'appréciation : L'imprévisibilité s'apprécie en premier lieu in abstracto. En effet, il est fait référence à une imprévisibilité normale ou raisonnable (4) mais cette appréciation in abstracto est circonstancielle (5). L'événement est jugé imprévisible en fonction du temps et du lieu où il se produit, des circonstances qui l'accompagnent et, éventuellement, des aptitudes personnelles du débiteur (6). Cette appréciation pragmatique est nécessairement relative car la plupart des événements, y compris les pires catastrophes, sont prévisibles (7).

Pour être regardée comme exonératoire de responsabilité contractuelle, le débiteur ne doit pas avoir pu prévoir la maladie ni avoir eu la connaissance antérieurement du risque d'inexécution du contrat. Victime de maladie, le débiteur n'est en rien intervenu (8) dans la déficience de son état de santé. Pour que que l'événement soit imprévisible, il faut, peut-on dire, qu'il provoque un « effet de surprise » (9) au regard du lieu, du moment et des circonstances dans lesquels il se produit, de telle manière qu'il n'ait pu être prévu par un homme prudent et avisé. Ce n'est pas le cas lorsque l'événement pouvait être raisonnablement prévu selon le cours habituel des choses, en raison d'un avertissement particulier, par l'expérience de la vie, par un précédent (10). Comme l'imprévisibilité repose essentiellement sur une appréciation du comportement de l'individu « avant la réalisation de l'événement », se pose la question de ses prédispositions. Quid si le débiteur avait des antécédents familiaux de cancer, ou encore avait présenté des signes avant-coureurs... ou s'il « fumait » (11)... ?

2) utilité de l'irrésistibilité

Si l'irrésistibilité est un élément incontestable de qualification de la force majeure, son acception est incertaine. Il faut que la personne concernée ait été dans l'impossibilité d'agir autrement qu'elle l'a fait. Il faut que l'événement la laisse impuissante (12). Résister, c'est « ne pas céder sous l'effet d'une force ». Les juges apprécient d'abord l'irrésistibilité de la survenance ou de la cause de l'événement

1 C. NOBLOT, la qualité du contractant comme critère légal de protection, Essai de méthodologie législative, Préf. Fr. LABARTHE, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, tome 382

2 J. CARBONNIER, Introduction, in L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées R. SAVATIER

3 « la frontière est parfois délicate à tracer entre une exécution concevable, mais au prix d'efforts totalement déraisonnables et l'exécution rendue très difficile, pouvant conduire le débiteur à la faillite ». I de LAMBERTIE, G. ROUHETTE, D. TALLON, Les Principes du droit européen du contrat. L'exécution, l'inexécution et ses suites, la documentation française, 1997, p.129

4 Cass. 1^{ère} civ., 18 mai 1999 : Bull. civ. 1999, I, n° 205

5 la jurisprudence glisse parfois vers une appréciation abstraite spécialement dans le domaine des contrats de transports, lequel concerne essentiellement le dommage corporel, ce qui marque la volonté judiciaire d'imputer au débiteur tous les risques de l'activité de transport. J-Ch. SAINT-PAU, op.cit.

6 sur la relativité quant à la personne du défendeur (qualités propres ou traits personnels) : F. CHABAS et F. GREAU, op. cit., n° n° 26

7 A. TUNC, Force majeure et absence de faute en matière délictuelle, RTD Civ. 1946, p. 187

8 La maladie, imprévisible et irrésistible, du débiteur ne devient exonératoire qu'à raison de son imputation à un phénomène extérieur à la maîtrise du débiteur : Cass. com., 23 janv. 1968 : JCP G 1968, II, 15422

9 Cass. 2^e civ., 28 octobre 1968, Bull. civ. II, n°255

10 Critères proposés par Ph. Le TOURNEAU et L. CADIET, Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz-Action, n° 1815

11 L. GRUNBAUM, conclusions de l'avocat Général R. KESSOUS, Tabagisme : responsabilité juridique et responsabilité morale, Dalloz, aff. 2003, n°43, p. 2902

12 F. CHABAS et F. GREAU, op. cit., n° 33

(1), c'est-à-dire son inévitabilité (2). Cette appréciation renvoie pour partie à celle de l'imprévisibilité puisqu'un événement est nécessairement inévitable s'il ne pouvait être normalement prévisible. Au-delà de l'inévitabilité de la cause de l'événement, la jurisprudence appréhende également l'irrésistibilité à travers ses conséquences. Tout événement inévitable ne devient force majeure qu'à la condition d'être insurmontable (3) pour le débiteur raisonnable. C'est alors l'impossibilité d'exécution (4) qui devient naturellement le critère de qualification essentiel de la force majeure en matière contractuelle (5). Ce qui explique que l'irrésistibilité s'apprécie toujours, que ce soit en matière contractuelle ou en matière délictuelle, au moment de la survenance du fait dommageable.

L'appréciation de l'irrésistibilité de la force majeure est relative. De nombreux arrêts visent un événement normalement irrésistible (6), ce qui implique un jugement de normalité (7). L'appréciation in abstracto est donc circonstancielle comme pour le critère précédent. En l'espèce, la cour d'appel souligne que la chronologie et les attestations fournies relataient la dégradation brutale (8) du fabricant, ce qui faisait la preuve d'une maladie irrésistible. En outre, la maladie empêchait le débiteur de s'exécuter (9), lequel avait par ailleurs utilisé tous les moyens propres à éviter l'inexécution du contrat (10). En l'espèce (11), il était bien précisé que seul le débiteur était en mesure de réaliser la machine s'agissant d'un prototype (l'obligation de faire impliquait une exécution personnelle). Peut-on également songer à solliciter l'exécution de bonne foi du contrat car le tribunal retient, après avoir rappelé les circonstances de fait, qu'il « résulte de ces éléments que (le fabricant) a tenté d'honorer loyalement le contrat passé avec (son client) » ?

II : DES EFFETS VARIABLES

La fonction juridique de la force majeure, et partant les effets conférés à cette dernière, varient selon la nature de la perturbation engendrée.

A : L'effet libératoire de la force majeure

La Cour de cassation rappelle (12) la triple dimension libératoire de la force majeure. Tout d'abord, elle évince toute responsabilité, elle libère le débiteur de son obligation d'exécuter, ensuite elle dispense de l'octroi de tous dommages-intérêts au profit du créancier de la prestation inexécutée, enfin elle éteint l'obligation. Dans les contrats synallagmatiques, le contractant bénéficie d'un effet supplémentaire de la force majeure : il est libéré de sa propre obligation (13). Le contrat est résolu (14).

1 J-Ch. SAINT-PAU, op.cit.

2 P-H. ANTONMATTEI, thèse préc., n°86 « l'inévitable double l'irrésistible »

3 P. JOURDAIN, obs. RTD civ. 2003 p. 301

4 certains droits étrangers fondent l'exonération de responsabilité contractuelle sur la seule impossibilité d'exécution

5 F. CHABAS et F. GREAU, op. cit., n° 33

6 certains arrêts qui exigent une impossibilité absolue de résister à l'événement : Cass., 1^{ère} Civ., 31 mai 1989, RTD civ. 1990, 489, obs. P. JOURDAIN

7 J-Ch. SAINT-PAU, op.cit.. Cette idée de normalité est également présente au niveau européen : CJCE 17 septembre 1987, D. 1988, sommaire. 171, obs. L. CARTOU : la force majeure « ne présuppose pas une impossibilité absolue », mais qu'elle « exige toutefois qu'il s'agisse de difficultés anormales, indépendantes de la volonté de la personne et apparaissant inévitables même si toutes les diligences utiles sont mises en œuvre ».

8 Paris 28 février 1984, BRDA 9/84, p.15 : ne constitue pas un cas de force majeure la nécrose de la hanche du garagiste qui l'a contraint à fermer son garage et à rompre son contrat d'approvisionnement exclusif en lubrifiant, car la maladie était à évolution lente et qu'il était assisté d'autres personnes pour l'exploitation de son garage

9 Cass. civ., 16 mars 1864 : DP 1864, 1, p. 158 ; Cass. com., 4 janvier 1967 : Bull. civ. 1967, III, n° 6 ; Cass. com., 23 janvier 1968 : Bull. civ. 1968 IV n° 39 ; JCP G 1968, II, 15422.

10 les inconvénients ne pouvaient être palliés par une exécution par substitution (appel à un sous-traitant). J. RADOUANT, note sous Cass. com. 24 novembre 1953, JCP 1954.II.8302. Cass. soc. 12 février 2003, Bull. n° 50 : décès de l'acteur principal d'une série télévisée, qui n'a pas été considéré comme constitutif de force majeure, dès lors que la poursuite de la série pouvait se faire avec un autre acteur.

11 Cass. 1^{ère} civ. 23 janvier 1968, JCP 1968.II.15422, RTD civ 1969.136, obs. G. DURRY le critère est peut être que le contrat, sans intuition personnelle particulier peut être exécuté par un tiers

12 peu de développements sont consacrés par la doctrine à l'analyse des effets de la force majeure sur le contrat. Cf. Cass. com. 4 janvier 1967, Bull. civ. III, n°6 relatif notamment à l'admission de la maladie comme force majeure en cas d'inexécution d'un marché

13 Le tribunal souligne d'ailleurs que les acomptes versés par le client avait été restitués. Néanmoins, ce n'est pas significatif dans la mesure où il s'agissait d'un « donné acte ».

14 P-H. ANTONMATTEI, thèse préc., fait état de caducité

B : La suspension de l'exécution du contrat

Il est certes proposé d'adapter la libération à la perturbation créée et d'affiner ses effets en fonction de la durée et de l'étendue de l'impossibilité d'exécuter, i.e. des caractères de l'impossibilité créée par l'événement perturbateur. Toutefois, en l'espèce, l'impossibilité d'exécuter était définitive et emportait donc extinction, destruction totale du contrat.

En revanche, il est possible de voir dans l'octroi au débiteur d'un délai d'exécution, suite à sa maladie initiale, par les contractants eux-mêmes, une impossibilité momentanée qui avait déclenché seulement une mesure de suspension (1). En effet, une impossibilité temporaire du contrat appelle sous certaines conditions une suspension de l'exécution du contrat jusqu'au moment où l'événement extérieur vient à cesser. Cette technique, utilisée implicitement par les contractants eux-mêmes (qui ont essayé de préserver leur relation) est conforme au principe de la loyauté contractuelle. En outre, elle permet de pallier l'échec économique qu'engendre inéluctablement toute extinction du contrat. En tout état de cause, une telle suspension s'imposait au regard de la comparaison entre la durée de l'empêchement et l'utilité que pouvait représenter le maintien du contrat (2). L'intérêt d'une suspension pour le créancier de l'obligation inexécutée était indéniable et il ne peut être reproché au débiteur d'avoir contrevenu à son obligation de faire cesser cette impossibilité (3), laquelle a abouti à une impossibilité de réactiver le contrat.

L'attachement des magistrats à une définition classique de la force majeure, réitérant le triptyque classique souligne leur volonté de limiter les atteintes portées à la force obligatoire des contrats. La Cour de cassation souligne son attachement au contrat, objet des parties et à l'idée de faute. Concept correcteur, la force majeure répond à sentiment profond d'équité qui rejaillit sur son admission. Elle appelle donc une appréciation empreinte de réalisme et d'équilibre.

Au delà de ces considérations, il importe de souligner la volonté des Hauts magistrats d'emporter l'adhésion, précision est faite dans leur communiqué qu'« un point approfondi sur (de) nouvelles données » a été fait et que « les solutions fournies sur les mêmes questions dans les grands systèmes de droit » ont été étudiées.

1 Cass. civ., 15 février 1888, Bull. I, p. 203. Cass. 1^{ère} civ., 24 févr. 1981, Bull. civ. 1981, I, n° 65 « en cas d'impossibilité momentanée d'exécution d'une obligation, le débiteur n'est pas libéré, cette exécution étant seulement suspendue jusqu'au moment où l'impossibilité vient à cesser ». Cette technique de la suspension corrige donc l'effet destructeur de la force majeure.

2 P-H. ANTONMATTEI, thèse préc., n°306

3 P-H. ANTONMATTEI, thèse préc., n°321

II. – Jurisprudence

A. – DROIT INTERNE DE LA CONSOMMATION

1. – Généralités

(...)

2. – Formation des contrats de consommation

a. – Information des consommateurs

(...)

b. – Pratiques commerciales et contractuelles

1) Interprétation de la directive « Publicité comparative »

Le 23 février dernier, la Cour de justice des Communautés européennes a saisi l'opportunité de se prononcer à nouveau sur l'interprétation de la directive 84/450/CEE du Conseil du 10 septembre 1984, en matière de publicité trompeuse et comparative (1). Quelles ont été les circonstances de cette nouvelle interprétation ?

La société Siemens avait assigné la société Vipa devant la justice allemande, invoquant l'exploitation illicite de la notoriété de ses produits. S'agissant des faits, la société Siemens, ayant pour activité la production et la commercialisation d'automates programmables, avait introduit pour ces derniers, un système de numéros de commande résultant de l'association de multiples lettres et de chiffres. De l'autre côté, la société Vipa, fabriquant et procédant également à la vente de composants compatibles avec les automates de la société Siemens, utilisait un système d'identification presque identique à celui utilisé par Siemens.

Ainsi, la société Vipa commercialisait le composant correspondant au produit original de Siemens (dont le numéro de commande est « 6ES5 928-3UB21 ») sous le numéro de commande « Vipa 928-3UB21 ». Elle indiquait ce numéro sur ses produits et dans son catalogue tout en précisant : « Veuillez SVP vérifier le numéro de commande du module de programmation dont vous avez besoin dans la notice d'utilisation de votre plateforme ou appelez-nous ! Les numéros de commande correspondent à ceux des modules de programmation Siemens ».

Suite aux recours, l'affaire est arrivée jusque devant la Cour suprême d'Allemagne, qui a souhaité poser les questions préjudicielles suivantes :

« 1) Est-il tiré indûment profit d'un « autre signe distinctif » d'un concurrent, au sens de l'article 3 bis, paragraphe 1, sous g), de la directive 84/450/CEE, lorsque l'annonceur adopte à l'identique l'élément central du signe distinctif (en l'espèce, un système de numéros de commande), connu dans les milieux spécialisés, de son concurrent et se réfère dans sa publicité au fait d'avoir adopté à l'identique ce signe distinctif ?

2) L'avantage que présente pour l'annonceur et le consommateur cette adoption à l'identique du signe distinctif est-il un élément déterminant dans l'appréciation du caractère indu du profit tiré de l'utilisation de la notoriété de celui-ci ? »

Dans sa réponse, la CJCE a précisé que l'article 3 bis § 1, sous g), de la directive 84/450 devait être interprété en ce sens que, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, en utilisant dans ses catalogues l'élément central d'un signe distinctif d'un fabricant, connu dans les milieux spécialisés, un fournisseur concurrent ne tire pas indûment profit de la notoriété qui est attachée à ce signe distinctif, et que l'avantage que constitue pour les consommateurs la publicité comparative doit nécessairement être pris en compte dans l'appréciation du caractère indu du profit que l'annonceur tire de la notoriété attachée à un signe distinctif d'un concurrent.

Frédéric Nadaud

Doctorant

Faculté de droit, Montpellier I

1 CJCE, 23 févr. 2006, Siemens, aff. n° C-59/05.

Sévère condamnation du « spamming » sur téléphones mobiles

Le 13 janvier dernier, la société Cellcast, qui s'était livrée au printemps 2002 à une opération de « spamming » de grande ampleur auprès de millions d'utilisateurs de téléphones mobiles, a été condamnée à 50.000 € d'amende par les juges du Tribunal correctionnel de Nanterre.

En déposant plainte auprès de la DGCCRF, l'association de consommateurs UFC Que choisir avait décidé de poursuivre cette société (incluant son directeur commercial et son gérant) pour collecte de données nominatives par un moyen frauduleux, traitement informatisé de ces informations sans déclaration auprès de la CNIL et surtout, pour ce qui nous intéresse, publicité trompeuse. S'étant portée partie civile, l'association de consommateurs a obtenu 30.000 € de dommages et intérêts.

En l'espèce, les SMS (Short Message Service) envoyés invitaient les destinataires à appeler un numéro surtaxé en leur faisant croire que quelqu'un était secrètement amoureux d'eux. À l'occasion de leur appel vers ce numéro, les destinataires des SMS devaient fournir les numéros de téléphone de cinq de leurs amis. L'enquête de la DGCCRF a révélé qu'en réalité qu'il n'existait aucun « amoureux secret » mais que la société Cellcast avait loué une base de données.

Frédéric Nadaud

Doctorant

Faculté de droit, Montpellier I

3. – Contenu des contrats de consommation.

(...)

4. – Exécution des contrats de consommation

a. – Conformité des produits et des services

i- Droit commun de la vente au consommateur

2) Garantie des vices cachés

CA Chambéry, 2^{ème} chambre, 28 février 2006, EURL Futur Auto c/ M. Bon

L'EURL Futur Auto a acheté un véhicule automobile à un particulier le 21 décembre 2001, il présentait un kilométrage de 94 347 Kms, ce véhicule fut revendu quelques jours plus tard à M. Bon. Après un mois d'utilisation, l'acheteur final signala à son vendeur que l'allume-cigare et une des glaces électriques ne fonctionnaient plus. Ces désordres furent réparés par un entrepreneur qui informa M. Bon que d'autres désordres pourraient survenir, et qu'il convenait de changer tous les faisceaux du tableau de bord.

Malgré cette mise en garde, M. Bon mit le véhicule en circulation, et subit une panne après un court circuit le 1^{er} février 2002. Fort d'une expertise réalisée le 15 juillet 2002, M. Bon saisit le Juge des Référé le 24 octobre 2004 qui ordonna une expertise judiciaire. Elle fut effectuée le 02 avril 2003, et constata que « le véhicule était, avant la vente, affecté de vices cachés au niveau du faisceau électrique de la planche de bord ». Le Juge du fond fut saisi de ce litige le 26 février 2004, et le 24 janvier 2005, le Tribunal d'instance d'Annecy prononça la résiliation de la vente, et condamna le vendeur à indemniser tous les préjudices de l'acquéreur. L'EURL Futur Auto interjeta appel de ce jugement.

L'appelant évoquait plusieurs arguments qu'il convient de détailler :

- la condition de bref délai n'était pas remplie dans la mesure où 11 mois s'étaient écoulés entre le dépôt du rapport d'expertise et l'engagement de la procédure au fond.
- L'EURL n'était pas intervenue sur le véhicule, et les vices mis en exergue par le rapport d'expertise trouvaient leur origine dans les manipulations effectuées par le propriétaire initial, et que dès lors ces interventions du tiers constituaient un cas de force majeure exonératoire de responsabilité.
- Enfin, M. Bon avait contribué à l'aggravation du dommage en utilisant son véhicule malgré les mises en garde du réparateur.

Sur le premier argument de l'appelante, la réponse de la Cour d'appel de Chambéry n'est pas innovante dans la mesure où elle affirme que la saisine du Juge des référés a interrompu le bref délai de

l'article 1648 du Code civil (1), et qu'en tout état de cause le délai d'un an pour saisir le Juge du fond est un délai raisonnable.

En revanche, la réponse de la Cour quant au second argument mérite quelques lignes d'explications. Le raisonnement est le suivant : au visa de l'article 1643, elle affirme que le vendeur est tenu des vices quand même il ne les aurait pas connus, et qu'il était tenu d'une obligation de vérification du véhicule mis à la vente, ceci d'autant plus qu'il avait réalisée une marge importante injustifiée au regard de l'état automobile... C'est ce dernier élément qui a certainement emporté la conviction des Juges de la Cour d'Appel. L'acheteur était en droit d'attendre une vérification de la part de son vendeur, non seulement parce qu'il avait choisi de s'adresser à un professionnel plutôt qu'à un particulier, mais surtout du fait de la marge bénéficiaire réalisée par ce dernier.

Or le Juge d'appel n'est-il pas allé au-delà de ses attributions ? En effet, alors que le simple rappel de la loi par le visa de l'article 1643 du Code civil suffisait à condamner le vendeur, il a cru bon de préciser que « *la marge bénéficiaire était injustifiée au regard de l'état du véhicule* ». Il s'agit là d'une immixtion inopportune du juge dans le contrat, inopportune car elle ne relève pas de son office et qu'elle n'était pas justifiée pour la condamnation du vendeur négligeant.

Cass., 1^{ère} civ., 21 mars 2006, n° 03.16075 et n° 03.16307

Par principe, la résolution de la vente entraîne l'anéantissement rétroactif des obligations des parties au contrat, et par conséquent la remise en l'état des patrimoines, en matière civile les conséquences de l'annulation d'une vente par le juge aux motifs de la constatation de vices cachés sont expressément prévues au sein de l'article 1644 du Code civil. Or le texte de cet article est clair : dans le cas où l'acheteur opte pour l'action réhibitoire, le vendeur doit lui restituer le prix, et ne peut retenir une quelconque somme au titre de l'utilisation du bien par l'acquéreur. Cette disposition a suscité un contentieux important, et encore récemment la Cour de cassation eut à en traiter par une série d'arrêts rendus le 21 mars 2006.

Deux acquéreurs ont exercé respectivement une action réhibitoire à l'encontre de leur vendeur, elles se sont soldées par un succès et les différents vendeurs ont été condamnés à rendre le prix de la vente aux acquéreurs, cependant après restitution des véhicules les vendeurs ont alors découvert que ces véhicules étaient fortement dépréciés, sans que cette dépréciation puisse être rattachée aux conséquences du vice caché affectant le véhicule (dans la première espèce la dépréciation avait pour cause un kilométrage au compteur supplémentaire de 100 000 Kms !). Malgré leur pourvoi, visant au demeurant à obtenir une indemnisation liée à l'utilisation de la chose vendue, ils furent déboutés par la Cour aux motifs finalement que l'article 1644 du Code civil ne prévoit aucune indemnisation, et que sa rédaction ne suscite aucune faculté d'interprétation...

Il s'agit au demeurant de solutions jurisprudentielles sévères car il se peut que le vendeur soit de bonne foi et que le bien dont il reprend possession soit fortement déprécié, et même totalement altéré. Il faut cependant nuancer une telle solution dans le cas où la dépréciation a pour seule cause la faute de l'acquéreur, en effet une indemnité pourra alors être allouée au vendeur. Hormis ce dernier cas, le sort du vendeur en pareille situation apparaît définitivement tranché par la Cour de cassation, et l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 17 février 2005 transposant la directive du 25 mai 1999 ne constitue pour lui qu'une maigre consolation...

En effet, l'article L. 211-9 du Code de la consommation impose à l'acheteur de choisir dans un premier temps entre réparation ou le remplacement du bien, cette possibilité est cependant limitée dans le second alinéa de l'article puisque le vendeur « *peut ne pas procéder selon le choix de l'acheteur si ce choix entraîne un coût manifestement disproportionné au regard de l'autre modalité, compte tenu de la valeur du bien ou de l'importance du défaut. Il est alors tenu de procéder, sauf impossibilité, selon la modalité non choisie par l'acheteur* ». Ce n'est que dans un second temps seulement que l'acheteur pourra obtenir la résolution de la vente ou la diminution du prix (article L. 211-10 du Code de la consommation). L'amélioration de la condition du vendeur par l'ordonnance n'est à rechercher que dans la priorité accordée au remplacement ou à la réparation du bien, cela ne constitue donc pas une réelle amélioration du statut du vendeur de bonne foi.

1 Pour un précédent : Civ., 1^{ère}, 21 novembre 1995 ; Contrats, conc., consom. 1996, n° 20, note L. Leveneur.

Brèves :

CA Colmar, 2^{ème} chambre, n° Juris Data : 2006-296653, 13 janvier 2006, SARL Neuf c/ M. L. Hager : M/ Hager a découvert les vices affectant son véhicule le 27 mai 1998, il formalisa cette découverte dans un courrier adressé à son vendeur, et dont la Cour a considéré qu'il constituait le départ du bref délai. Elle considéra que les courriers échangés entre les parties et la visite de l'expert n'ont pas interrompu ce bref délai, et que les dispositions de l'article 1648 du Code civil telles qu'issues de l'ordonnance du 17 février 2005 ne s'appliquent qu'aux contrats conclus postérieurement à l'entrée en vigueur de cette ordonnance. En conséquence, l'acquéreur du véhicule, soumis à un usage intensif, n'a pas agi à bref délai en assignant le vendeur en référé 13 mois après la découverte des vices. Sa demande en garantie des vices cachés doit être déclarée irrecevable.

3) Obligation de délivrance conforme

Cass., 1^{ère} civ., 03 mai 2006, n° 04-19926

M. X. a acquis auprès de la société META une coque de bateau destinée à être équipée en vedette avec moteur hors bord, il a voyagé avec le bateau jusqu'aux Antilles où, après avoir navigué, il s'est plaint de fissurations dans la coque qui ont fait l'objet de réparations sur place prises en charge par la société META. Malgré ces premières réparations, de nouvelles fissures sont apparues ultérieurement et M. X a alors fait diligenter des opérations d'expertise, il a ensuite assigné la société META en résolution de la vente sur le fondement de la garantie des vices cachés. La Cour d'appel de Lyon n'a pas fait droit à sa demande en considérant « *qu'il ressortait des rapports d'expertise que la coque du bateau n'était affectée d'aucun vice interne, mais que les fissurations constatées étaient dues à une utilisation du bateau dans des conditions non appropriées par forte mer, à une vitesse excessive et avec une charge trop importante* ».

La Cour de cassation considéra au contraire que « *la société META était parfaitement informée des conditions dans lesquelles il comptait utiliser son bateau et qu'elle s'était engagée à lui fournir un matériel adéquat* », et qu'ainsi l'action en résolution de la vente pouvait aboutir sur le fondement d'un manquement du vendeur à son obligation de délivrance d'une chose conforme aux stipulations convenues entre les parties.

Le raisonnement juridique de la Cour est classique : il s'agit pour elle de placer l'action du plaidant sous les hospices de l'action en délivrance conforme plutôt que celle de l'obligation de garantie des vices cachés. Une telle modification lui est permise à condition de mettre en exergue les manquements du vendeur sur le terrain de l'obligation d'information, pour ensuite considérer que la chose livrée n'est pas conforme au sens de l'article 1604 du Code civil et de la jurisprudence pertinente en la matière.

L'obligation d'information du vendeur professionnel est fondée, notamment, sur l'article 1615 du Code civil et lui prescrit « *de s'informer sur les besoins de son acheteur et informer ensuite celui-ci des contraintes techniques de la chose vendue et son aptitude à atteindre le but recherché* » (1). En l'espèce, la société venderesse était parfaitement informée des besoins précis de l'acheteur, il est même possible d'affirmer que le choix de transformation de la chose opéré par M. X laissait deviner au vendeur que ce dernier n'allait pas se contenter de balades de plaisance !!!

Cass., 1^{ère} civ., 03 mai 2006, n° 04-20432

Les époux X ont commandé un véhicule neuf auprès de la SARL Garage Touzalin, et ont relevé peu après leur achat l'existence de différents désordres. Afin d'obtenir résolution de la vente, ils ont assigné leur vendeur pour défaut de conformité du véhicule livré, en effet alors qu'ils avaient commandé un véhicule neuf, un véhicule d'occasion leur avait été livré. Ils furent déboutés devant la Cour d'appel de Poitiers, cette dernière a estimé que « *les légers défauts de fonctionnement et esthétiques relevés par l'expert n'ouvraient pas l'action pour défaut de conformité aux stipulations contractuelles de commande d'un véhicule neuf* ».

Bien évidemment, une telle solution ne résista pas à la censure de la Haute Cour dès lors que « *la commande d'une chose neuve s'entend d'une chose n'ayant subi aucune dégradation* », il s'agit là d'une interprétation stricte de l'article 1604 du Code civil et de la volonté de l'acheteur exprimée lors de la commande de l'objet. La Cour de cassation ne fait que confirmer une jurisprudence antérieure fixant la teneur de

1 Com., 1^{er} déc. 1992 ; Bull. civ., IV, n° 391 ; D. 1993, somm. 237, obs. O. Tournafond. Voir plus récemment : Civ., 1^{ère}, 03 avril 2002 ; Comm., com. élect. 2002, n° 131, note Grynbaum.

l'obligation de délivrance conforme du vendeur relativement à un objet neuf : « *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* » (1).

Brèves :

CA Colmar, 1^{ère} chambre, section A, n° 04/01600, 17 janvier 2006, SARL First Automobile c/ Ch. Graffard et société Kraftfahrzeughandel Lehmann et Rugel : M. Graffard a acquis auprès de la société First Automobile un véhicule Porsche Carrera RS dont le moteur n'était pas d'origine. En première instance, l'appelante fut condamnée à indemniser M. Graffard à hauteur de 9146, 94 €, le vendeur originel devant garantir cette condamnation. En appel, la société First Automobile soutenait qu'aucun élément ne permettait de démontrer que le vice était antérieur à la vente et qu'il relevait de son fait : ce changement de moteur avait été opéré par M. Graffard lui-même. Le changement de moteur intervenu réduisait la puissance du véhicule, ainsi M. Graffard était en possession en réalité d'un véhicule Porsche Carrera 2, au lieu du modèle qu'il pensait avoir acheté, à savoir une Porsche Carrera RS. Au soutien de sa demande, il produisait de nombreux rapports techniques faisant état de ce différentiel de puissance entre les deux modèles, et notamment l'avis d'un technicien affirmant que la voiture de M. Graffard s'en trouvait d'apprécier dans la mesure où le modèle Carrera 2 est moins prisé que le modèle Carrera RS. Ces divers éléments d'évaluation du préjudice ne sont pas remis en cause par la Cour d'appel de Colmar. Quant au responsable du changement de moteur, la Cour décide qu'il ne peut s'agir de M. Graffard dans la mesure où un tel changement est très coûteux et qu'en dehors d'un problème de panne, il serait totalement illogique de remplacer un moteur d'origine par un moteur moins puissant. Dès lors, la Cour d'appel de Colmar a valablement confirmé que le vendeur « *n'a pas délivré à son acquéreur la chose contractuellement convenue* », solution au demeurant conforme aux décisions de la Cour de cassation en la matière (2).

CA Colmar, 3^{ème} chambre, n° Juris Data : 2006-296654, 13 février 2006, SA LIGNE BLEUE AUTOMOBILES c/ M. KUNDURACI : M. Kunduraci, professionnel de l'automobile, a acheté un véhicule auprès de la société SA Ligne bleue automobiles, il a examiné le véhicule avant achat et s'est aperçu de l'erreur de kilométrage figurant sur sa facture, il a néanmoins revendu ce véhicule et l'acquéreur a intenté une action en résolution de la vente. M. Kunduraci a appelé en garantie son propre vendeur. Cependant malgré cette erreur de frappe, la Cour considère qu'il ne pouvait ignorer du fait de sa qualité de professionnel, il était ainsi conscient que le kilométrage de 67 500 kilomètres indiqué sur la facture ne résultait que d'une simple faute de frappe, d'autant plus que le prix de 24 000 FF apparaissait modique pour un véhicule diesel comportant un kilométrage aussi bas et par rapport à la valeur Argus. Au regard de ces constatations factuelles, M. Kunduraci ne saurait invoquer une quelconque erreur sur les qualités substantielles, ni un quelconque défaut de conformité, et ne peut appeler en garantie des condamnations prononcées à son encontre son propre vendeur, la SA Ligne Bleue automobiles.

Céline Alcalde
Allocataire - Moniteur
Université Montpellier I

ii- Droit spécial de la vente au consommateur
(...)

b. – Sécurité des produits et des services
(...)

c. – Prix.
(...)

1 Civ., 1^{ère}, 04 avril 1991 ; Bull. civ., I, n° 130.

2 Civ., 1^{ère} 25 janv. 2005 ; D. 2005, IR, 524 : « *Mais attendu que la cour d'appel qui a constaté que le véhicule vendu était doté d'un moteur qui ne correspondait pas à celui mentionné sur la carte grise, qu'il n'était pas conforme à la réglementation technique et qu'il ne pouvait être assuré, en a exactement déduit qu'il ne correspondait pas aux spécifications convenues entre les parties et que le vendeur avait ainsi manqué à son obligation de délivrance ; que le moyen n'est pas fondé* ».

5. – Financement des contrats de consommation.

a. – Techniques de financement.

(...)

b. – Garanties du financement

4) Voir la chronique de Stéphane Bénils dans ce numéro.

c. – Surendettement et Rétablissement personnel

5) Surendettement

➤ Conditions d'ouverture de la procédure

Cass. Civ. 2^{ème}, 22 mars 2006, N° 04-04.124

Cass. Civ. 2^{ème}, 6 avril 2006, N° 05-04.003

Cass. Civ. 2^{ème}, 6 avril 2006, N° 05-04.193

Aux termes de l'article L. 330-1 al 1 du Code de la consommation, la situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée par « l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir ». Malgré la clarté du texte, la notion de situation de surendettement (I) et la qualité des personnes pouvant bénéficier de la procédure (II) s'avèrent parfois difficiles à apprécier.

I- Appréciation de la situation de surendettement

La réalité de la situation de surendettement (A) et les éléments du passif à prendre en compte (B) sont des éléments dont l'appréciation est nécessaire pour prétendre au bénéfice de la procédure. Les arrêts rendus par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, les 22 mars et 6 avril 2006, témoignent de la difficulté à laquelle est soumise cette analyse.

A- Un surendettement réel du débiteur.

Dans l'arrêt rendu le 6 avril 2006 (1), une commission de surendettement des particuliers avait déclaré irrecevable la demande de Madame X. tendant à l'ouverture d'une procédure de surendettement, au motif que celle-ci avait mis en vente un bien immobilier lui appartenant. Formant recours contre cette décision, Madame X. fut déboutée de sa demande par le Juge de l'exécution qui décida que la commission était en possession, au moment où elle avait statué, de mandats de vente donnés par la débitrice à plusieurs agences immobilières et qu'aucun élément nouveau ne permettait d'apprécier différemment l'état de surendettement de celle-ci.

La Cour de cassation n'entérina pas cette solution, et c'est au visa de l'article L. 330-1 du Code de la consommation qu'elle décida « qu'en statuant ainsi, par des motifs impropres à caractériser l'absence de situation de surendettement de Mme X., le juge de l'exécution n'a pas donné de base légale à sa décision ». C'est donc de l'appréciation de la situation de surendettement qu'il s'agissait ici, et les juges durent se poser la question de savoir si le fait de procéder à la vente d'un bien immobilier pouvait remettre en cause l'existence d'une telle situation.

Alors que le juge de l'exécution avait suivi la décision de la commission, point du vue qui pouvait s'expliquer par le fait que la vente d'un bien immobilier aurait pu être susceptible de permettre à la débitrice de faire face à ses dettes exigibles ou à échoir, la Cour de cassation considéra que s'il n'existait pas de motifs caractérisant l'existence d'un surendettement, rappelant ainsi incidemment la nécessité d'apprécier cette situation *in concreto* (2). Ainsi, en admettant que la vente potentielle d'un bien immobilier

1 N° 05-04.003

2 Cass. Civ. 1^{ère}, 13 nov. 1996 : Contrats, conc. consom. 1997, comm. 18, note G. Raymond : la situation de surendettement doit être appréciée *in concreto*. La Cour avait d'ailleurs pu décider, quelques années auparavant, que la situation de débiteurs propriétaires d'un bien immobiliers, mais qui avaient des revenus faibles et n'avaient pas payé le crédit afférent à ce bien, n'était pas nécessairement une situation de surendettement, la Cour d'appel n'ayant pas pris en comptes les éléments contraires à ce postulat.

pouvait laisser préjuger de l'absence d'une situation de surendettement, sans disposer d'éléments supplémentaires permettant de l'affirmer, la commission et le juge de l'exécution n'avaient pas apprécié la situation de Madame X. comme il se devait.

Cet arrêt ne va pas sans rappeler celui du 22 mai 2001, rendu par la première chambre civile, dont les faits étaient proches (1) : des débiteurs possédant une maison d'habitation avaient bénéficié de mesures recommandées par une commission de surendettement. Leurs créanciers remettaient en cause ces mesures et reprochaient aux juges de ne pas avoir recherché si la vente du bien pouvait modifier la situation des débiteurs et faire en sorte qu'ils ne soient plus surendettés. La première chambre civile avait alors rejeté cette demande, favorisant par la même une appréciation *in concreto* de la situation, au motif que « *procédant à l'appréciation souveraine des éléments de fait soumis à son examen, la cour d'appel qui, pour apprécier la situation de surendettement des débiteurs, (avait) pris en considération l'existence de leur patrimoine immobilier ainsi que les dépenses qu'aurait engendrées pour eux la vente de leur logement* » avait légalement justifié sa décision. Ainsi, même si les débiteurs possédaient un bien pouvant leur permettre de régulariser leur situation, des éléments concrets permettaient d'avancer que les frais engagés y feraient nécessairement obstacle.

La solution s'avère donc en accord avec l'acquis décisionnel, mais elle appelle observation en ce qu'elle impose aux organismes et personnes habilités d'apprécier la situation de personnes surendettées en tenant compte d'éléments dont elles ne disposent pas... Ainsi, les personnes possédant un patrimoine immobilier peuvent prétendre à l'ouverture d'une procédure de surendettement. La commission et le juge de l'exécution, dans le cadre d'une appréciation *in concreto*, doivent tenir compte tant des éléments en faveur de l'ouverture de la procédure que de ceux permettant d'envisager la possibilité de faire face au paiement des dettes, ceci au regard d'éléments dont ils ont, ou non, connaissance.

B- Eléments du passif du débiteur.

Les faits de l'arrêt rendu le 22 mars 2006 illustrent parfaitement la question de l'appréciation de la nature des dettes ouvrant droit au bénéfice de la procédure. Une commission de surendettement des particuliers avait déclaré irrecevable la demande de M. Y. Pour rejeter le recours qu'il avait formé à l'encontre de cette décision, le juge de l'exécution avait retenu qu'à l'exclusion des dettes alimentaires, qui ne peuvent être incluses dans le plan, le principal de l'endettement était constitué par des dettes professionnelles. Les juges durent alors se demander si le passif du débiteur présentait les caractères requis par les textes pour ouvrir droit à l'ouverture de la procédure, à savoir s'il l'endettement concernait des dettes non professionnelles.

Rappelant pour principe, au visa de l'article L. 330-1 du Code de la consommation, que « *la situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles ou à échoir* », la Cour de cassation ne confirma pas la solution retenue par le juge de l'exécution. Ainsi, dès lors que « *la procédure peut être ouverte si le débiteur se trouve en situation de surendettement en considération de l'ensemble de ses dettes non professionnelles, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que leur paiement sera, ou ne sera pas, susceptible d'être reporté ou réaménagé et alors que l'état détaillé des éléments passifs du patrimoine du débiteur comportait des dettes non professionnelles* », le refus opéré par le juge constituait une violation du texte susvisé.

En choisissant de permettre l'ouverture de la procédure en présence de dettes professionnelles dans le passif du débiteur, la deuxième chambre civile semble s'être ici inscrite dans la droite ligne d'une jurisprudence constante, aux termes de laquelle la recevabilité de la demande de bénéfice de la procédure de surendettement s'apprécie au seul regard de l'état des dettes non professionnelles (2). Cependant, l'essentiel de l'endettement n'était pas constitué par les dettes non professionnelles, mais bien au contraire par les dettes professionnelles du débiteur, état de fait dont la deuxième chambre civile ne semble pas avoir tenu compte. Pourtant, la première chambre civile s'était déjà prononcée sur cette question et avait clairement décidé qu'« *en cas de coexistence de dettes professionnelles et non professionnelles, le juge doit rechercher si les seules dettes non professionnelles placent le débiteur en situation de surendettement* » (3). La Cour semble donc avoir privilégié une analyse substantielle du passif pour décider que dès lors qu'il comporte des dettes non professionnelles, le débiteur peut prétendre à l'ouverture d'une procédure de surendettement.

1 Cass. Civ. 1^{ère}, 22 mai 2001 : Bull. Civ. I, n° 148 ; JCP G 2002, II ; 10065, note Y. Dagorne-Labbe.

2 Cass. Civ. 1^{ère}, 18 fév. 1992 : Bull. civ. I, n° 56 ; Cass. Com. 9 fév. 1999 : Contrats, conc., consom. 1999, comm. n° 66, note G. Raymond ; Cass. Civ. 2^{ème}, 15 janv. 2004 : Bull. Civ. II, n°10.

3 Cass. Civ. 1^{ère}, 18 févr. 1992 : D. 1992, Jur. p. 317 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 16 janv. 1993 : Bull. Civ. I, n° 221 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 7 mars 1995 : Bull. civ. I, n° 119 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 29 mai 1997 : Juris-Data n° 1997-002555.

III- Qualité du débiteur : sort des cautions.

Dans sa rédaction issue de la loi n° 2003-710 du 1er août 2003 (1), l'article L. 330-1 du Code de la consommation dispose que « *la situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir ainsi qu'à l'engagement qu'il a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société dès lors qu'il n'a pas été, en droit ou en fait, dirigeant de celle-ci* ». La décision rendue le 6 avril 2006 (2) par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation fait écho au problème soulevé par l'accès des cautions au bénéfice de la procédure de surendettement.

Une commission de surendettement avait déclaré la demande de M. X. irrecevable en raison de la nature professionnelle de son endettement, né de l'engagement de caution qu'il avait donné au profit d'une société commerciale. Formant un recours contre cette décision, M. X. s'était trouvé confronté au refus du juge de l'exécution d'accueillir sa demande au motif que Mme Y., qui était l'épouse du débiteur à l'époque où l'engagement de caution avait été donné, était la gérante et seule associée de la société bénéficiaire du cautionnement. Dans la liquidation judiciaire de cette société, le statut de salarié n'avait pas été retenu au profit de M. X., et celui-ci, « *pour avoir participé à l'activité de la société jusqu'à sa liquidation, avait eu un intérêt personnel direct dans l'activité de celle-ci, et non un simple intérêt patrimonial personnel* ». Les juges de la deuxième chambre civile ne retiennent pas cette solution et décident, les motifs retenus étant impropres à caractériser la qualité de dirigeant de droit ou de fait de M. X. au moment où il s'était porté caution solidaire des engagements souscrits par la société, que le juge de l'exécution n'avait pas donné de base légale à sa décision.

Il s'agissait donc ici d'apprécier le caractère professionnel de la dette de la caution, élément déterminant l'accès à la procédure. Aux termes de l'article L. 330-1 du Code de la consommation, la caution personne physique d'une société peut avoir accès à la procédure s'il s'avère qu'elle n'a pas été considérée comme étant dirigeant, de droit ou de fait, de celle-ci. La loi du 1er août 2003 est ainsi venue clarifier la situation des cautions à l'égard de la procédure en mettant un terme à une jurisprudence complexe. En effet, les juges avaient pu auparavant retenir que le caractère professionnel de la dette de caution ne se déduisait pas de la nature de l'obligation principale garantie, mais résultait des conditions personnelles dans lesquelles la caution s'était engagée. Ainsi, par exemple, la caution octroyée par un dirigeant était considérée comme professionnelle (3), mais celle d'un salarié l'était aussi dès lors qu'il cautionnait une activité à laquelle il était personnellement intéressé (4). En l'absence de véritable critère permettant d'apprécier la nature de la dette, la loi a opté pour un critère reposant sur la direction, de droit ou de fait, de l'entreprise. En l'espèce, nul élément ne permettait d'établir que la caution avait eu la qualité de dirigeant. Consacrant la nouvelle disposition, la solution est donc parfaitement justifiée. Reste cependant à noter que la jurisprudence antérieure avait déjà pu admettre que la caution donnée par une épouse salariée de la société gérée par son conjoint n'avait pas de caractère professionnel (5). La solution retenue par la Cour semble donc à double titre opportune, l'appréciation du caractère professionnel de la caution ne pouvant résulter que d'un acte de direction.

Caroline Raja
Allocataire - Moniteur
Université Montpellier I

1 Loi d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine : *J.O.* du 2 août 2003

2 N° 05-04.193

3 En ce sens : Cass. Civ. 1^{ère}, 7 nov. 2000 : Bull. Civ. I, n° 185 ; Civ. 1^{ère}, 13 mars 2001 : Bull. Civ. I, n° 74

4 Cass. Civ. 1^{ère}, 31 mars 1992 : Bull. civ. I, n° 107.

5 Cass. Civ. 2^{ème}, 2 déc. 2004 : Juris-Data n° 2004-025968

➤ Déroulement de la procédure

Surendettement et abandon de famille

Cass. crim., 1^{er} février 2006, pourvoi n° 05-82495

Si la caractérisation d'une situation de surendettement a des conséquences civiles, elle peut également influencer sur la responsabilité pénale du débiteur. En l'espèce, un homme était poursuivi du chef d'abandon de famille, pour avoir cessé de verser des aliments. Son moyen de défense tenait en l'impossibilité pour lui d'exécuter cette obligation, eu égard à sa situation patrimoniale.

La Cour d'appel de Versailles (1) rejette cette argumentation en reprenant l'analyse qui fût celle du juge de l'exécution au moment où le prévenu avait sollicité le bénéfice des articles L.330-1 et suivants du Code de la consommation. L'ouverture de la procédure avait été refusé parce que la réalisation des actifs immobiliers du débiteur pouvait permettre de rembourser le passif, eu égard aux dépenses inhérentes au relogement.

C'est ainsi que dans le cadre de la procédure pénale, le seul fait que le débiteur ait refusé de réaliser l'actif immobilier, ce qui n'est pas imposé par le juge de l'exécution, caractérise l'élément moral du délit d'abandon de famille.

Pouvoir de la Commission départementale et dettes fiscales

Cass. civ. 2^{ème}, 6 avril 2006, pourvoi n° 04-04.198 (à paraître au Bulletin)

A la différence de la procédure de rétablissement personnel, l'article L.331-7 du Code de la consommation ne confère pas aux commissions départementales le pouvoir d'éteindre les dettes du débiteur. C'est ce qu'a rappelé la Cour de cassation par un arrêt publié en date du 6 avril 2006.

Saisie à l'occasion de la contestation des mesures adoptées par la Commission, la Cour d'appel de Caen (2) avait validé la mesure consistant en la remise des majorations et frais afférents aux poursuites fiscales. La Haute Juridiction censure la décision en énonçant avec vigueur que la simple situation de surendettement ne permet que le rééchelonnement des dettes fiscales. Les frais afférents aux retards de paiement et aux poursuites doivent donc s'analyser en des accessoires qui épousent le régime de la dette principale.

D'une rigueur juridique certaine, la solution est d'une efficacité économique douteuse. Il est en effet possible de se demander si le passif, déjà suffisamment important pour légitimer l'ouverture d'une procédure de surendettement, ne s'en trouve pas artificiellement gonflé.

Surendettement et titre exécutoire

Cass. civ. 2^{ème}, 22 mars 2006, pourvoi n° 04-15.814 (à paraître au Bulletin)

Le plan d'apurement décidé par la Commission départementale permet le rééchelonnement des dettes, mais ne saurait en aucun cas priver le créancier de sa qualité de créancier ainsi que des droits afférents. C'est peu ou prou ce qu'a rappelé la Cour de cassation par un arrêt publié en date du 22 mars 2006.

Après l'adoption d'un plan d'apurement, un établissement de crédit, créancier au titre d'un crédit à la consommation et dont la créance a été rééchelonnée, a saisi un Tribunal d'instance à raison d'échéances impayées. Le pourvoi formé par le débiteur tendait à faire constater l'irrégularité de la procédure. L'argument n'est pas retenu et il est déclaré que le plan prévu par l'article L.331-6 du Code de la consommation n'empêche pas le créancier de saisir le juge aux fins d'obtenir un titre exécutoire. Toutefois, et la réserve est d'importance, son exécution est de droit différée pendant la durée du plan.

Le reste à vivre et la comparution

Cass. civ. 2^{ème}, 28 février 2006, pourvoi n° 05-04023 (à paraître au Bulletin)

Si le juge bénéficie de pouvoirs relativement étendus en matière de surendettement, certains textes s'imposent à lui avec une singulière rigueur. Tel est le cas – et c'est heureux – de l'article L.331-2 du Code

1 8^{ème} chambre, 31 mars 2005.

2 1^{ère} chambre, 16 septembre 2004.

de la consommation. C'est en effet ce texte qui énonce que le débiteur doit pouvoir bénéficier de revenus minimaux pour faire face aux dépenses de la vie courante. Il s'agit de ce qui est plus couramment appelé le reste à vivre.

Eu égard à sa finalité, il semble cohérent de faire primer ce texte sur d'autres considérations comme ce fût le cas en l'espèce. Après avoir vu ses revenus diminuer à la baisse, un couple de débiteurs déposait une demande en rééchelonnement des remboursements, mais ne comparaisait pas. Tirant toutes les conséquences de la non-comparution, les juges du fond la rejetaient et se faisaient censurer par la Cour de cassation. Il fallait en effet tirer prioritairement les conséquences de la diminution des revenus des débiteurs. Le fond prime la forme donc.

Vincent Cadoret
Doctorant
Université Montpellier I

Titre exécutoire et saisie des rémunérations

Cass., Civ. 2^{ème}, 8 décembre 2005 : N° 04-13199

L'arrêt rendu le 8 décembre 2005 par la deuxième chambre civile de la Cour de Cassation est relatif aux contestations formées contre le titre exécutoire et la saisie des rémunérations.

Les Hauts Magistrats rappellent ici que le juge de l'exécution se doit d'examiner les contestations des mesures relatives à l'exécution forcée des rémunérations, même si elles portent sur le fond du droit (1). Cependant, à cette occasion, il n'a pas à remettre en cause les titres exécutoires si la partie demanderesse n'a engagé de recours directs contre ces derniers.

Laetitia Lormières
Doctorante
Université d'Avignon et des Pays du Vaucluse

6) Rétablissement personnel

Caractérisation de la situation irrémédiablement compromise

CA Paris, 8 février 2006, Juris-Data n° 2006-297910 ; 22 février 2006, Juris-Data n° 2006-295564

Si l'article L.330-1 du Code de la consommation peut apparaître comme étant rédigé de manière assez floue, la jurisprudence s'efforce constamment de le clarifier. C'est la raison pour laquelle il est intéressant les décisions des juges du fond sur la notion de situation de situation irrémédiablement compromise. Dans deux espèces assez comparables, la Cour d'appel de Paris, si elle avait un temps refusé de statuer, a rendu deux décisions pérennisant les premières décisions rendues en la matière. Ainsi, tant la méthode de caractérisation que la notion elle-même peuvent sembler acquise.

S'agissant de la méthode, il s'agit du faisceau d'indices convergents. La matière est avant tout économique. Il est donc logique que les juges n'aient érigé aucun critère comme étant déterminant. C'est ainsi que dans les deux décisions susvisées, le juge parisien s'emploie à énumérer toute une série d'indices parmi lesquels le montant des revenus bien évidemment, mais également le nombre d'enfants, la situation matrimoniale, les coûts de logement ou encore la situation physique (2) et les qualifications professionnelles.

Le recours à cette méthode permet toutefois de dresser deux lignes directrices quant à la notion même de situation irrémédiablement compromise. Il apparaît en effet que les indices se dédoublent. Il est d'abord caractérisé une incapacité de faire face au passif. A ce titre, les revenus et dépenses courantes semblent prépondérants. La seconde partie d'indice est afférente au futur. La situation irrémédiablement compromise se distingue en effet de la situation simplement compromise en ce que tout retour à meilleure fortune est illusoire. Dans cette optique, une grande variété d'indices semble admissible et la casuistique est de rigueur. Dans la première espèce, il fut tenu compte de l'absence de qualification professionnelle, de l'âge du dernier enfant à charge et de l'incompatibilité entre un emploi correspondant à cette absence de qualification et les charges familiales. Dans la seconde, outre l'absence de qualification professionnelle,

1 Ceci onformément aux termes de l'article L. 311-12-1 du code de l'organisation judiciaire.

2 Dans la seconde espèce, il a été relevé que le débiteur était handicapé.

c'est l'âge et le handicap du débiteur qui ont été retenus comme compromettant sérieusement une évolution favorable de sa situation.

*Vincent Cadoret,
Doctorant, Université Montpellier I*

6. – Litiges de consommation (...)

B. – DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONSOMMATION

7) Clause compromissive abusive

CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. ANTONIO Tizzano présentées le 27 avril 2006 Affaire C-168/05 Elisa María Mostaza Claro contre Centro Móvil Milenium SL

Mme Mostaza Claro avait conclu un contrat de téléphonie mobile contenant une clause compromissive. L'opérateur de téléphonie a engagé une procédure d'arbitrage et demandait des dommages et intérêts contractuels pour violation de la clause de durée minimum d'abonnement. Mme Mostaza Claro a disposé de 10 jours pour présenter ses conclusions à l'arbitre. Elle n'a pas excipé de l'illégalité de la clause compromissive. L'arbitre a rejeté ses moyens au fond et l'a condamné au paiement de dommages et intérêts.

L'avocat général se fonde sur le caractère d'ordre public de la protection du consommateur contre les clauses abusives. Le juge national peut relever d'office l'illégalité d'une clause abusive alors même que le consommateur n'a pas soulevé le grief. Il s'ensuit que le juge national peut déclarer nulle une sentence arbitrale pour contrariété avec l'ordre public, alors même que ce vice n'a pas été contesté par le consommateur au cours de la procédure arbitrale et qu'il est invoqué pour la première fois dans l'acte introductif du recours.

8) Droit européen des contrats et révision de l'acquis en matière de protection des consommateurs

*RAPPORT DE LA COMMISSION Premier rapport annuel sur l'état d'avancement du droit européen des contrats et de la révision de l'acquis Bruxelles, le 23.9.2005 COM(2005) 456 final
Workshop of the network of Member State Experts on European Contract Law Brussels, 31 May 2005
Résolution du Parlement européen sur le droit européen des contrats et la révision de l'acquis: la voie à suivre) 23 mars 2006
Conclusions of the Competitiveness Council, 28-29 November 2005
Compte-rendu de la réunion du Groupe Consultatif Européen des Consommateurs (GCEC) du 29 mars 2006
CONSULTATION PAPER Review of the Timeshare Directive (94/47/EC) A workshop for Member States, stakeholders and other interested parties will be held on 19 July 2006.*

Le débat actuel autour du droit européen des contrats tourne autour de la question de savoir s'il faut se limiter à un toilettage de l'acquis en matière de contrats de consommation ou s'il faut au contraire aller plus loin vers l'harmonisation du droit des contrats et obligations en Europe. La Commission présentera une communication sur la révision de l'acquis dans le domaine de la protection des consommateurs au 4^{ème} trimestre 2006. Le Conseil « compétitivité » des 28 et 29 novembre 2005, faisant suite au premier rapport de la Commission sur l'état d'avancement du droit des contrats, a validé le travail réalisé par le réseau du cadre commun de référence (Common Frame of Reference CFR). Mais la position du Conseil est ambiguë. D'une part le Conseil reconnaît que la révision de l'acquis en matière de contrats de consommation et la création d'une obligation horizontale de ne pas contracter de mauvaise foi avec un consommateur sont une « opportunité unique ». D'autre part il salue les assurances répétées de la Commission selon lesquelles son intention n'est pas d'imposer un code européen des contrats. La Commission affirme dans son rapport qu'il convient de créer une « synergie » entre le projet de droit européen des contrats (DEC) et le processus de révision de l'acquis en matière de protection des consommateurs, « en raison de la pertinence de ce dernier pour le droit contractuel ».

Le Parlement Européen a critiqué le refus du Conseil de se prononcer clairement par une résolution du 23 mars 2006 sur le droit européen des contrats. Le Parlement européen considère que « même si la Commission nie que tel est son objectif, il est clair que de nombreux chercheurs et intéressés travaillant au projet

sont persuadés que le résultat final sera, à terme, un code européen des obligations, voire un véritable code civil européen [...] la décision de travailler à l'élaboration d'un tel code doit être prise par les autorités politiques, étant donné que la décision même d'opter pour un code est politique et que son contenu, bien que juridique, est inséparable d'objectifs sociaux et politiques». La résolution est en outre, très intéressante car elle énonce une série de principes qui devraient fonder selon le Parlement le futur droit civil communautaire.

9) Politique des consommateurs

Bruxelles, le 4.5.2006 RAPPORT DE LA COMMISSION AU PARLEMENT EUROPÉEN ET AU CONSEIL sur la réalisation des actions communautaires à l'appui de la politique des consommateurs en 2004 et 2005 conformément à la décision 20/2004/CE COM(2006) 193 final

Bruxelles, le 24.5.2006 COM(2006) 235 final 2005/0042 B (COD) Proposition modifiée de DÉCISION DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL établissant un programme d'action communautaire dans le domaine de la politique des consommateurs (2007-2013) Adaptation suite à l'accord du 17 mai 2006 sur le cadre financier 2007-2013 (présentée par la Commission conformément à l'article 250, paragraphe 2, du traité CE).

La Commission a publié le 4 mai 2006 un premier rapport intermédiaire sur la réalisation des actions communautaires à l'appui de la politique des consommateurs. Le rapport souligne que parmi les actions financées, les actions visant à développer le socle des connaissances sur lequel s'appuie le processus d'élaboration des politiques gagnent en importance. La proposition modifiée du Parlement européen établissant un programme d'action communautaire dans le domaine de la politique des consommateurs dénonce « l'insuffisance criante des moyens budgétaires attribués au programme ». Le financement prévu pour le volet consommateurs de la proposition initiale s'élevait approximativement à 234 millions d'euros. La proposition relative au programme dans le domaine de la politique des consommateurs prévoit, conformément aux résultats des négociations sur les perspectives financières, une enveloppe de 156,8 millions d'euros.

10) Mondialisation et grippe aviaire : accord EU-Chine sur la protection des consommateurs

Memorandum of understanding on administrative cooperation arrangements between the European Commission's Directorate General for health and consumer protection (DG SANCO) and the general administration of quality supervision, inspection and quarantine of the People's Republic of China (AQSIQ) november 11th 2005

Le Commissaire européen chargé de la politique des consommateurs s'est rendu en Chine en janvier 2006. La DG SANCO et son homologue chinois ont signé un accord qui jette les bases d'un mécanisme d'information et de coopération pour les produits alimentaires et non-alimentaires. La crise de la grippe aviaire et l'augmentation (triplement sur 10 ans) du volume des exportations chinoises vers l'UE ont révélé la nécessité d'une coopération. La Chine est le second partenaire commercial de l'UE avec 8,8% des échanges. Le Commissaire Kyprianou déclarait avant son voyage que « près de la moitié des produits de consommation dangereux trouvés dans l'UE sont importés de Chine ». Le mémorandum (MOU) prévoit essentiellement une obligation d'information mutuelle régulière et des réunions entre les deux autorités. Celles-ci auront la faculté de mettre en place des comités de travail conjoint sur des questions précises.

11) Les nanotechnologies et le principe de précaution

IP/06/259 Bruxelles, le 2 mars 2006 Sécurité des produits de consommation: la Commission présente le rapport sur le fonctionnement du «système d'alerte rapide» en 2005

LIGNES DIRECTRICES concernant la gestion du système communautaire d'échange rapide d'informations (RAPEX) et les notifications présentées en application de l'article 11 de la directive 2001/95/CE

In week 13, the Commission published 3 German notifications concerning cleaning and sealing sprays (199/06 "Magic Nano", 200/06 "Magic Nano" and 201/06 "Finny").

Le système RAPEX permet aux autorités nationales de signaler à la Commission des produits présentant un risque grave pour la santé et la sécurité des consommateurs, à l'exception des produits alimentaires, pharmaceutiques et médicaux. Les autorités allemandes ont notifié dernièrement trois alertes concernant des sprays qui annonçaient contenir des nano-particules. Il s'est avéré que les troubles

respiratoires présentés par les consommateurs n'étaient pas dûs à des nano-particules puisque ces sprays n'en contenaient pas. L'utilisation du préfixe « nano » était selon l'entreprise allemande, purement publicitaire.

Cet incident permet de soulever une fois de plus la question de l'application du principe de précaution. D'un côté les nano-particules ouvrent des voies de recherches nombreuses, dans la lutte contre le cancer notamment, et potentiellement lucratives. De l'autre, leur toxicité est encore mal connue. En effet, les détracteurs de cette technologie naissante font remarquer qu'en raison de leur très faible taille, ces particules, de manière similaire à l'amiante, sont facilement inhalées ou ingérées et peuvent causer des dommages qui n'ont pas été pleinement évalués. En conséquence, ils réclament un moratoire sur les nanotechnologies. Un tel moratoire semble toutefois improbable dans la mesure où la Commission encourage fortement la recherche sur ces technologies.

Guillaume Zambrano

Allocataire – Moniteur

Université Montpellier I

C. – DROIT INTERNATIONAL DE LA CONSOMMATION

(...)

IV. – POUR EN SAVOIR PLUS :

Mémoire soutenu en vue de l'obtention du DEA Concurrence, Consommation, Droit du marché 2003/2004

Directeur de recherche : M. Jean-Louis Respaud

LE NOUVEAU DROIT DE LA DISTRIBUTION AUTOMOBILE ISSU DU REGLEMENT D'EXEMPTION PAR CATEGORIE N° 1400/2002.

Par *Céline Alcalde*
Allocataire - Moniteur
Université Montpellier I

Malgré le fait que le droit de la concurrence a toujours condamné les pratiques anticoncurrentielles telles que l'entente et l'abus de position dominante, il a sans cesse été conscient du fait que certaines pratiques devaient bénéficier d'un traitement particulier, en effet, certaines d'entre elles peuvent favoriser une concurrence saine et efficace, et ainsi privilégier l'intérêt du consommateur final.

La première méthode justificative utilisée par le droit communautaire de la concurrence s'est réalisée au travers de l'approche *in concreto* mise en place par la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt LTM du 30 juin 1966 (1). Cette première méthode de justification n'a pas cependant été totalement satisfaisante, la Commission des Communautés européennes eut à se prononcer à de nombreuses reprises sur le comportement de plusieurs constructeurs automobiles soupçonnés d'avoir pour dessein de cloisonner le marché de la vente des véhicules automobiles. Afin de déterminer *ab initio* les comportements qui pouvaient être avalisés par les autorités communautaires en charge de l'application du droit de la concurrence, la Commission fût à l'origine, sur habilitation du Conseil, d'une série de règlements d'exemption propres aux contrats de distribution automobile.

Le règlement n°123/1985 fut le premier règlement d'exemption spécifique au secteur et permettait une sélection rigoureuse et discrétionnaire des distributeurs, ces distributeurs restaient astreints à de nombreuses obligations de coopération commerciale de toute nature (service après-vente, simple exclusivité de territoire, interdiction de pratiquer le multimarquisme...) et ne se voyaient pas véritablement protégés (durée minimale de 4 ans, obligation de respecter un préavis en cas de rupture...). Au contraire, le règlement n°1475/1995 était beaucoup plus audacieux, et permit l'émancipation des distributeurs face aux maîtres de réseaux. La principale nouveauté de ce texte fut la liste de clauses noires dont l'insertion dans le contrat faisait perdre automatiquement le bénéfice de l'exemption, et notamment le règlement interdisait « *les clauses ou pratiques dont l'objet ou l'effet est d'entraver ou d'interdire les importations et exportations parallèles* ».

Les procès intentés à l'encontre des constructeurs, les lacunes des méthodes justificatives fondées sur la règle de raison, et les insuffisances de divers règlements d'exemption ont pu notamment servir à l'élaboration par la Commission du règlement 1400/2002. Ce nouveau droit de la distribution automobile correspond à une nouvelle politique de concurrence mise en place par la Commission (PARTIE I), mais ce texte va en réalité au-delà de ces simples enjeux de droit de la concurrence. La Commission entend aussi intervenir dans la rédaction des contrats de distribution, le droit des contrats ne devant pas entraver l'objectif de libre concurrence qu'elle poursuit (PARTIE II).

1 CJCE LTM/MBU 30 juin 1966, aff. 56/65 Rec. 1966, p. 337.

**PREMIERE PARTIE : LES ENJEUX EN DROIT DE LA CONCURRENCE DU REGLEMENT
D'EXEMPTION N°1400/2002**

Le règlement n°1400/2002 comporte des modifications structurelles de grande ampleur en droit de la concurrence, pour rendre ce secteur de la distribution d'automobiles et de services de réparation et d'entretien plus concurrentiel, la Commission s'attaque tout d'abord au lien ancien « *vente et service après-vente* », elle considère qu'il s'agit d'une barrière à l'entrée à éradiquer en priorité (TITRE 1). Cette dissociation permettra ensuite un élargissement des modes de distribution de véhicules et de services de réparation et d'entretien (TITRE 2).

TITRE 1 : LA DISSOCIATION DU LIEN VENTE/SERVICE APRES-VENTE

Section 1: les nouveaux entrants sur le marché de la vente et de la réparation de véhicules automobiles

Les considérants 22 et 23 du règlement d'exemption n°1400/2002 sont limpides, et résument l'opinion de la Commission selon laquelle « *il n'est pas nécessaire que les réparateurs agréés vendent également des véhicules neufs pour fournir de bons services de réparation et d'entretien* ». Ce lien est donc considéré comme anticoncurrentiel et constitue une restriction caractérisée de concurrence ; l'article 4 point 1 (g), précise que « *l'exemption ne s'applique pas aux accords verticaux [...] qui ont pour objet la restriction de la capacité du distributeur de sous-traiter la fourniture de services de réparation ou d'entretien à des réparateurs agréés [...]* ». Le choix d'assurer un service après-vente relève désormais du seul choix du distributeur (paragraphe 1), et à l'inverse la Commission a considéré qu'une protection des réparateurs indépendants était nécessaire face au pouvoir d'intégration des constructeurs (paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1: le service après-vente, une activité relevant du choix des distributeurs de véhicules automobiles neufs.

Les réparateurs agréés ont acquis l'indépendance commerciale qu'ils enviaient aux distributeurs de véhicules neufs, ils sont libre de choisir l'activité la plus lucrative (A), mais une vive concurrence des réparateurs indépendants est favorisée par la Commission (B).

A. LES FONDEMENTS DE CETTE LIBERTE COMMERCIALE

Afin de ne pas entretenir les inquiétudes des opérateurs du secteur, la Commission avance un fondement explicite : développer le multimarquisme en éliminant tous les obstacles créés par les constructeurs. Il est évident que consacrer une partie de ses investissements au maintien d'un service après-vente performant empêche le distributeur d'élargir ses activités, notamment la commercialisation de plusieurs marques. En effet, si le lien vente/service après-vente restait obligatoire le distributeur ne pourrait à la fois commercialiser plusieurs marques et assurer pour chacune d'elles un service après-vente adapté.

Cependant ce premier fondement n'est pas exclusif, en effet la Commission poursuivait alors d'autres desseins, et notamment faciliter l'accès de nouveaux entrants sur le marché de la vente de véhicules neufs. La Commission considère que « *l'activité de service après-vente par sa complexité et par la lourdeur des responsabilités qui en découlent peut constituer un frein imposant aux yeux de certains nouveaux entrants* » (1).

Elle est donc persuadée que l'obligation consistant à imposer l'activité complémentaire de service après-vente aux distributeurs de véhicules neufs est une barrière à l'entrée au marché de la distribution de véhicules. De la même façon imposer ce service empêcherait à des opérateurs la pénétration du marché de la réparation et de l'entretien agréés. Face à cette qualification, il est intéressant de se demander si le lien obligatoire vente/service après-vente constitue une barrière à l'entrée « *naturelle* » ou « *stratégique* » au marché de la vente de véhicules neufs et de la réparation agréée ?

1 Incidences du règlement automobile (CE) n°1400/2002 sur l'organisation du service après-vente de la marque, N. Giroudet- Demay ; Les petites affiches, 29 nov. 2002, n°239, p.13 et s..

Dans la mesure où les réseaux de distribution de véhicules neufs et les services de réparation agréée se sont développés à partir de ce lien vente/service après-vente depuis au moins les années soixante, l'on peut qualifier valablement ce lien de barrière à l'entrée « naturelle ». Le nouvel opérateur qui souhaiterait pénétrer ce marché serait donc face à des contraintes naturelles difficiles à surmonter si elles persistent telles qu'elles d'après la Commission. Il est vrai que créer un réseau liant vente et service après-vente à l'identique de ceux qui sont aujourd'hui rentables représente un investissement irréaliste.

B. MODALITES DE LA DISSOCIATION

Cette dissociation concerne deux activités ; la distribution et la réparation agréée, il est donc logique que ces activités soient redéfinies. En tout état de cause malgré les divergences d'opinion quant aux impacts de cette mesure, il est certain que l'avantage direct qu'elle va entraîner est la « clarification de la rentabilité des deux activités » (1). Elle mettra fin aussi au système peu transparent de rémunération liant les deux activités des distributeurs.

Cette question étant contenue dans une clause noire (2), il est aisé d'affirmer que la Commission considère qu'insérer ce lien au sein d'un contrat de distribution relève d'une grave restriction de concurrence. Cependant, une astuce peut être utilisée par les distributeurs ne souhaitant pas assurer ce service, mais sans pour autant s'attirer les foudres de son fournisseur : ils peuvent sous-traiter ces prestations. Ce droit ne leur est ouvert que dans la mesure où le réparateur agréé désigné respecte lui-même les critères qualitatifs fixés par le constructeur pour la réparation de ses véhicules, matériellement cela se traduit par un cahier des charges précis établi par le constructeur détaillant pour chaque situation les réparations ou vérifications à effectuer. L'autre réserve est une obligation d'information de l'utilisateur final des services après-vente existants, ainsi le constructeur peut imposer au distributeur qu'il « communique aux utilisateurs finals, avant la conclusion de l'acte d'achat, le nom et l'adresse du ou des réparateurs en question et, si certains de ces réparateurs agréés ne se trouvent pas à proximité du point de vente, qu'il indique aussi aux utilisateurs finals à quelle distance du point de vente se situent le ou les ateliers de réparation en question » (article 4, paragraphe 1, point g).

Afin de permettre matériellement la dissociation de ces deux activités, il était essentiel de considérer les réparateurs agréés (3) comme des membres à part entière du réseau. Pour se faire, la Commission a complètement réorganisé leur sélection, tout en accordant une très faible marge de manœuvre aux constructeurs. En effet, la Commission a précisé que sa préférence allait vers une organisation de type qualitative ; la brochure explicative accompagnant le projet de règlement (4) fait état de cette obligation. On lit en effet que « le projet de règlement couvre également la mise en place de systèmes plus restrictifs pour la sélection des réparateurs officiels, principalement une distribution sélective quantitative ou exclusive jusqu'au seuil de 30 %. Néanmoins, le projet de règlement couvrirait dans la pratique ces systèmes seulement pour certains types de services après-vente, où une concurrence significative existe de la part des réparateurs indépendants et où la part de marché des réparateurs agréés est faible ».

PARAGRAPHE 2 : la redéfinition des droits du réparateurs indépendants.

Les réparateurs indépendants sont désormais titulaires d'un droit à l'information technique contre les constructeurs automobiles, cette catégorie recouvre tout autant les réparateurs indépendants, que les fabricants d'outils ou de matériel de réparation, les distributeurs indépendants de pièces de rechange, etc. La teneur de ce droit est défini au sein de la brochure explicative, il s'agit des informations nécessaires pour exécuter les services de réparation et d'entretien (5) ; ce qui exclut les informations concernant la

1 Le règlement (CE) n°1400/2002 : quel avenir pour les réseaux de marque automobiles ?, par C. Bourgeon, Gaz. Pal. du 02 au 04 mars 2003, p. 31 et s.

2 La présence d'une « clause noire » au sein d'un accord de distribution conduit à l'inapplicabilité du règlement au contrat dans son ensemble, autrement dit dans ce cas les parties à l'accord ne pourront pas revendiquer le bénéfice de l'exemption

3 L'article 1^{er}, paragraphe 1, point 1 du règlement n°1400/2002 définit cette notion ; il s'agit « d'un prestataire de services de réparation et d'entretien de véhicules automobiles qui agit au sein d'un système de distribution créée par un fournisseur »

4 Note explicative sur le projet de règlement, JOCE, n°C 67 du 16 mars 2002, p.13.

5 Brochure explicative, réponse à la question n°86, p. 71.

gestion d'un atelier ou le fonctionnement d'un système comptable. Plus précisément, le réparateur indépendant doit avoir accès aux mêmes outils que le réparateurs agréé ; cela peut être les outils manuels ou mécaniques, mais surtout les logiciels et autres matériels électroniques.

Ce droit à l'information est cependant enfermé dans certaines limites résiduelles accordées au constructeur : il peut exiger une contrepartie raisonnable (1) et peut opposer ses droits de propriété intellectuelle et ceux liés au savoir-faire. Sans que cela soit une liste exhaustive, nous pourrions valablement affirmer que le constructeur serait en droit de s'opposer à toute divulgation protégée dès lors qu'il y aurait risque de contrefaçon, de confusion, ou d'atteinte à la renommée ou à la notoriété de la marque. Enfin, il peut évidemment refuser de divulguer des informations qui permettraient à des tiers de déjouer les dispositifs antivols ou de manipuler les dispositifs de vitesse par exemple.

Section 2 : la libéralisation du marché de la pièce de rechange.

Jusqu'à l'entrée en vigueur du règlement d'exemption n°1400/2002, le marché de la pièce de rechange était dominé par les constructeurs malgré les efforts tentés par le règlement n°1475/1995. En effet, il était seulement reconnu une liberté d'approvisionnement pour les « *pièces de qualité équivalente* » mais sans définir cette catégorie. Cette disposition lacunaire relative à la définition de la pièce de rechange de qualité équivalente, nous permet de comprendre l'importance que peut revêtir la norme technique pour l'efficacité du droit de la concurrence (2).

Afin de rendre ce marché de la pièce de rechange plus concurrentiel, la Commission a entendu interdire toute restriction imaginée par les constructeurs pour contrôler l'approvisionnement des opérateurs (paragraphe 1), mais en leur laissant néanmoins quelques prérogatives de maître de réseau (paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : analyse du nouveau marché de la pièce de rechange

Le règlement n°1475/1995 avait affirmé que les opérateurs étaient libres de s'approvisionner en pièces détachées auprès d'une entreprise tierce, à condition que ces pièces atteignent le même niveau de qualité que celles vendues par le constructeur (article 6 point n°9 et 10). Cette position de principe est renforcée par le nouveau règlement dans la mesure où son non respect est sanctionné par la perte de l'exemption.

Le règlement n°1400/2002 définit précisément la catégorie « *pièces de rechange* » au sein de son article 1^{er}, la notion est divisée en sous-catégories que les sont les pièces de rechange d'origine et celles de qualité équivalente (3). Ce préalable de définition était impératif pour consacrer la liberté d'approvisionnement des opérateurs et la liberté de fourniture des équipementiers.

PARAGRAPHE 2 : les prérogatives résiduelles des constructeurs sur ce marché

Du fait que les constructeurs ont une responsabilité contractuelle directe en cas de réparation sous garantie, de service gratuit et d'actions de rappel, l'exemption doit être applicable aux accords imposant au réparateur agréé l'obligation d'utiliser pour ces réparations les pièces de rechange fournies par le constructeur (considérant n°25 du règlement et article 4-1-k). Ceci est d'autant plus logique que ce sont les constructeurs qui assument le coût de ces réparations.

1 Le prix demandé pour délivrer les informations techniques aux opérateurs indépendants doit tenir compte de l'usage auquel elles sont destinées (considérant n°26) et doit être raisonnable. Il n'est pas question ici pour le constructeur d'en faire une source lucrative de revenus. Ensuite, les constructeurs ne doivent pas obliger les réparateurs indépendants à « *acheter plus que les informations nécessaires pour réaliser les travaux en question* » (considérant n°26).

2 *Le point de vue des équipementiers*, par C. Bourre et C. Aronica dans le dossier « *Le nouveau règlement « automobile » après le règlement général « accords verticaux » avant un nouveau règlement « transfert de technologie* », JCP éd. E 2002, Cahiers de droit de l'entreprise n°5, p.12 et s.

3 « *Celles fabriquées par toute entreprise capable de certifier à tout moment que la qualité en est équivalente à celle des composants qui sont ou ont été utilisés pour le montage des véhicules automobiles en question* ».

Une autre prérogative est plus étonnante, il s'agit de celle contenue au sein de l'article 1-b du règlement disposant qu'il existe une obligation de non concurrence non exemptée dès lors que le fournisseur impose à l'acheteur d'acquiescer auprès de lui ou d'une entreprise tierce plus de 30 % de ses achats totaux de biens contractuels, de biens ou de services. A fortiori si ce seuil n'est pas dépassé l'obligation est valable. Mais comment concilier cette prérogative du constructeur avec l'article 4-1-k consacrant une liberté d'approvisionnement libérée de l'influence du constructeur ?

TITRE 2 : L'ELARGISSEMENT DES MODES DE DISTRIBUTION DES VEHICULES AUTOMOBILES

Il existe de nombreux modes de distributions disponibles, les constructeurs automobiles peuvent ainsi privilégier un système de distribution exclusive ou sélective, ou encore intégrer au sein de leur contrat des caractéristiques empruntées à ces deux types d'organisation. Cependant la rédaction du règlement n° 1400/2002 et le système de seuils mis en place encouragent « *fortement* » les constructeurs à opter pour une distribution sélective qualitative (1). Ce phénomène est d'autant plus accentué par l'interdiction du cumul entre la distribution exclusive et sélective (section 1).

Face à de nouvelles opportunités accordées à ces nouveaux distributeurs, la Commission a aussi permis à l'ensemble du secteur de bénéficier de nouveaux procédés de commercialisation novateurs échappant au contrôle du fournisseur. Le règlement n°1400/2002 marque effectivement le renouveau du droit au multimarquisme (section 2) et la fin de la clause de localisation (section 3).

Section 1 : la fin du cumul distribution exclusive et sélective

Les constructeurs avaient mis en place un système de distribution exclusif et sélectif qui réunissait les deux avantages principaux de chacun des modes de distribution. Les fournisseurs conservaient la maîtrise de leur réseau dans la mesure où le choix du distributeur se faisait selon des critères de sélection qu'ils avaient établis en toute liberté, et les distributeurs se voyaient attribuer un territoire d'exclusivité. Plus clairement, il semble que la fin de ce cumul soit déduite de la possibilité pour le distributeur appartenant à un réseau de distribution sélective d'effectuer des ventes actives et passives sur tout le territoire de la communauté (2). Auparavant, ce distributeur ne pouvait pas réaliser ces ventes au nom d'une certaine exclusivité de territoire attribuée généreusement par le constructeur. En revanche, peut-on sérieusement envisager un réseau de distribution dans lequel aucune référence au territoire ne serait présente, d'ailleurs en réalité quelle est la teneur de ce choix ?

En pratique, et afin de respecter les exigences du règlement n°1400/2002, les constructeurs ont proposé plusieurs contrats à leurs distributeurs ; un contrat de distribution sélective qualitative et quantitative pour la distribution de véhicules neufs, un contrat de distribution purement qualitative pour l'activité de service après-vente, et parfois un contrat de distribution sélective et qualitative pour la commercialisation des pièces de rechange.

L'interdiction absolue de cumuler ces deux pratiques de distribution sera peut-être à l'origine de l'entrée sur la marché de la distribution de véhicules neufs de nouveaux agents économiques : la grande distribution, les revendeurs opérant par Internet et les mandataires/intermédiaires indépendants. Ces opérateurs peuvent dans un premier temps se porter candidat à la sélection qualitative et quantitative mise en place par les constructeurs, ou s'approvisionner auprès des distributeurs agréés (3). La candidature est

1 En effet, l'exemption est alors acquise sans qu'aucun seuil de parts de marché soit prévu.

2 *Le nouveau règlement automobile est arrivé*, par P. Arhel ; Contrats, conc. consom octobre 2002, Chron. n°18, p. 4.

3 Les membres d'un réseau de distribution sélective ne peuvent revendre aux revendeurs non agréés sous peine de voir engager leur responsabilité contractuelle, ils seraient autorisés à réaliser de telles opérations uniquement sur les marchés où la distribution exclusive est pratiquée. L'approvisionnement auprès des membres du réseau de la distribution sélective est donc plus qu'aléatoire, quand est-il des distributeurs exclusifs ?

A priori ils sont libres de revendre aux non membres du réseau activement dans leur zone d'exclusivité et passivement à l'extérieur de celle-ci, mais vont-ils pour autant accepter les demandes émanant des distributeurs tels que les supermarchés ou les commerçants électroniques ? Le problème ne se pose pas si les constructeurs ne mettent en place aucun système de distribution exclusive, la seule exception pourrait se trouver dans les réseaux de distribution de véhicules de certaines marques asiatiques ne disposant d'aucun réseau structuré.

en effet désormais possible dans la mesure le critère d'un service après-vente performant n'est plus d'actualité.

La distribution de véhicules par le biais d'Internet a suscité une interrogation chez le législateur communautaire : est-ce une vente active prohibée en matière de distribution exclusive (pour les ventes hors territoire d'exclusivité) ou au contraire un mode de vente passif largement autorisé ? En se référant notamment au règlement général n°2790/1999 et ses lignes directrices (1), la Commission a pu décider que le constructeur ne saurait valablement reprocher à son distributeur exclusif d'avoir procédé à des ventes passives hors territoire d'exclusivité. Il ne pourra que s'opposer au démarchage agressif tel le « *spamming* » ou la création de liens hypertextes ciblés. En revanche en cas de choix pour la distribution sélective, le constructeur ne pourra édicter aucune restriction des ventes au moyen de ce média (2).

On lit dans le seizième considérant du règlement 1400/2002 que le distributeur a le droit d'utiliser l'Internet ou des sites d'aiguillage de l'Internet. Mais au contraire dans la brochure explicative accompagnant ce règlement, il est certain que la sollicitation personnelle du client hors de la zone d'exclusivité peut être interdite par le constructeur (3) (sauf si il s'agit d'une prospection active dans une zone où la distribution sélective est pratiquée).

En matière de distribution sélective le constructeur peut encadrer cette utilisation en considérant qu'il s'agit de critères qualitatifs de sélection (4). Ainsi le constructeur pourra imposer aux distributeurs de respecter certaines exigences de qualité dans leur communication électronique, et notamment sur l'usage de la marque et du logo. Bref, la question de qualification n'est qu'en partie résolue...

Section 2 : le droit au multimarquisme

Afin de connaître précisément la teneur de ce droit dévolu aux distributeurs, il faut inverser la proposition et déterminer dans quelles mesures les constructeurs peuvent s'y opposer (paragraphe 1). Mais une présentation objective nécessite ensuite d'exposer les conséquences d'une telle faveur sur notre droit de la concurrence interne (paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : la faveur de la Commission pour le multimarquisme.

Les considérants n°27 et 28 du règlement d'exemption n°1400/2002 posent ce principe du multimarquisme pour les activités de vente et de services après-vente. Le distributeur doit « *avoir la possibilité de vendre des véhicules de deux ou plusieurs marques qui ne sont pas entreprises liées* » ainsi que les pièces de rechange, et le réparateur peut « *offrir des services de réparation ou d'entretien pour des marques de constructeurs concurrents* ».

Plus précisément l'article 5-1, point a), b), et c) réitère ces droits au travers d'une « *clause rouge* », c'est-à-dire que son non respect n'entraîne pas l'inapplicabilité de l'exemption à l'ensemble de l'accord mais seulement à cette obligation spécifique. Le constructeur ne peut plus faire obstacle au souhait de commercialisation de plusieurs marques par son distributeur (A), mais il peut néanmoins mettre en place quelques mesures de protection de son image de marque (B).

A- les obligations restrictives du droit au multimarquisme

L'introduction explicite de ce droit dans le règlement n°1400/2002 interdit par conséquent au constructeur de continuer à inscrire dans ses critères de sélection des obligations directes ou indirectes ne

1 « *L'utilisation d'Internet à des fins publicitaires ou de vente de produits est en général considérée comme une forme de vente passive dans la mesure où un site n'est pas clairement conçu de manière à atteindre en premier lieu de clients se trouvant à l'intérieur d'un territoire ou d'un groupe de clientèle exclusivement concédé à un (des) autre (s) distributeurs (...)* en revanche un message non sollicité transmis par courrier électronique à des clients individuels est considéré comme une vente active »

2 Voir l'article complet de Mme N. Castagnon « *Internet et réseaux de distribution : lequel des deux contractants doit solliciter l'autorisation de l'autre pour créer un site Internet ?* in Contrats, conc. consom, octobre 2003, Chron. n°10, p. 12 et s.

3 Brochure explicative concernant l'application de l'article 81 paragraphe 3 du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile ; question n° 45.

4 Brochure explicative citée ci-dessus question n°44.

permettant au final uniquement l'exposition de sa marque, un tel abus résiderait par exemple dans l'obligation imposée au distributeur d'exposer la gamme complète du fournisseur.

Cette obligation ne sera pas exemptée si elle conduit à « rendre impossible ou excessivement difficile la vente ou l'exposition de véhicules produits par des entreprises non liées », elle a fait l'objet d'un exemple dans le règlement du fait que la gestion du stock est un problème récurrent pour les distributeurs d'automobiles ou de services de réparation.

B- les prérogatives résiduelles des constructeurs.

L'article 1^{er}-1, b) évoque les obligations qui peuvent encore être imposées aux distributeurs (de véhicules, de pièces de rechange et de services de réparation et d'entretien) :

- une obligation d'achat à hauteur de 30 %
- une obligation de vendre les produits concurrents dans des zones séparées à l'intérieur de la salle d'exposition,
- quant à l'obligation d'employer du personnel spécifique, elle peut être décidée par le distributeur mais il peut en faire supporter la charge financière au constructeur.

PARAGRAPHE 2 : multimarquisme et droit interne de la concurrence..

Le droit au multimarquisme est susceptible d'entraîner de nombreuses conséquences dans notre interne de la concurrence, il est évident que les notions de non- concurrence (B) ou de concurrence fautive (A) perdent de leur efficacité.

A. l'inefficacité de l'action en concurrence déloyale

Comme l'a démontré le Professeur C. Prieto dans son commentaire sur l'arrêt de la Cour d'appel de Douai en date du 1^{er} février 2001 ⁽¹⁾, l'action en concurrence déloyale apparaît désormais inefficace. La Cour devait vérifier la conformité du contrat en cause au règlement d'exemption afin de savoir si une action en concurrence en concurrence déloyale pouvait valablement être accueillie ⁽²⁾. Elle a notamment conclu que la clause autorisant sous certaines conditions les concessionnaires à pratiquer la vente multimarques ne pouvait persister en l'état, elle était restrictive de concurrence.

Cette solution est en réalité le résultat d'une tendance du droit communautaire à considérer l'action en concurrence déloyale comme un frein à la libre concurrence ⁽³⁾. Le premier arrêt faisant état de cette hostilité fut l'arrêt Grundig du 13 juillet 1966 ⁽⁴⁾, l'action en concurrence déloyale qui était menée par le fabricant et son distributeur contre un revendeur parallèle avait échoué pour les mêmes raisons.

B. de l'inutilité de la clause de non concurrence contractuelle

Evidemment, l'insertion d'une clause de non concurrence contractuelle ne présente plus aucun intérêt dès lors que le multimarquisme est érigé en principe. Mais la question mérite d'être posée quant aux clauses de non concurrence post-contractuelles.

La réponse du règlement n°1400/2002 est sans appel : « toute obligation directe ou indirecte empêchant le distributeur ou le réparateur agréé, après résiliation de l'accord, de produire, d'acheter ou de revendre des véhicules automobiles ou de fournir des services de réparation ou d'entretien » n'est pas exemptée (article 5-1, d)). Une telle disposition va dans le sens d'une plus grande protection du distributeur lors de la fin du contrat.

Section 3 : la fin de la clause de localisation

1CA Douai, 2^{ème} ch., 1^{er} février 2001 ; D. 2001, Jur. P. 3178 et s., note C. Prieto

2 Des concessionnaires s'estimaient en l'espèce d'agissements déloyaux de la part d'un revendeur hors réseau.

3 CA Douai, 2^{ème} ch., 1^{er} février 2001 ; D. 2001, Jur. P. 3178 et s., note C. Prieto

4 CJCE, 13 juillet 1966, *Ets Consten et Grundig*, aff. C-56 et 58-54, Rec., p. 429.

Jusqu'à l'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002, les constructeurs inséraient systématiquement dans leurs contrats de distribution sélective une clause de localisation. Cette clause, parfois appelée « *faculté d'essaimage* », interdisait aux distributeurs d'établir des points de vente supplémentaires, ou même des points de livraison. Certains constructeurs permettaient cependant la mise en place du service après-vente dans un autre lieu que celui de la vente. Cette clause était une prérogative importante à leurs yeux car elle leur garantissait une maîtrise efficace de leur réseau.

Au contraire, la Commission considère cette possibilité comme inopportune dans le marché unique dès lors qu'elle restreint la capacité des consommateurs d'acheter leur véhicule dans l'endroit qu'ils désirent. Les distributeurs seraient en droit « *d'exploiter de nouvelles opportunités commerciales par une présence physique à proximité des clients potentiels plus éloignés de leur point de vente initial* » (1). La Commission aiderait ainsi les distributeurs, libérés de l'emprise des constructeurs, à « *devenir des distributeurs de véhicules automobiles neufs à taille européenne* » (2).

Afin de rendre réalisables ces différents objectifs, la Commission a introduit dans le règlement une disposition mettant fin à la clause de localisation ; l'article 5-2 b) interdit « *toute obligation directe ou indirecte faite dans un système de distribution sélective à tout distributeur de voitures particulières ou de véhicules utilitaires légers, qui restreint sa capacité d'établir des points de vente ou de livraisons supplémentaires là où dans le marché commun la distribution sélective est d'application* ».

L'analyse précise de cette prohibition (paragraphe 1) nous permettra par la suite d'évoquer les nombreuses critiques de la part des constructeurs automobiles, elles s'articulent essentiellement autour des conséquences néfastes d'une telle possibilité laissée aux distributeurs (paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : Le droit d'établir des points de vente et de livraison supplémentaires.

Nous avons précédemment mentionné les objectifs de la Commission quant à cette disparition de la clause de localisation ; en résumé l'on peut affirmer qu'elle entend renforcer la concurrence intra marque. Il faut cependant convenir que la pression des constructeurs a néanmoins entraîné une certaine modération de la part des rédacteurs du règlement n°1400/2002, la liberté d'établissement des distributeurs (ou réparateurs agréés) est en effet conditionnée.

Le constructeur peut valablement requérir du distributeur qui souhaite ouvrir plusieurs points de localisation qu'il respecte certaines exigences de qualités (2), il ne serait être question d'essaimer de manière anarchique des points de vente et de livraison (1).

1. « Un point de vente ou de livraison supplémentaire », une catégorie définie par la Commission.

Le point de vente est synonyme selon la Commission « *d'infrastructures nécessaires pour vendre des véhicules automobiles neufs* » (3). La Commission énumère ainsi ce type d'infrastructures, mais l'on peut affirmer que le distributeur peut ainsi recréer une structure de vente aux dimensions de son établissement initial. Le distributeur qui aurait de grandes capacités financières pourrait déposer un seul dossier de candidature, et installer ensuite d'autres établissements dans toute l'Union Européenne.

Le point de livraison est « *un lieu où les véhicules sont remis à l'utilisateur final* », il peut être exploité au coté d'un point de vente. Mais plus intéressante est l'opportunité offerte à un distributeur ne pouvant ouvrir qu'un point de livraison, ce dernier peut y « *installer des panneaux publicitaires ou y déposer des brochures* » (4) relatifs à son lieu de vente principal. Cette dernière possibilité peut apparaître très avantageuse pour le distributeur qui ne pourrait assumer financièrement les exigences du constructeur quant au point de vente supplémentaire.

1 Brochure explicative, p. 57.

2 Brochure explicative, p. 57.

3 Brochure explicative, réponse à la question n°53, p. 58.

4 Brochure explicative, réponse à la question n°53, p. 58.

2. Une structure répondant aux exigences du concédant.

Le considérant n°29 du règlement d'exemption fait état du pouvoir que conserve le constructeur en la matière ; il peut exiger « le respect des critères de qualités appropriés applicables aux établissements similaires situés dans la même zone géographique ». Et logiquement, le distributeur souhaitant s'implanter ailleurs ne peut fermer son point de vente initial, sauf si il obtient le consentement du concédant (1).

Certains ont objecté que cette vérification de la part du concédant était difficile (2), mais elle n'apparaît pas impossible. Il incombe au concédant de mettre en œuvre des moyens de contrôle efficaces. Cependant une seule difficulté subsistera : comment contrôler qu'un point de livraison ne se livre pas à des ventes ? (3). Ceci d'autant plus que la Commission interdit la différence de traitement des commandes en fonction des lieux d'immatriculation des véhicules.

La seule chose que pourrait interdire un constructeur dans un point de livraison est la présence de personnel directement liés à la vente, et dont les tâches n'ont pas de lien avec l'activité de livraison.

PARAGRAPHE 2 : Les effets pervers de la faculté d'essaimage.

Les conséquences néfastes entraînées par la fin de la clause de localisation sont multiples ; tout d'abord en droit de la distribution cela revient à nier tout intérêt à la distribution sélective quantitative. Effectivement, le fait de priver les constructeurs du contrôle du nombre de points de vente et de livraison équivaut à refuser toute distribution sélective quantitative. Nous pouvons facilement conclure qu'il ne s'agit là que d'une disposition supplémentaire afin de favoriser la distribution sélective qualitative, cette dernière semble donc être la forme de distribution imposée, où du moins celle qui présente encore un intérêt.

Mais plus grave encore est la concentration de la distribution de véhicules autour de puissants opérateurs, alors que les entrepreneurs « traditionnels » sont considérablement endettés et leur rentabilisation des investissements n'est pas terminée. Ils ne pourront profiter des opportunités offertes par la fin de la clause de localisation, et souffriront au contraire du développement accéléré de nouveaux entrants sur le marché de la distribution. D'abord, ce sont les grandes surfaces qui pourront profiter de la faculté d'essaimage, il leur suffira de se porter candidat une seule fois et implanter de nombreux points de vente dans chacun de leur supermarché.

Ensuite, les « méga dealers » pourraient devenir des distributeurs à dimension régionale. Ils auront utiliser dans un premier temps les possibilités de multimarquisme, et ensuite celles relatives à la faculté d'essaimage. Au sein d'un territoire ils deviendraient le passage obligé pour le consommateur local qui souhaiterait acheter un véhicule, et à qui l'on pourrait proposer un point de livraison plus proche de son domicile. La Commission qui aurait voulu gommer toute référence à un territoire d'exclusivité n'aurait fait que l'accentuer.

Enfin, il n'est pas certain que des baisses de prix s'en suivront, elles ne pourraient avoir lieu que si les distributeurs sont placés dans des conditions de concurrence égalitaires, or si le scénario pessimiste décrit ci-dessus se réalise les baisses de prix voulues par la Commission resteront des vœux pieux

1 Brochure explicative, réponse à la question n°55, p. 59.

2 De quelques questions juridiques suscitées le nouveau règlement d'exemption automobile, L. Vogel ; Gaz. Pal. n° du dimanche 2 au mardi 4 mars 2003, p. 13.

3 De quelques questions juridiques suscitées le nouveau règlement d'exemption automobile, L. Vogel ; Gaz. Pal. n° du dimanche 2 au mardi 4 mars 2003, p. 13.

**SECONDE PARTIE : LES IMPLICATIONS EN DROIT DES CONTRATS DU REGLEMENT
D'EXEMPTION N°1400/2002**

Le règlement n°1400/2002 est en apparence un texte de droit de la concurrence, mais il n'empêche que ses implications directes en droit des contrats peuvent nous faire douter de sa nature (1). Deux causes nous amènent à cette conclusion quelques peu surprenante :

- le règlement recèle de nombreuses dispositions de droit des contrats, et notamment de droit de la rupture contractuelle,
- ensuite l'incitation mise en place par la Commission consistant à adopter de manière forcée certains types de contrats. En effet, malgré la solution jurisprudentielle retenue par la Cour de justice des Communautés européennes (2), le règlement au travers de des clauses noires non exemptées et de sa politique de seuils peut conduire à l'adoption de contrats types identiques.

**TITRE PREMIER : PRESENTATION DU NOUVEAU
DROIT DES CONTRATS DE LA DISTRIBUTION AUTOMOBILE**

Section 1 : la naissance du contrat de distribution automobile.

La naissance du contrat de distribution automobile est une question qui mérite d'être traitée car elle a subi de profonds bouleversements : le concédant n'est plus libre de choisir son partenaire contractuel ! (paragraphe 1), de surcroît, il doit lui délivrer une information précontractuelle précise (paragraphe 2). Et enfin lorsque les partenaires se seront démêlés de ces difficultés, il prendra garde de ne pas insérer certaines clauses dans leur contrat (paragraphe 3).

PARAGRAPHE 1 : le choix du partenaire contractuel

Nous avons évoqué la procédure que devaient désormais respecter les constructeurs automobiles lors des sélections de leurs distributeurs de véhicules automobiles et de services de réparation et d'entretien. Il en ressort la conclusion suivante : les critères de choix du partenaire doivent être objectifs, ils ne doivent pas avoir pour effet ou pour objet d'exclure certaines formes de distribution, et enfin ils ne doivent pas être appliqués de manière discriminatoire.

Or objectivement dès lors que le règlement intervient dans le choix du candidat- distributeur, il réduit la liberté contractuelle du concédant qui est obligé d'examiner toutes les candidatures dans des conditions de transparence. Les autorités de concurrence justifieront une telle intervention dans le contrat au regard d'un intérêt supérieur : le libre jeu de la concurrence au profit du consommateur. Celui-ci ne pourra jamais fonctionner dans le marché unique si des obstacles, tels que le principe de liberté contractuelle, subsistent. Elle doit être encadrée afin que tous ceux qui en ont les capacités à priori puissent accéder au statut de distributeurs, et éliminer toutes les « *rentes de situations* » qui ont pu se créer.

PARAGRAPHE 2 : une obligation contractuelle de renseignement fragilisée.

Alors que la doctrine s'était réjoui de l'application de la loi Doubin au contrat de concession (3), il est aujourd'hui permis de douter de son efficacité après l'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002 (4). En effet, le règlement en instituant le multimarquisme élimine une des conditions d'application de l'article L. 330-3 du Code de commerce ; à savoir l'engagement d'exclusivité ou de quasi exclusivité. Mais est-il

1 Cette question n'est pas nouvelle puisque de nombreux auteurs en ont déjà traité lors de l'entrée en vigueur du règlement n°1475/1995, L. Vogel, *La dimension communautaire : vers un régime de droit commun du droit de la distribution ?*, in *La réglementation européenne de la distribution automobile : droit de la concurrence ou droit des contrats*, Cahiers de droit de l'entreprise, 1997, p. 35

2 CJCE 18 décembre 1986, aff. 10/86, *Vag France c/ Etablissements Magne*, Rec. 1986, 4071 ; JCP 1987, I, 821, obs. P. Durand.

CA Douai, 2^{ème} ch. 1^{er} février 2001 ; D. 2001, comm. p. 3178, obs. C. Prieto, *contrats, conc. consom* 2001, n°62, obs. S. Poillot-Peruzzetto. Et la réponse de la CJCE à la question préjudicielle posée par la CA de Douai : CJCE 30 avril 1998, *Contrats, conc. consom*, 1998, n°92, obs. L. Vogel.

3 Cass. Com 17 juillet 2001 ; D. 2002, Chron. p. 627, obs. H. Kenfack

4 De *quelques questions juridiques suscitées le nouveau règlement d'exemption automobile*, L. Vogel ; Gaz. Pal. numéro du dimanche 2 au mardi 4 mars 2003, p. 13.

pour autant certain que la loi Doubin ne trouve plus à s'appliquer, deux raisons militent pour un respect de l'obligation précontractuelle de renseignement vis à vis des distributeurs multimarques.

D'abord, la Commission n'a sans doute pas désiré donner une telle portée au droit au multimarquisme, il s'agit seulement d'exploiter de nouvelles opportunités commerciales et non de permettre aux concédants d'échapper à leurs obligations de droit interne.

Ensuite, le droit au multimarquisme n'empêche pas que la condition de quasi- exclusivité soit remplie. Aucune donnée chiffrée n'est inscrite dans la loi Doubin afin de mesurer la teneur de l'engagement d'exclusivité, donc le distributeur multimarques peut être engagé de manière quasi exclusive avec chacun de ses fournisseurs.

PARAGRAPHE 3 : un contenu du contrat contrôlé.

Nous ne nous intéresserons ici qu'aux clauses dites sensibles qui ont pu susciter un certain contentieux ; elles ont trait à la définition du territoire (1), au prix de vente (2) et aux quotas et objectifs de vente (3).

1. La détermination précise du territoire concédé

En matière de distribution exclusive, cette obligation est évidente et systématiquement sanctionnée par les juges lorsqu'elle n'est pas assez précise, mais quand est-il en matière de distribution sélective ? Un auteur a judicieusement remarqué que « l'adoption d'un système de distribution sélective n'exclut pas la définition d'une zone de chalandise » (1).

2. La fixation des prix.

Le concessionnaire doit rester libre de fixer lui-même les prix qu'il entend pratiquer mais l'article 4-1 a) condamne les clauses qui ont pour objet de restreindre la capacité de l'acheteur de fixer son prix de vente, cette inscription claire dans le texte fait suite aux affaires impliquant les constructeurs automobiles (2). La sanction en cas de comportement tendant à fixer un prix imposé est en principe la nullité du contrat, il s'agit en effet d'une clause noire non exemptée. L'exemption individuelle paraît être impossible dans la mesure où la Commission a qualifié à maintes reprises cette pratique comme une « restriction grave et caractérisée » (3).

Le concédant demeure libre de fixer ces prix maximaux ou de conseiller un prix comme en témoigne l'article 4-1 a), mais à condition que ces derniers n'équivalent pas à imposer un prix de vente fixe ou minimal sous l'effet de pressions exercées par l'une des parties ou de mesures d'incitation prises par elle.

3. Les clauses de quota et d'objectifs.

La plupart des contrats de distribution de véhicules et de services de réparation et d'entretien comportent ce que l'on nomme généralement des clauses de rendement (4), elles se déclinent en plusieurs catégories (5). Ces clauses que l'on qualifierait d'obligations de moyens ou de résultat (6) selon la volonté des parties exprimée dans le contrat, ne sont pas remises en cause dans leur existence par le règlement

1 *La réforme de l'exemption des « accords automobiles » au regard du droit des contrats*, C. Champalaune ; JCP éd. E 2003, CDE n°5, p.5.

2 Cf Introduction de la présente étude.

3 Voir notamment Déc. Comm. CE, 29 juin 2001, Volkswagen ; Contrats, conc. consom. 2002, comm. n°10, note S. Poillot-Peruzzetto.

4 J. L. Respaud, *L'obligation de contracter dans le contrat- cadre de distribution*, Thèse Montpellier 2000, n°69 et s..

5 La clause de quota est celle qui indique que l'acheteur achètera un pourcentage déterminé de son chiffre d'affaires auprès d'un fournisseur.

La clause d'objectif est plus complexe, il s'agit d'un objectif de vente à atteindre fixé en quantité de produits contractuels à revendre, en un pourcentage d'immatriculation à réaliser sur un territoire. A cette clause d'objectif peut s'ajouter une clause de pénétration de marché, elle impose au distributeur la conquête d'un marché préalablement défini

6 J. L. Respaud, *L'obligation de contracter dans le contrat- cadre de distribution*, Thèse Montpellier 2000, n°69 et s..

n°1400/2002 (seizième considérant). Mais leur efficacité apparaît plus limitée qu'auparavant puisque l'article 1^{er} -1, b) du règlement permet au constructeur d'imposer seulement une obligation de 30 % d'achats en produits contractuels. En cas de désaccord sur ces questions, les parties doivent pouvoir recourir à un expert ou à un arbitre en cas de désaccord (article 3-6).

Section 2 : la circulation et l'extinction du contrat de distribution automobile

PARAGRAPHE 1 : la circulation du contrat de distribution automobile

La circulation du contrat est une question qui connaît de nombreux changements de par l'entrée en vigueur du règlement, mais aussi de par une évolution jurisprudentielle récente. Afin d'en faciliter l'étude, il est nécessaire de dissocier la circulation du contrat dans le réseau (A) de celle qui s'effectue hors réseau (B).

A. la transmission du contrat entre membres du réseau

L'article 3-3 du règlement précise que l'accord doit prévoir « *que le fournisseur accepte la cession des droits et obligations découlant de l'accord vertical à un autre distributeur ou réparateur à l'intérieur du système de distribution et choisi par l'ancien distributeur ou réparateur* ». La justification d'une telle liberté de cession dans le réseau est à rechercher dans le choix de distribution opéré par le constructeur ; si il a opté pour la distribution sélective et que le transfert s'opère entre distributeurs sélectifs, les deux agents répondent tous deux aux critères établis par le constructeur.

Mais cette justification est-elle toujours pertinente lorsque la cession s'opère entre un distributeur exclusif et un distributeur sélectif ? Le texte dispose que la libre cession est possible « *à l'intérieur du système de distribution* » et ne précise de quel type de distribution il s'agit. Il est écrit au sein du considérant n°10 du règlement qu'il doit être « *possible de racheter d'autres entreprises du même type* », est-ce que le « *type* » correspond au système de distribution choisi ?

L'on est tenté de répondre par l'affirmative, en effet une entreprise choisie selon des critères sélectifs ne peut être assimilée à une entreprise disposant d'une exclusivité même si toutes deux distribuent la même marque. Il est logique que deux distributeurs puissent se transmettre librement un contrat qui obéit aux mêmes règles. Mais la transmission entre deux distributeurs ne répondant pas aux mêmes critères de sélection doit être prohibée, cela reviendrait à nier la prérogative du constructeur de choisir le mode distribution de ses produits.

B. la circulation du contrat en dehors du réseau.

Le concédant a choisi un partenaire contractuel en fonction de ses compétences professionnelles, et de ses capacités financières permettant une commercialisation du produit dans les meilleures conditions. A l'inverse, le distributeur a contracté parce qu'il « *crovait au produit* » porteur d'une certaine image de marque, mais aussi parce que le réseau lui inspirait confiance, « *l'indépendance dans l'interdépendance* » (1) représentait pour lui un gage de réussite. L'énumération de ces simples considérations économiques met en exergue le caractère personnel du contrat ; le fait qu'il soit conclut « *intuitu personae* » empêche sa libre cession (1), mais ce principe n'est absolu, les clauses d'agrément sont une pratique admise (2).

1. le principe d'incessibilité du contrat

Ce principe de non cessibilité du contrat ressort du caractère *intuitu personae* imprégnant la relation contractuelle, cette considération de la personne du partenaire contractuel recouvre deux situations selon le professeur L. Aynès (2).

Dans la première situation, la personne est l'objet ou la cause du contrat, il est donc impossible de céder le contrat. La seconde situation correspond à l'hypothèse où la personne n'a d'importance qu'au

1 Le Tourneau, Les contrats de concession, Litec, éd. 2003.

2 L. Aynès, *La cession de contrat*, Préface Ph. Malaurie, Economica 1984, n°330 et s.

regard de l'exécution du contrat, dans ce cas le créancier peut invoquer le principe d'incessibilité si tel est son intérêt (article 1237 du Code civil).

Pour notre étude, seule la première situation est intéressante, le contrat de distribution de véhicules et de services de réparation et d'entretien apparaît être un contrat conclut « *intuitu personae* ». Il est donc normal qu'en l'absence de clause aménageant la circulation du contrat, celle-ci demeure prohibée, et peut même entraîner la résiliation du contrat.

2. la clause d'agrément.

Les cocontractants qui ne souhaitent pas figer leur contrat, mais permettre au contraire sa circulation dans les meilleures conditions et au mieux de leurs intérêts peuvent prévoir une clause d'agrément. Cette clause n'agit pas sur le principe même de l'agrément mais sur ses modalités. Elle prévoit le plus souvent des informations sur la procédure à respecter en cas projet de transmission (conditions de forme et de délais).

Jusqu'à un arrêt récent ⁽¹⁾ la clause pouvait prévoir que le refus d'agrément pourrait être purement discrétionnaire, mais cette possibilité paraît aujourd'hui contestée. Cet arrêt fut remarqué car il posait la question de l'obligation générale de motivation du refus d'agrément, la Cour l'avait-elle consacré ou fallait-il voir dans cet attendu une solution d'espèce ? Il semble que la Cour n'impose pas d'obligation générale de motivation ⁽²⁾, il n'y aurait consécration de l'obligation de motivation dans le seul contexte contractuel étudié. Ce n'est que parce que le contrat contenait une clause faisant référence explicitement à cette motivation que la Cour constate un abus de droit, autrement dit l'arrêt ne consacre ni plus ni moins que le respect de la loi contractuelle.

La première conséquence pratique de cet arrêt sera sûrement une rédaction plus évasive des clauses d'agrément, ainsi « *moins la clause en dira, et donc en promettra, plus la situation du contractant en charge de ce choix sera confortable* » ⁽³⁾.

PARAGRAPHE 2 : l'extinction du contrat de distribution automobile

L'une des principales revendications des distributeurs de véhicules a toujours été une réelle protection juridique lors de la rupture du contrat les liant au fournisseur. En effet, le secteur de la distribution automobile est particulièrement exigeant en matière d'investissement ; les constructeurs sont très attachés au critère qualitatif de sélection selon lequel pour avoir le droit d'être distributeur agréé il est nécessaire d'investir des capitaux importants ⁽⁴⁾. Cependant dans le même temps est née en réponse à cet effort d'investissements la revendication de stabilité contractuelle, au moins durant la période nécessaire à l'amortissement de leurs investissements.

Face à ces inquiétudes quelles furent les solutions apportées par la Commission ? Elles s'organisent autour de deux axes : le droit à la motivation des résiliations des contrats (A) et l'encadrement juridique strict de la durée du contrat et du préavis de non renouvellement (B).

A. l'obligation de motivation de la résiliation

Pour bénéficier de l'exemption le fournisseur souhaitant résilier un accord de distribution à durée indéterminée, doit fournir par écrit aux termes de l'article 3 §4 les raisons objectives, détaillées et

1 Cass. Com. 2 juillet 2002 ; D. 2002, p. 2262 ; D. 2003, Jur. p. 93, obs. D. Mazeaud ; JCP G 2003, II, 10023, obs. D. Mainguy ; JCP éd. E 2003, Chron. 543, obs. J.L Respaud.

2 La majorité de la doctrine s'étant exprimé dans les revues juridiques est de cet avis, et même l'ardent défenseur du solidarisme contractuel « souhaitant éviter toute mauvaise foi dans l'interprétation des arrêts » n'a pas déduit de l'arrêt une quelconque obligation générale de motivation.

3 JCP éd. E 2003, Chron. 543, obs. J.L Respaud.

4 Il s'agit d'une des caractéristiques du contrat de concession ; c'est le contrat par lequel le concédant n'investit pas à proprement parler dans la distribution du produit mais en charge au contraire le distributeur. Etant donné le coût de la mise en place d'un réseau ; les constructeurs ont vu dans cette stratégie le moyen de pouvoir se concentrer sur l'innovation des produits. Pour plus de développement voir l'ouvrage de M. Le Tourneau, Les contrats de concession, Litec, éd. 2003.

transparentes qui motivent son choix. Rappelons que cette obligation concerne tout autant le distributeur d'automobiles neuves que le réparateur agréé lié par un contrat avec le fournisseur. La Commission a introduit cette nouvelle disposition afin de protéger les concessionnaires qui auraient voulu profiter des nouveaux aménagements pro concurrentielles permis par le règlement, et ainsi « libérer » le distributeur, ce dernier « *aura plus de latitude pour effectuer des opérations qu'il s'interdisait auparavant* » (1).

Quant à la mise en œuvre, précisons à ce stade qu'il ne s'agit que des cas de résiliation de contrats à durée indéterminée, ceci est précisé par la Commission dans sa brochure explicative en réponse à la question n°71 (2). Certains auteurs ne sont pas satisfaits d'une telle réponse, en effet il pourrait apparaître tout autant légitime qu'une telle obligation de loyauté et de transparence s'impose lors du non renouvellement.

Alors qu'il aurait été légitime de préjuger d'un accueil favorable de cette pratique, il n'en fut rien : une partie de la doctrine qui lui reprochait son imprécision et sa tendance à un protectionnisme contractuel inopportun. En effet, quels seront les motifs considérés comme valables ? La Commission a réglé partiellement cette question dans sa brochure explicative ; elle n'a pas donné d'exemples de motifs illégitimes mais a seulement affirmé qu'il s'agissait d'une question de droit national ou relevant de la compétence du Tribunal arbitral (3).

L'autre critique est relative à l'opportunité d'une telle disposition au sein d'un règlement d'exemption dans la mesure où ces règlements ne servent qu'à promouvoir la concurrence, et cela s'oppose « *au principe de la protection des concurrents* » (4). Ainsi selon cet auteur la Commission entend par de telles mesures de protectionnisme contractuel emporter par tous les moyens l'adhésion des distributeurs en « *faisant cohabiter libéralisme et corporatisme* » (5).

B. une obligation de préavis précisée

Le neuvième considérant du règlement n°1400/2002 précise expressément que l'existence d'un préavis est impérative afin de renforcer l'indépendance des distributeurs, en effet plus le délai de préavis est important, plus l'agent économique augmente ses chances de reconversion et subit d'autant moins les pressions du fournisseur.

L'article 5-3 précise la durée de ce préavis pour les contrats à durée déterminée : le délai minimum que doit respecter chaque partie qui ne voudrait pas renouveler le contrat reste de 6 mois (article 3-5), en revanche en ce qui concerne les contrats à durée indéterminée l'obligation de préavis est adaptable.

En effet dans ce dernier cas, si une partie souhaite rompre un contrat à durée indéterminée elle doit en aviser son partenaire contractuel avec un préavis d'au moins 24 mois, cependant pour ce contrat le règlement a prévu une possible réduction au délai d'un an de préavis. Le fournisseur est alors tenu de verser une indemnité appropriée en vertu de la loi ou d'une convention particulière.

La réduction du préavis est aussi possible en raison de la nécessité de réorganiser l'ensemble ou une partie substantielle du réseau. La Commission a précisé dans sa brochure explicative ce qu'il fallait comprendre comme un besoin de réorganisation ; ce dernier peut « *apparaître en raison du comportement de concurrents ou d'autres développements économiques* » (6). Même si la décision de réorganisation appartient au fournisseur, le juge national ou l'arbitre pourra décider le contraire en cas de litige au vu des circonstances.

1 *La rupture du contrat du distributeur dans le nouveau règlement d'exemption automobile*, par B. Mathieu ; Les petites affiches, 27 novembre 2002, p.27.

2 Brochure explicative réponse à la question n°71 : « le règlement n'impose pas au fournisseur de donner les raisons pour lesquelles il ne souhaite pas reconduire à un contrat à durée déterminée ».

3 Question n°70 de la brochure explicative

4 De quelques questions juridiques suscitées le nouveau règlement d'exemption automobile, L. Vogel ; Gaz. Pal. n° du dimanche 2 au mardi 4 mars 2003, p. 13.

5 Cf l'article de la note ci-dessus.

6 Brochure explicative accompagnant le règlement n°1400/2002, réponse à la question n°68, p.64

Le dernier motif de résiliation permettant de réduire le préavis de rupture est la constatation d'une faute grave

Section 3 : le règlement des litiges

Les relations qu'ont pu entretenir le droit de la concurrence et le droit de l'arbitrage, ou tout au moins la possibilité d'un règlement non juridictionnel des litiges de droit de la concurrence, ont suscité de nombreux écrits doctrinaux ⁽¹⁾ du fait de la nature même du droit de la concurrence. En effet, l'arbitrabilité du droit de la concurrence se heurte à la règle selon laquelle les dispositions du droit de la concurrence relèvent de l'ordre public ; ces règles sont un instrument essentiel de l'économie de marché et par là du développement économique d'un Etat.

Confirmant sa préférence marquée pour ce type de règlement des litiges, la Commission a considérablement élargi la portée de cette possibilité (Paragraphe 1) sans vraiment mesurer l'opportunité d'un tel choix (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : la préférence de la Commission pour l'expertise ou l'arbitrage au détriment des procédures judiciaires.

L'article 3-6 du règlement d'exemption n°1400/2002 institue un mode non juridictionnel de règlement des litiges, il dispose que « *l'exemption s'applique à condition que l'accord vertical prévoit le droit pour chacune des parties de recourir à un expert indépendant ou à un arbitre en cas de litige relatif au respect de leurs obligations contractuelles. Ces litiges peuvent notamment concerner :*

- a) des obligations de fourniture ;
- [...]
- g) la question de savoir si la résiliation d'un contrat est justifiée par les raisons données dans le préavis.

Le droit visé à la première phrase est sans préjudice du droit pour chaque partie, de saisir une juridiction nationale ».

La lecture de cet article nous amène à formuler deux remarques essentielles ; d'abord la Commission entend donner à ce mode de règlement des litiges une réelle effectivité, mais hélas sans se soucier de sa compatibilité avec notre droit interne procédural.

Contrairement au règlement n°1475/1995, le règlement n°1400/2002 fait de l'obligation des parties de soumettre leurs différends à un tiers expert ou arbitre une condition de l'exemption de l'accord, il énumère ainsi une liste non limitative des différends susceptibles d'être concernés. Selon les termes de la brochure explicative, la Commission entend privilégier un « *règlement rapide* » des litiges ⁽²⁾, à ce titre elle précise les modalités de désignation de ces organes ⁽³⁾. Cette dernière obéit à la volonté des parties, aucune obligation n'est imposée aux parties quant à la qualité des personnes désignées ou quant à leur nombre, la seule contrainte imposée par la Commission est que cette désignation ne serait être unilatérale. En cas de désaccord les parties devront alors se référer aux « *procédures de nomination qui sont normalement employées dans de telles situations* » ⁽⁴⁾.

Mais il n'est pas certain qu'au final cet objectif de règlement rapide des litiges soit atteint, car la nature obligatoire du mécanisme est ambiguë du fait que l'article 3-6 ne prive pas les parties de leur droit d'introduire une action devant une juridiction étatique.

PARAGRAPHE 2 : l'opportunité de l'article 3-6 du règlement n°1400/2002.

1 Voir parmi de nombreux écrits : Ch. Jarronson et L. Idot, V° « Arbitrage » in encyclopédie Dalloz ; L. Idot, « Arbitrage et droit communautaire », RDAI 1996, p. 561

2 Brochure explicative p. 60.

3 Brochure explicative, réponse à la question n°61, p.61.

4 La Commission donne deux exemples de nominations extérieures ; il peut s'agir d'une nomination effectuée par le président d'un tribunal ou par le président d'une chambre de commerce et d'industrie (question n°61, p.61).

Les avantages de la procédure arbitrale sont aujourd'hui bafoués, ils ne sont plus aussi significatifs que par le passé. La suppression du formalisme reste cependant un avantage certain, ce formalisme est en effet réglé lors de la phase précontractuelle et se veut moins contraignant que celui gouvernant les procédures juridictionnelles. La possibilité de conserver intact le secret des affaires est aussi une des raisons de recourir à un règlement non juridictionnel d'un litige, effectivement tenir les arbitres ou experts au secret de manière contractuelle apparaît de nos jours plus efficace que l'obligation de non divulgation d'informations confidentielles des magistrats. A côté de ces avantages persistants, d'autres ont perdu avec le temps de leur réalité ; on considérait que l'arbitrage constituait une procédure peu coûteuse mais l'on sait désormais que la rémunération des arbitres peut atteindre des sommes importantes. Enfin, les procédures arbitrales ne sont plus un gage de rapidité car la partie perdante « *aura tendance naturelle à exercer contre la sentence un recours en annulation devant la juridiction étatique de son état* » (1).

En revanche, un des premiers inconvénients de ces procédures est que les arbitres ou experts ne disposent pas des mêmes pouvoirs que les juridictions étatiques, et notamment en ce qui concerne la possibilité de poser une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes. Cette possibilité leur fut refusée dans l'arrêt *Noordsee* (2) du fait qu'ils n'avaient pas la qualité de « *juridiction* » au sens de l'article 177 du Traité (devenu l'article 234 du Traité). Or en matière de droit de la distribution automobile, ces questions préjudicielles sont d'une grande utilité dans la mesure où les règles se sont complexifiées et sont parfois d'une interprétation incertaine. Ceci est d'autant plus regrettable que ce nouveau pouvoir reconnu aux arbitres « *assurerait incontestablement une application plus uniforme du droit communautaire* » (3).

TITRE SECOND : PROSPECTION DU FUTUR DROIT DES CONTRATS DE DISTRIBUTION AUTOMOBILE

A ce stade de l'étude, nous avons seulement envisagé les impacts directs en droit des contrats du règlement n°1400/2002, autrement dit il s'agissait de mettre en exergue les exigences contractuelles auxquelles devaient se plier les opérateurs. Cependant, il faut aussi s'intéresser aux conséquences indirectes de l'entrée en vigueur du règlement, un tel bouleversement juridique est ainsi susceptible d'atteindre la nature même du contrat de distribution (section 1), et l'organisation sur laquelle il repose (section 2).

Section 1 : intuitu personae et contrat cadre de distribution issu du règlement n°1400/2002 ; la fin annoncée du contrat de concession.

L'affaiblissement de la notion « *d'intuitus personae* » dans les contrats de distribution d'automobiles et de services de réparation et d'entretien, par l'entrée en vigueur du règlement, est une critique récurrente de la doctrine. Or cette notion qui caractériserait de nombreux contrats de distribution (paragraphe 1) se révèle être, aux yeux de la Commission, un frein au libre jeu de la concurrence (paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : l'intuitus personae dans les contrats cadres de distribution.

A priori, le fournisseur qui décide de commercialiser un produit est libre de choisir son distributeur, il paraît naturel que la compétence, l'expérience, et les capacités financières soient des critères de choix décisifs. Même si l'on admet aisément que le contrat de distribution est un contrat conclut intuitu personae, la doctrine discute de son intensité selon le type de contrat (4).

1 *Procédure civile*, par J. Vincent et S. Guinchard, Précis Dalloz, 27^{ème} éd., n°1629 .

2 CJCE 102/81, Rec., 1982, p.1096.

3 *L'arbitrage et le droit européen, in actes du colloque international de CEPANI* du 25 avril 1997, éd. Bruylant Bruxelles, 1997, p.53.

4 *L'intuitus personae dans les contrats entre professionnels*, M-A André ; Mélanges M. Cabrillac, Litec-Dalloz 1999, p. 23 et s. – *L'intuitus personae dans les contrats* D. Krajewski, La Mouette 2001. - *Intuitu personae et liberté de la concurrence dans les contrats de distribution*, M. Malaurie-Vignal ; JCP éd. E 1998, Comm. p.260.- Le Tourneau, Ph. *Contrat « intuitus personae »*, J-Cl. Contrats Distribution, Fasc. 200, n°34.

Le contrat de franchise est généralement considéré comme porteur d'un fort *intuitus personae*, en raison notamment de la transmission du savoir faire ⁽¹⁾, le franchiseur s'assure que le candidat est apte à mettre en œuvre le savoir-faire. A l'opposé le candidat franchisé opte pour tel franchiseur car son produit est synonyme de succès commercial, et qu'il lui transmet des méthodes spécifiques. C'est ainsi qu'en raison de l'*intuitus personae* le contrat de franchise contient le plus souvent une clause d'agrément, le franchiseur doit ainsi donner son consentement à toute transmission du contrat.

Le contrat de concession semble lui aussi marqué d'une fort *intuitus personae*, mais dans une moindre mesure que le contrat de franchise pour certains ⁽²⁾. Pourtant, le concédant s'est essentiellement attaché aux compétences professionnelles de son partenaire, et surtout à sa surface financière. A l'inverse, le concessionnaire s'est engagé uniquement en raison de la notoriété du produit et la qualité du réseau. Bref, même sans aucune référence à une quelconque exclusivité territoriale, le contrat de concession comme le contrat de franchise est un contrat conclut *intuitu personae*.

En revanche, le contrat de distribution sélective semble moins marqué par cet *intuitus personae* dès lors que les autorités de la concurrence ont posé des conditions drastiques de validité des critères de sélection. Elles ont de surcroît limiter considérablement la référence à un territoire d'exclusivité perçu comme anticoncurrentiel. L'exclusivité territoriale pourrait donc devenir à terme l'indice de la présence d'un certain *intuitus personae* dans le contrat, ainsi « *l'exclusivité territoriale accordée au revendeur imprime une forte dose d'intuitus personae car dans le territoire en cause, l'essentiel de la force de vente du fournisseur passe par celui qu'il a choisi* » ⁽³⁾.

PARAGRAPHE 2 : le traitement de l'*intuitus personae* dans le règlement n°1400/2002.

Contrairement à l'opinion doctrinale selon laquelle la notion d'*intuitus personae* serait absente des contrats de distribution automobile du fait du règlement n°1400/2002 (A), il est possible de lui redonner une certaine vigueur par la voie contractuelle (B).

A. une disparition apparente de la notion d'*intuitus personae*

Nous avons démontré tout au long de cette étude que la Commission, au nom de la liberté de la concurrence et de l'égalité des chances, peut obliger un fournisseur à contracter avec quelqu'un qu'il ne désire pas, ou tout moins son refus doit être objectif et transparent.

Effectivement, la première « *révolution* » induite par le règlement est la disparition du lien vente/service après-vente, or le fait de priver le constructeur d'un tel critère l'empêche au final de contracter avec qui il l'entend. Il ne contracte plus à raison de l'existence d'une qualité professionnelle précise, mais car le candidat présente des caractéristiques objectives lui permettant de devenir distributeur.

La disposition du règlement qui semble être le signe le plus perceptible de la disparition de l'*intuitus personae* dans le contrat de distribution est celle qui autorise la libre cession du contrat entre les membres du réseau. Il est vrai qu'il s'agit d'une disposition qui oblige le constructeur à ne s'attacher qu'à des critères objectifs de sélection, si le concessionnaire répond à priori aux critères objectifs qu'il a édictés, il ne peut s'opposer à la cession en raison de la personnalité du nouveau membre du réseau.

Enfin, les différentes protections que le règlement n°1400/2002 met en place en ce qui concerne la rupture du lien contractuel ne sont forcément synonymes de disparition de l'*intuitus personae* dans le contrat. Le fait que le constructeur doit assumer certaines obligations, lorsqu'il souhaite mettre fin au contrat, ne signifie pas que sa liberté du choix du partenaire contractuel soit limitée. Il doit seulement satisfaire à l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi, obligation à laquelle la liberté de choix du partenaire contractuel doit céder la place.

1 CA Paris, 15 décembre 1992, JCP éd. G 1994, II, n°22205, note Ch. Jamin.

2 *Droit de la distribution*, D. Ferrier, Litec 2002, n°650.

3 J. Huet, *Contrats spéciaux*, LGDJ, 1996, n°11614.

B. la résurgence de la notion par la voie contractuelle

La voie contractuelle est le seul outil qui permettra aux parties de conserver un certain *intuitus personae* dans leurs contrats. D'abord dans la mesure où la clause d'agrément n'apparaît pas condamnée à priori par le règlement, il sera vivement conseillé aux parties de l'inclure systématiquement dans les contrats.

Mais de manière plus originale les parties devront rédiger un pacte de préférence au profit du fournisseur afin de réduire l'efficacité de la clause de libre cession entre les membres du réseau, prévue à l'article 3-3 du règlement. Il serait en effet judicieux de prévoir que le contrat ne pourrait être cédé à un autre membre du réseau sans qu'une proposition de rachat soit faite au maître du réseau en priorité. La rédaction de la clause devra être particulièrement soignée, et organiser très précisément la procédure à respecter afin de faire respecter la priorité du maître du réseau. Il sera aussi possible de prévoir une « *clause d'offre concurrente* »⁽¹⁾ obligeant le fournisseur à s'aligner sur l'offre concurrente.

Une telle clause sera possible sous réserve qu'elle ne soit pas considérée comme anticoncurrentielle par les autorités de la concurrence, une décision du Conseil de la concurrence du 30 mai 1995⁽²⁾ fournit quelques précisions. En l'espèce, la chambre syndicale française de l'affichage avait élaboré un contrat type de louage d'emplacements publicitaires dont l'une des clauses faisait obligation aux bailleurs, en cas de non renouvellement du bail, de réserver pendant un an la préférence au loueur précédemment en place.

Le seul inconvénient d'une telle technique contractuelle est son défaut d'efficacité en cas de non respect ; le débiteur du pacte de préférence ne doit au bénéficiaire qu'une obligation de faire ou de ne pas faire, c'est pour cela que son inexécution n'est sanctionnée que par l'allocation de dommages et intérêts⁽³⁾. De plus, en dehors de cette possibilité d'octroi de dommages et intérêts, la Cour de cassation a toujours refusé la substitution du bénéficiaire au tiers⁽⁴⁾.

Section 2 : L'avenir de la distribution en réseau après l'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002.

Il est légitime de remettre en question la distribution en réseau en France du produit automobile et des services qui y sont attachés, les conséquences que le règlement n°1400/2002 peut entraîner sur chaque contrat cadre de distribution met en péril l'organisation sur laquelle ils reposent : le réseau de distribution. Le réseau est le « *produit des contrats conclus entre le promoteur du réseau et les adhérents au réseau, poursuivant le même objectif et créant par là un effet de synergie* »⁽⁵⁾. C'est précisément cet effet de synergie que les candidats au réseau et les maîtres de réseau recherchent avant de contracter.

L'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002 est susceptible de réduire considérablement l'intérêt de cette « *économie contractuelle* »⁽⁶⁾ que sont les réseaux de distribution, deux caractéristiques des réseaux sont à placer sous surveillance, il s'agit de l'obligation de coopération (Paragraphe 1) et l'efficacité de la protection du réseau (Paragraphe 2).

PARAGRAPHE 1 : le sort de l'obligation de collaboration entre les membres du réseau

Le contrat qui lie le maître de réseau et son distributeur est révélateur de nombreuses obligations pour les deux partenaires, une des plus importantes est l'obligation d'assistance du fournisseur (1). Malgré

1 *Technique contractuelle*, J. M et P. Mousseron, M.L Izorche et J. Raynard, 2^{ème} éd. 1999, n°137.

2 Cons., conc., déc. n°95-D-39, 30 mai 1995 ; D. 1996, Somm. P. 179, obs. C. Gavalda et C. Lucas de Leyssac

3 « *Le pacte de préférence ne confère aucun moyen de contrainte hormis le droit pour elle de répondre en priorité à l'offre de contracter formulée par le promettant aux conditions fixées par lui* » Cass., 1^{ère} civ. 6 juin 2001, n°98-20. 673 ; Bull., civ, I, n°166 ; JCP éd. G 2002, I, n°134, obs. F. Labarthe ; RTD civ. 2002, p. 88, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD civ. 2002, p. 115, obs. P.Y Gauthier.

4 Voir par exemple : Cass. 3^{ème} civ., 30 avril 1997, n°95-17. 598 ; JCP éd. G 1997,II, n°22963, obs. B. Thullier ; D. 1997, Jur., p. 475, obs. D. Mazeaud

5 *La considération juridique du réseau*, D. Ferrier ; Mélanges Christian Mouly, Litec 1998, p. 95 et s.

6 Les contrats de concession, P. Le Tourneau, Litec, 2003, n°9.

l'antagonisme des intérêts, chaque partie est tenue d'un devoir minimal de coopération ⁽¹⁾ nécessaire à la promotion de ses intérêts et de ceux du réseau ⁽²⁾. La recherche du succès du réseau suppose l'existence d'un *animus cooperandi* ⁽²⁾ qui a pour conséquence directe que l'intérêt de chacun des membres du réseau est transcendé par celui de l'intérêt de la relation contractuelle, du réseau ⁽³⁾.

1. une obligation d'assistance affaiblie

Les contrats de distribution d'automobiles et de services de réparation et d'entretien sont très certainement des contrats de collaboration, l'objectif commun entre tous les membres et le maître du réseau est le développement de la clientèle, mais l'existence de cet objectif n'est pas sans conséquences sur les obligations des parties. La promotion des intérêts individuels et de celui du réseau a pour conséquence première que le maître du réseau est tenu d'une obligation d'assistance envers les membres du réseau.

Quelle pourra être la teneur de cette obligation au regard des dispositions du règlement n°1400/2002 ? Nous n'en retrouvons pas trace dans le texte du règlement, il s'agit d'une question de droit national dont le règlement se désintéresse, mais il n'est pas certain que le règlement soit sans influence sur sa pérennité. Elle perdurera envers les membres « *traditionnels* » du réseau, c'est-à-dire les distributeurs/réparateurs et les réparateurs agréés, mais elle ne sera pas exécutée de la même façon envers les nouveaux acteurs du secteur. Deux raisons sont à l'origine de l'affaiblissement de l'obligation d'assistance des distributeurs, l'une tient à l'existence même d'un réseau, et l'autre à la volonté des promoteurs de réseau.

En effet, est-il possible de continuer à parler de « *réseau de distribution* » avec l'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002 ? Si l'on s'en réfère aux caractéristiques du réseau que nous avons précisé précédemment ⁽⁴⁾, à savoir une multitude d'engagements similaires, la notion traditionnelle de réseau est remise en cause. Les contrats de distributions seront probablement très différents selon la qualité du partenaire contractuel (distributeurs issus du réseau « *traditionnel* », distributeurs non réparateurs, réparateurs agréés ou encore les nouveaux entrants dans le secteur), le type de distribution choisi par le constructeur. L'effet de synergie induit par l'addition des contrats les uns aux autres ne se retrouvera pas tel quel avec l'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002, mais il faut espérer que cet effet de réseau pourra se produire au sein des différents sous- réseaux créés.

L'obligation d'assistance du promoteur du réseau ne sera pas aussi forte qu'avant l'entrée en vigueur du règlement en ce qui concerne les formes de distributions encouragées par la Commission, il est vrai qu'en imposant certains types de distributeurs aux constructeurs cela réduit d'autant les perspectives de partenariat envers un partenaire qu'ils ne désiraient pas. Le constructeur face à partenaire « *imposé* » sera enclin à lui fournir uniquement les informations minimums nécessaires à toute commercialisation.

2. obligation de collaboration et disparition des normes communes dans le réseau

Cette obligation de collaboration entre le promoteur du réseau et ses membres, voire entre membres du réseau, justifie la présence de nombreuses normes communes que le consommateur s'attend à retrouver lorsqu'il s'adresse à un membre du réseau, or ces normes subit quelques modifications du fait du règlement n°1400/2002.

En ce qui concerne la protection de l'image de marque, le constructeur ne pourra plus être aussi exigeant que par le passé, mais il restera en droit d'en contrôler le respect. Il ne pourra plus utiliser la

1 *L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat*, Y. Picod ; JCP éd. G 1988, I, 3318.

2 Sur cette question de l'intérêt du réseau: *La considération juridique du réseau*, D. Ferrier ; Mélanges Christian Mouly, Litec 1998, p. 105 et s. ; *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes. Etude particulière aux contrats de distribution*, Litec 2000 ; Les réseaux de distribution, préface Y. Guyon, L. Amiel-Cosme, LGDJ 1995

3 Un auteur est même aller jusqu'à déduire de cet intérêt supérieur du réseau des possibles condamnation en cas d'abus, c'est ainsi que la jurisprudence a pu reconnaître l'abus dans la fixation du prix ou dans la fin de la relation contractuelle au nom de la méconnaissance de l'intérêt supérieur du réseau ; *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes. Etude particulière aux contrats de distribution*, S. Lebreton Litec 2000.

4 Voir introduction du présent chapitre.

défense de son image de marque pour interdire certaines formes de distribution à priori. Le fait que le constructeur imposait des normes très strictes à ses distributeurs créait au final une image du réseau, celle-ci risque de se diviser et être différente selon le type de distribution. Elle continuera à être un signe de ralliement fort dans le réseau traditionnel, et tendra au contraire à disparaître ailleurs au profit d'une vision seulement objective du produit.

Certaines normes sont directement remises en cause par le règlement n°1400/2002, elles tiennent à l'aménagement des locaux et au personnel. Le constructeur devra être moins exigeant quant à l'aménagement intérieur des locaux, il peut seulement exiger un aménagement séparé pour les produits de sa marque (article 1^{er} – 1, b) du règlement n°1400/2002), et un emplacement valorisant. Il ne pourra pas imposer aux supermarchés une clause d'environnement commercial trop stricte, tout au plus pourra-t-il requérir que ses produits soient éloignés des produits de consommation courante.

Enfin, le consommateur est en droit d'attendre du réseau auquel il s'adresse une garantie uniforme, l'acheteur a en quelques sortes « une garantie contre tout le réseau du fabricant » (1). Or comme nous l'avons expliqué précédemment la notion de garantie subit une profonde modification du fait de la dissociation du lien vente/ service après-vente, le consommateur ne peut donc requérir du réseau une telle garantie assumée par tous les membres, au contraire il doit d'abord se renseigner quant au type de distributeur avec qui il contracte.

PARAGRAPHE 2 : le règlement n°1400/2002 et la protection des réseaux

Le réseau représente pour ses membres une protection contre les reventes parallèles, un maillage dense d'un territoire contrôlé par le promoteur du réseau permet de croire en l'efficacité d'une police du réseau. Or cette police du réseau est de plus en plus aléatoire du fait des interventions jurisprudentielles favorables à la libre revente hors réseau, et de l'entrée en vigueur du règlement n°1400/2002.

La jurisprudence estime en effet qu'il n'y a pas lieu de sanctionner le revendeur étranger au réseau qui commercialise, en l'absence d'actes de déloyauté de nature à engager sa responsabilité délictuelle, les produits distribués par le réseau (2). L'intrusion dans le réseau sera considérée comme une faute uniquement si celle-ci s'accompagne de certaines circonstances, telles que la pratique de la marque d'appel ou encore l'atteinte au prestige de la marque, ou encore le fait de mettre en vente des produits dont le conditionnement porte la mention de la vente par des distributeurs sélectionnés ou exclusifs (3).

En droit interne, une disposition spécifique est prévue pour lutter contre les reventes parallèles illicites, il s'agit de l'article L. 442-6, I, 6° du Code de commerce qui prévoit « qu'engage la responsabilité de son auteur le fait de participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté ». Cependant, cette protection de la loi s'avère bien faible du fait que la compatibilité de cette disposition avec le droit communautaire n'est pas acquise. En effet, la Cour de justice dans l'affaire *Nissan France c/ Garages sport Auto* (4) a décidé que l'activité d'importation et de revente de véhicules par un opérateur économique quelconque était permise par le règlement, ensuite le nouveau règlement lui-même favorise les reventes hors réseau (article 4-1, b), ii).

Un auteur a proposé des solutions originales pour remédier à de tels comportements opportunistes (5), deux sont particulièrement intéressantes ; il s'agirait d'abord de mentionner sur le

1 Les contrats de concession, P. Le Tourneau, Litec, 2003, n°84 et s.

2 Cass. Com 13 décembre 1988 ; D. 1989 Somm. P. 269, obs. Y. Serra – Cass. Com 10 janvier 1989 ; D. 1989, Jur. p. 357, obs. Ph. Malaurie – Cass. com. 13 janvier 1998, *L'océane automobile* ; RJDA 1998, n°661 – Cass. Com 10 février 1998, *Girvy c/ Sodirac* ; JCP éd. E , p. 1044, obs. J.C Fourgoux – Cass. Com 6 mai 2003, *Sté Nina des îles* ; Propr. Ind. 2003, n°72, obs. J. Schmidt-Szalewski.

3 Cass. com 23 février 1993, *Chanel* ; D. 1994, Jur. p. 318, obs. E. Fort- Cardon – Cass. com 9 avril 1996, *Sté Angdis c/ Dior* ; D. aff. 1996, p. 681.

4 CJCE 15 février 1996, aff. C-309-94, *Nissan France c/ Garages Sport Autos et autres*.

5 *L'exclusivité contractuelle et les comportements opportunistes. Etude particulière aux contrats de distribution*, S. Lebreton Litec 2000, n°357 et s.

produit « *vente exclusive par un distributeur agréé* », ou ensuite d'instaurer une présomption de connaissance fondée sur la notoriété du réseau et qui pèserait sur tous les professionnels d'une même branche d'activité. En tout état de cause, si les distributeurs ne voient pas se développer des solutions de protection ils ne verront que peu d'intérêt à se porter candidat à la distribution en réseau.

MASTER RECHERCHE DROIT DU MARCHE (concurrence– distribution–consommation) (2005-2006)

Directeur : Pr. D. Mainguy

Le droit de la **concurrence**, le droit de la **consommation**, le droit des **contrats**...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^{ème} ét. à compter de MAI 2006 – 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 marche à ameliorer ses programmes d'enseignement et de recherche en versant votre TAXE D'APPRENTISSAGE