

01/2010

Associés

DANIEL MAINGUY

Avocat au Barreau de Paris
DJCE, agrégé des facultés de droit
Professeur à la faculté de droit de Montpellier
dmainguy@wanadoo.fr

BRUNO SIAU

Avocat au Barreau de Béziers
Maître de conférences à la faculté de droit de
Montpellier
bruno-siau@wanadoo.fr

MALO DEPINCÉ

Avocat au Barreau de Montpellier
Maître de conférences à la faculté de droit de
Montpellier
malo.depince@yahoo.fr

CORINNE PICON-CABROL

Avocat au Barreau de Béziers
Institut d'Etude Judiciaire de Montpellier
corinne-picon@wanadoo.fr

En collaboration :

DELPHINE SERRIER

Avocat au Barreau de Béziers
Delphineserrier-avocat@orange.fr

ANNE SEILLIER

Avocat au Barreau de Béziers
Anne.seillier-avocat@orange.fr

Consultants :

JEAN-LOUIS RESPAUD

Maître de conférences à la faculté de droit
d'Avignon
jlrespaud@yahoo.fr

EMMANUEL TERRIER

Maître de conférences à la faculté de droit de
Perpignan
EmmanuelTerrier@aol.com

Visitez l'actualité de droit économique sur
www.lexcellis-avocats.fr

EDITO

Au-delà d'une présentation de l'actualité de droit économique, que vous pouvez retrouver sur www.lexcellis-avocats.fr, nous ajoutons aux rubriques relatant les décisions importantes du moment, deux DOSSIERS SPECIAUX consacrés l'un à l'actualité de la rupture des relations commerciales établies et un autre consacré aux retraites et aux majorations d'assurance.

SOCIETES

La détermination de la valeur de droits sociaux par un expert

– Dans l'hypothèse d'une cession de droits sociaux (et quelle qu'en soit la cause), le prix est en principe fixé par les parties, d'un commun accord évidemment. Dans l'hypothèse où un accord ne pourrait être trouvé, l'article 1843-4 du Code civil, applicable à l'ensemble du contentieux concernant la valeur de droits sociaux, dispose que « dans tous les cas où sont prévus la cession des droits sociaux d'un associé, ou le rachat de ceux-ci par la société, la valeur de ces droits est déterminée, en cas de contestation, par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible ». Il reste que le Code civil ne saurait imposer les critères d'évaluation à l'expert, à défaut de pouvoir envisager l'ensemble des critères pertinents pour cet exercice périlleux mais ô combien essentiel. La pratique de certains réseaux de distribution tend à imposer à l'expert certains critères d'évaluation, dans le but affiché de maintenir la cohérence du réseau, en réalité parfois aussi dans le but inavoué de restreindre le jeu de la concurrence en empêchant la cession de titres à un opérateur hors réseau. Il s'agit alors d'empêcher que la société exploitant un magasin sous une certaine enseigne soit cédée au détenteur d'une autre enseigne. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation en date du 5 mai 2009, les statuts de la société dont des titres sociaux devaient être cédés prévoyaient, ou imposaient, une méthode de calcul de leur valeur. Il est inutile de préciser que cette méthode était plus favorable au réseau qu'à ses membres qui souhaitaient le quitter. Comme tout contrat, les statuts d'une société lient en principe les parties entre elles, pourtant dans cet arrêt la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel qui avait reconnu la force obligatoire de cette stipulation contractuelle. La question fondamentale était ici de savoir si l'expert était ou non lié par les parties, s'il était oui ou non parfaitement libre de fixer le prix. En l'occurrence la Cour de cassation a affirmé dans cet arrêt que « *seul l'expert détermine les critères qu'il juge les plus appropriés pour fixer la valeur des droits, parmi lesquels peuvent figurer ceux prévus par les statuts [...] en précisant la méthode à suivre par l'expert, la cour d'appel a violé le texte susvisé.* » On tirera de cet arrêt deux conséquences, deux règles essentielles quant à la mission d'un expert chargé d'évaluer des parts sociales : la première est que l'expert n'est absolument pas lié par les stipulations statutaires (qui sont donc en quelque sorte *de facto*, et pour reprendre une expression du Code de la consommation,

« réputées non-écrites »). Il peut certes en reprendre le principe mais il n'y est absolument pas tenu. Cette méthode de cloisonnement d'un réseau est par conséquent invalidée par le juge, comme elle l'avait déjà été auparavant dans un arrêt de la chambre commerciale du 19 décembre 2006 déjà. En second lieu, l'expert est d'autant plus libre qu'il ne semble pas lié non-plus par de possibles instructions du juge qui le désigne.

M.D.

DROIT SOCIAL

Circulaire interministérielle, n°DSS/5B/50/2009/374 du 14 décembre 2009.

– Toutes les entreprises de plus de 50 salariés ont l'obligation de négocier un accord collectif relatif à l'emploi des seniors, ou du moins de se doter d'un plan d'action en la matière ; cet accord ou ce plan doivent avoir été déposés à la Direction départementale du travail, au plus tard le 31 décembre 2009. À défaut une pénalité de 1 % de la masse salariale brute devra être déclarée et versée par l'entreprise à l'URSSAF, à l'occasion de la déclaration des cotisations et contributions mensuelles ou trimestrielles (bordereau et tableau récapitulatifs de cotisations, ou DUCS).

Toutefois pour les entreprises dont l'effectif est inférieur à 300 salariés (calcul équivalent-temps-plein), l'Administration accorde un délai supplémentaire de trois mois en 2010, afin d'élaborer un tel plan d'action ou accord collectif, et éviter ainsi le paiement de la pénalité. C'est l'intérêt de cette circulaire du 14 décembre 2009, élaborée conjointement par les ministères du Travail et du Budget : l'obligation susvisée est donc reportée, pour les PME, au 31 mars 2010.

Ce délai de trois mois apparaît d'ailleurs comme moratoire de principe, puisqu'il est applicable en outre de façon définitive aux hypothèses suivantes : franchissement des seuils de 50 ou 300 salariés en cours d'année, ou naissance de l'obligation de négocier dans l'entreprise en raison de la disparition de l'accord de branche jusque-là en vigueur. La circulaire précise enfin diverses modalités de paiement (décalage de paie) et de contrôle.

Limitation de l'obligation de reclassement dans le groupe.

Cass. Soc. 13 janvier 2010 (pourvoi n° 08-15776), FS+P+B, *Société San Carlo... c/ Ancelin et al.* – Lors d'un licenciement pour motif économique, l'employeur doit notamment rechercher des possibilités de reclassement dit *interne*, non seulement dans l'entreprise et ses établissements, mais en outre dans toutes les entreprises du groupe dans lequel elle est éventuellement incluse, dès lors que des postes y sont

disponibles et la permutabilité des salariés possible. L'employeur doit donc solliciter, non seulement de la société mère mais encore de toutes les entreprises du groupe répondant à cette description, les possibilités de reclassement sans pouvoir se contenter ni de simplement les interroger à cette fin, ni d'ailleurs d'en recevoir une réponse laconique...

En effet il risque sur ce point de voir disqualifier la procédure de licenciement, en raison de l'insuffisance de ses efforts de recherche de reclassement (obligation de moyens) : la conséquence en est, si les résiliations individuelles sont définitives, la condamnation à dommages-intérêts pour licenciement dénué de cause réelle et sérieuse. La difficulté ici est donc pour l'entreprise-employeur, d'obtenir des informations complètes et précises des possibilités de reclassement offertes par les entreprises du groupe.

Les relations intergroupes ne sont pas toujours « *confraternelles* », et en tout état de cause il peut être délicat de solliciter ce type d'information auprès d'entreprises étrangères, pas toujours ouvertes aux subtilités du Droit social français ! L'entreprise-employeur peut donc être tentée d'engager un contentieux à l'encontre des sociétés-soeurs, afin d'obtenir ces informations et être à même de justifier avoir exécuté ses obligations.

Il faut pourtant oublier cette voie, au regard de l'arrêt du 13 janvier 2010 : les salariés et le liquidateur judiciaire d'une société ayant engagé une procédure de licenciement économique, avaient diligemment un contentieux à l'encontre d'une des sociétés du groupe, sur le fondement susvisé, et prétendaient qu'elle était directement tenue d'identifier à leur profit les possibilités de reclassement. Rejet de cette thèse par la Chambre sociale : «... *l'obligation de reclasser les salariés dont le licenciement est envisagé et d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi répondant aux moyens du groupe n'incombe qu'à l'employeur ... [et] ... il en résulte qu'une société relevant du même groupe que l'employeur n'est pas, en cette qualité, débitrice envers les salariés qui sont au service de ce dernier, d'une obligation de reclassement et qu'elle ne répond pas, à leur égard, des conséquences d'une insuffisance des mesures de reclassement prévues dans un plan de sauvegarde de l'emploi* ».

Bruno SIAU

Les obligations de l'employeur suite à la visite médicale de reprise. Cass. Soc. 6 janvier 2010 (n° 08-44.177, FS+P+B+I), M. X c/ société Diétal

"... *seules les recherches de reclassement compatibles avec les conclusions du médecin du travail émises au cours de la [secondé] visite de reprise peuvent être prises en considération*

pour apprécier le respect par l'employeur de son obligation de reclassement ...

... la cour d'appel qui a relevé qu'il n'était pas justifié par l'employeur, tant au niveau de l'entreprise que du groupe auquel appartenait celle-ci, de démarches précises pour parvenir au reclassement de la salariée ... a, sans inverser la charge de la preuve, légalement justifié sa décision ...".

Les conséquences de l'avis d'inaptitude physique du salarié par le médecin du travail sont redoutables à l'encontre de l'employeur, lequel ne peut ni réintégrer l'intéressé sur son poste de travail, ni le licencier, sans se libérer d'une obligation de reclassement dont le régime est de moins en moins praticable. Fondée désormais sur son obligation de sécurité de résultat (Cass. Soc. 16 juin 2009, JCP. éd. S 2009, 1438, note P-Y. Verkindt), cette obligation de rechercher toutes les possibilités de reclassement du salarié dans l'ensemble du périmètre social de l'entreprise, reste certes une obligation de moyens pour l'employeur, mais sa contrainte s'accroît : au point que l'on peut légitimement s'interroger sur la logique ici suivie par la jurisprudence.

En effet même si cette obligation prend sa source aux articles L. 1226-2 et L. 1226-10 (risques professionnels) du Code du travail, les mécanismes et raisonnements juridiques en la matière sont essentiellement d'origine prétorienne. Il est d'ailleurs notable sur cette question, que le projet de réforme de l'Administration concernant la médecine du travail, n'envisage en rien de simplifier ou éclaircir le rôle imparti aux divers acteurs du reclassement, et notamment celui de l'employeur (Communiqué du Ministère du travail du 4 décembre 2009, cf. JCP. éd. S 2009, act. 626).

Régulièrement la Chambre sociale de la Cour de Cassation fait oeuvre pédagogique, en publiant de façon répétée des solutions identiques, et qui ont l'avantage de rappeler les grands axes du raisonnement : seule la visite médicale de reprise interrompt la suspension du contrat de travail, et déclenche impérativement l'obligation de reclassement pouvant conduire au licenciement du salarié, dès lors que l'employeur démontre n'avoir pu lui proposer de reclassement conforme d'une part aux recommandations médicales, d'autre part aux possibilités exhaustives de l'entreprise (Cass. Soc. 16 septembre 2009, Cass. Soc. 30 juin 2009 et Cass. Soc. 24 juin 2009, JCP. éd. S 2009, 1524, note P-Y. Verkindt). Toutefois ces *attendus principaux* masquent souvent des situations pratiques diverses, qui établissent la difficile logique voire les paradoxes de ces décisions, lorsqu'on examine la situation d'espèce soumise au Juge (cf. P-Y. Verkindt, voir supra).

L'arrêt du 6 janvier 2010 ici étudié est ainsi l'illustration d'une décision qui n'a d'autre intérêt que d'autoriser une

large indemnisation financière du salarié licencié, sans véritablement exprimer une jurisprudence permettant à l'avenir de corriger les abus commis par l'employeur, et donc ... d'éviter le licenciement abusif d'autres salariés ! Les solutions ayant fondé cet arrêt de la Chambre sociale sont pourtant classiques : seules les recherches de reclassement effectuées par l'employeur à compter de la visite de reprise constituent l'obligation mise à sa charge, et qu'en cas de contentieux ledit employeur doit objectivement démontrer.

Dans le cas d'espèce, le Juge du fond avait souverainement apprécié que les recherches de reclassement avaient été menées par la société Dietal lors des visites de pré-reprise, sans qu'elle ne démontre hormis ses propres affirmations, avoir réitéré ces recherches suite à la visite de reprise proprement dite ; cette solution est bien sûr conforme à une jurisprudence ancienne et constante (Cass. Soc. 12 novembre 1997, Droit soc. 1998, 24, conclusions Y. Chauvy). Il faut toutefois reprendre le cas d'espèce pour appréhender la difficulté à se satisfaire d'un tel régime, pour le moins imprécis.

Ainsi de nombreuses visites médicales auprès de la médecine du travail avaient été organisées avant même la fin de l'arrêt de travail ; il ressort même du dossier de fond, que l'employeur avait alors recherché des adaptations possibles du poste ou du contrat de travail, et ce en relation étroite avec le médecin du travail qui avait d'ailleurs réalisé une visite des ateliers de l'entreprise : à la suite de celle-ci d'ailleurs, ce médecin avait précisément écrit qu'il ne voyait aucun poste pouvant médicalement accueillir la salariée. Deux visites médicales de reprise avaient alors été régulièrement organisées, et il est intéressant de souligner le fait que le médecin du travail n'avait pas confondu le régime de la visite unique exigeant l'existence d'un danger immédiat, avec la situation dans laquelle l'appréciation de l'aptitude physique du salarié a été préparée à l'occasion d'une visite de pré-reprise (article R. 4624-31 du Code du travail).

Il faut en effet insister ici sur le fait que conformément aux dispositions de l'article R. 4624-23 du Code du travail, cette visite de pré-reprise organisée soit à l'initiative du salarié, soit à celle du médecin traitant ou du médecin-conseil de la Sécurité Sociale, est expressément destinée à « *faciliter la recherche des mesures nécessaires, lorsqu'une modification de l'aptitude au travail est prévisible* ». Or à ce moment, si l'employeur n'a pas l'obligation de participer à cette recherche (Cass. Soc. 18 juin 2002, RJS 10/02, n° 1108), il n'a bien sûr pas l'interdiction de collaborer activement aux réflexions du médecin du travail !

La société Dietal posait ainsi tacitement la question de l'utilité par exemple de la première visite de reprise, conduisant le médecin du travail à revoir le salarié 15 jours après... Si ce délai n'est pas destiné à préparer les recherches de reclassement à proprement parler, qui doivent débiter effectivement à l'issue de la seconde visite, rien d'autre n'explique cette articulation : et partant, il est intéressant de stigmatiser le caractère artificiel de nouvelles recherches de reclassement, dès lors que le second avis médical établi par le médecin du travail se borne à confirmer le premier avis d'inaptitude ! Or justement dans le cas d'espèce, la société Dietal de par les échanges avec le médecin du travail, justifiait de recherches nombreuses de reclassement de la salariée considérée, au sein de ses établissements en France et en Europe, et conformes aux recommandations médicales du médecin du travail. Mais le Juge du fond lui reprochait de ne pas démontrer objectivement et de façon matériellement vérifiable, avoir effectué des recherches de reclassement ***après la seconde visite de reprise*** : en aucune manière il ne lui reprochait de n'avoir pas réalisé de recherches supplémentaires.

Mais la formulation de la Cour d'Appel est surprenante sur ce point, puisqu'elle reproche à la société Dietal de se contenter d'affirmer sans les démontrer, les recherches de reclassement effectivement réalisées, parce qu'elle ne peut justement pas en justifier hormis dans la période entre la visite de pré-reprise et la seconde visite de reprise... Inutile dès lors pour l'employeur d'invoquer sa bonne foi, la Cour de Cassation rejetant ce moyen sur le fondement de l'appréciation souveraine du Juge du fond ; l'obligation de reclassement ainsi considérée devient essentiellement une obligation formelle, comme devant être strictement ***matérialisée après la visite médicale de reprise*** : il serait intéressant que l'on fixe l'entreprise-employeur sur le rôle qu'elle est sensée jouer en la matière, au moins ***entre les deux visites de reprise*** sollicitées en principe du médecin du travail.

Bruno SIAU

DISTRIBUTION

Vive les ventes avec primes et les ventes liées ? Un grand classique en matière de promotion des ventes, les ventes avec primes (C. consom., art. L. 121-35) et les ventes liées (C. consom., art. L. 122-1), pénalement sanctionnées dans les relations avec des consommateurs avec son lot d'exceptions et de règles de mise en œuvre (système du treize à la douzaine, des primes « autopayantes », etc.) disparaît-il de l'analyse juridique et ouvre-t-il les portes à des pratiques aujourd'hui bien

contenues ? C'est la question qui se pose après un arrêt de CJCE du 23 avril 2009 (C 261, 299/07, *VTB-VAB NV*) qui s'était prononcé sur la compatibilité d'une loi belge concernant les « offres conjointes » avec les dispositions de la directive n°2005/29 du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales. Celles-ci visent deux catégories de pratiques, les « pratiques commerciales trompeuses » et les « pratiques commerciales agressives ». la loi LME du 4 août 2008 a transposé cette directive en droit interne, dans le Code de la consommation. Or, les Etats-membres ne peuvent pas adopter des réglementations plus répressives que celles prévues par la directive.

Au passage, il s'agit là d'une expression du visage du droit communautaire de la consommation, système d'harmonisation des droits nationaux visant d'une part à établir des règles *minimales* de protection des consommateurs et, d'autre part, à créer des règles de *concurrence* harmonisées entre les Etats de manière à ce que les comportements des entreprises sur le territoire de l'UE soient compatibles ; tant pis, alors pour les systèmes proposant des règles *maximales* de protection des consommateurs, comme c'est le cas, par exemple de la Belgique ou de la France, pionniers en matière de droit de consommation.

Or, la CJCE, précisément, appelée à se prononcer de manière préjudicielle, observe que les « offres conjointes » belges entrent bien dans le champ d'application de la directive, ce son bien des pratiques commerciales déloyales (ou supposées telles) et elles n'entrent pas dans la catégorie des 31 pratiques réputées déloyales par une liste figurant en annexe de la directive et considérées comme déloyales *per se*. Pour les autres, une prohibition n'est possible qu'à condition de l'analyse au cas par cas le caractère réellement déloyal de la pratique. Dès lors, la technique de prohibition des « offres conjointes » belge est contraire à la directive en ce sens que la prohibition *per se* dans la législation belge des offres conjointes ajoute à la directive de 2005 et doit donc être considérée comme contraire à cette dernière.

Exit donc la loi belge sur les « offres conjointes » et, par prétérition, la loi française sur les ventes avec prime et les ventes liées, du moins dans la sanction promise par les règles du droit de la consommation.

D.M.

Contrat, silence et acceptation – Le silence ne vaut pas acceptation. Ce principe du droit civil est bien compris par chacun. Pourtant, comme le rappelle un arrêt de la Cour de cassation du 4 juin 2009 (Civ. 1^{ère}, 4 juin 2009, pourvoi n° 08-14481), des circonstances

particulières dans des relations professionnelles peuvent porter atteinte au principe et y faire exception. Les faits de l'espèce étaient les suivants : le Ministère de la défense avait placé à ses frais dans un établissement spécialisé 8 personnes handicapées pour une période de dix années. La société exploitant l'établissement d'accueil a par la suite été placée en redressement judiciaire puis cédée à un repreneur. Ce dernier a contesté le prix convenu, les services de la Défense ont maintenu dans les lieux les personnes handicapées mais à un prix réduit alors que le prestataire continuait à les accueillir. Le repreneur a ensuite assigné l'État pour obtenir un complément de prix. Après que les juges de première instance ont accueilli cette demande (acceptant par la même, chose surprenante, une réduction de prix) et les juges d'appel se sont déclarés incompétents, la première chambre civile de la Cour de cassation a refusé toute modification du contrat. Non pas parce qu'elle se refusait à modifier le prix d'un contrat (il s'agissait d'un nouveau contrat, tacitement accepté et non d'un contrat prolongé), mais parce que le repreneur devait être considéré comme ayant accepté les conditions de celui-ci telles qu'elles étaient maintenues : « *si le silence ne vaut pas à lui seul acceptation, il n'en est pas de même lorsque les circonstances permettent de donner à ce silence la signification d'une acceptation ; que l'arrêt relève que lors de la reprise effective, le 1er mai 1996, la société M. a conservé les pensionnaires sans demander de subvention particulière à l'Etat, que, dans ses dernières conclusions, elle avait écrit que la convention avait été tacitement reconduite par les parties, que la situation relative aux pensionnaires présents n'avait pas fait l'objet d'une nouvelle négociation et n'avait été contestée que près d'un an plus tard et que le commissaire à l'exécution du plan précisait que la société M. était clairement avisée de la situation ; que la cour d'appel a pu déduire de ces circonstances que le nouveau contrat qui s'était formé entre la société M. et l'Etat reprenait tacitement les conditions antérieures du prix de journée faute de contestation à ce sujet par le cessionnaire lors de la reprise effective et que la société M. qui avait tacitement admis les conditions de prise en charge des pensionnaires présents relevant du ministère de la défense, avec prix de journée réduit, ne pouvait revenir sur cet engagement* ». Il est dès lors important de rappeler que lorsqu'un contrat doit être considéré comme reconduit, il existe dans les relations d'affaires, un délai maximal (on parlera volontiers d'un « délai raisonnable ») de contestation de celui-ci au-delà duquel la partie est présumée, même par son silence, avoir accepté les termes de celui-ci.

M.D.

Offre indéfinie ? – Une offre peut-elle être indéfinie ? Telle serait l'hypothèse d'une offre qui ne comporterait

pas de délai de validité, pas de terme extinctif. Intuitivement, une telle situation semble bien particulière et la Cour de cassation confirme que cette bizarrerie ne saurait prospérer (Cass. com. 20 mai 2009, n°08-13250). Etait en cause une offre de signer un acte authentique faite et renouvelée en 1996, acceptée en 2001 par son destinataire. La Cour de cassation censure l'arrêt d'appel qui avait admis la validité et pérennité d'une telle offre dans la mesure où la Cour d'appel « aurait dû rechercher si l'acceptation était intervenue dans le délai raisonnable nécessairement contenu dans toute offre de vente non assortie d'un délai précis ». Nous voilà rassuré, pour autant que l'on ne se situe pas dans le délai « raisonnable », à déterminer selon les circonstances.

D.M.

Rupture des relations commerciales établies : florilège. – Tout le monde connaît aujourd'hui, l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, passé de l'ombre à la lumière et sans doute le texte le plus utilisé lors de la rupture d'une relation contractuelle, comme déjà envisagé dans ces lignes et qui ne cesse de gagner en amplitude et en ambigüité.

Amplitude, d'abord, lorsqu'il s'agit d'appliquer ce texte, qui gouverne le problème de la *rupture, brutale, même partielle, de relation commerciale établie*, sans préavis tenant compte de l'ancienneté des relations, à la rupture d'une négociation.

Première question qui couvait depuis une décision favorable de la Cour d'appel de Montpellier en 1998 : la négociation peut-elle ainsi être considérée comme une relation commerciale établie ? Sans difficulté pour la Cour de cassation (Cass. com. 5 mai 2009, n°08-11916, Contrats, conc. consommation, 209, n°191, obs. N. Mathey) pour une négociation qui s'était déroulé sur 17 mois.

Deuxième question qui couvait également : toutes les juridictions sont-elles compétentes pour traiter cette question ? La question n'est pas impertinente dans la mesure où seules huit juridictions sont par exemple compétentes pour traiter des questions de droit antitrust (ententes ou abus de position dominante) et dans la mesure où, en droit de la propriété industrielle par exemple, seuls quelques TGI sont également compétents. Depuis un décret du 11 novembre 2009, applicable dès le 1^{er} janvier 2010, les huit juridictions citées seront désormais compétentes pour recevoir une question portant sur l'un des thèmes de l'article L. 442-6 du Code de commerce, dont l'article phare, l'article L. 442-6, I, 5°, les Tribunaux de grande instance, Tribunaux de commerce et Tribunaux mixtes de commerce de Marseille, Bordeaux, Lille, Fort-de-France,

Lyon, Nancy, Paris et Rennes (C. com., art. D.442-3 et 4 et Annexe 4-2-1 et 4-2-2) et, en appel, à la Cour d'appel de Paris.

Troisième question et qui n'est pas des moindres, la responsabilité qui résulte de l'application de ce texte est-elle d'ordre contractuel ou délictuel ? Contractuel, en principe, quoique le doute soit permis, doute dans lequel s'est engouffré la Cour de cassation depuis 2007 (Cass. com. 6 févr. 2007, n°04-13178). C'est le cas en absence de clause attributive de juridiction comme affirmé avec force la Cour de cassation dans un arrêt du 13 janvier 2009 (Cass. com. 13 janv. 2009, n°08-13971) : « *Attendu que, pour déclarer le tribunal de commerce de Versailles incompétent territorialement pour connaître de l'action en responsabilité engagée par la société Delor Vincent, l'arrêt retient que le litige qui porte sur le point de savoir si la rupture des relations contractuelles entre les parties est intervenue dans le respect des dispositions du contrat de concession, revêt une nature contractuelle, ce dont il déduit qu'en raison de la clause attributive de compétence figurant dans ce contrat, le tribunal de commerce de Paris est compétent ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la société Delor Vincent avait assigné la société Renault agriculture exclusivement sur le fondement de l'article L. 442-6-I-5° du code de commerce et que le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels, engage la responsabilité délictuelle de son auteur, la cour d'appel a violé le texte susvisé* » (V. aussi : Cass. com. 15 sept. 2009, n°07-10493, Cass. com. 7 juill. 2009, n°08-16633, Cass. Com. 21 oct. 2008, n°07-12336). En présence d'une clause, les choses semblent plus complexes. Ainsi, la Chambre commerciale avait-elle affirmé que mais la Première chambre civile, le 22 octobre 2008 (Cass. civ. 1^{ère}, 22 oct. 2008, n°07-15823) avait décidé que « *la clause attributive de juridiction contenue dans ce contrat visait tout litige né du contrat, et devait en conséquence, être mise en oeuvre, des dispositions impératives constitutives de lois de police fussent-elles applicables au fond du litige* » solution qui paraît assez sensée dans les contrats internationaux (Adde : Cass. com. 6 mars 2007, n°06-10946), mais également internes. Il y a évidemment là une incertitude très dommageable. On devine que pointe l'argument de la DGCCRF qui a évidemment intérêt à « franciser » ce type de litige pour pouvoir agir de concert avec le demandeur et tenter d'obtenir la sanction par amende « civile » de 2 millions d'euros (maximum), ce qui n'est pas le cas lorsqu'en présence d'une clause attributive de juridiction et d'une clause de loi applicable renvoyant à une juridiction et une loi

étrangères ; d'où la tentation, non encore tranchée, de savoir si l'article L. 442-6, I, 5° est une loi de police, ce qui impliquerait l'application automatique, quelle que soit la loi choisie, de ce texte, et donc l'amende corrélative.

Dernière question, quel est le préjudice subi du fait du non respect du préavis correspondant à celui imposé par l'article L. 4426-I, 5° du Code de commerce ? Il s'agit de la marge brute qui aurait été réalisée si le préavis avait été respecté, dont la preuve peut être apportée, par exemple par un audit réalisé par un cabinet d'expert-comptable même à la demande du demandeur (Cass. com. 28 avr. 2009, n°08-12788).

D.M.

BAUX COMMERCIAUX

Bail, convention d'occupation précaire – La convention d'occupation précaire est un bail ayant pour fonction de louer des locaux d'habitation ou à usage professionnel, mais un bail dérogatoire en ce sens qu'il n'est pas soumis à la règle des neuf années, durée pendant laquelle le bailleur est tenu de maintenir le preneur en les lieux. Il s'agit par conséquent d'une convention qui peut être considérée comme plus avantageuse pour le bailleur car moins contraignante dans le temps. Certains cherchent donc à soumettre leur bail à ce statut dérogatoire. Il reste que comme tout système dérogatoire, il a une nature et surtout des conditions de validité exceptionnelles comme vient de le rappeler la troisième chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 29 avril 2009. Dans l'affaire en cause, un propriétaire avait conclu avec un particulier un bail d'habitation pour une durée de 18 mois (moyennant une indemnité en complément du loyer pour compenser cette précarité). Cette durée était dérogatoire aux règles impératives de la loi de 1989, sans pour autant que le bailleur ait à aucun moment justifié de la raison de cette exception. Il est par conséquent rappelé que le régime des baux, commerciaux ou professionnels, est un régime protecteur auquel la volonté des parties ne suffit pas pour y déroger. Une convention d'occupation précaire ne peut en effet exister qu'en présence de « *circonstances particulières indépendantes de la volonté des parties* » (Cass. civ. 3^{ème}, 29 avril 2009).

Le même jour, la même formation donnait néanmoins un exemple de ces circonstances particulières pour la validité d'une convention d'occupation précaire : ainsi lorsque les locaux objets de la convention étaient mis à la disposition du preneur dans l'attente de la construction d'un nouveau garage par un tiers à celle-ci,

le preneur ne peut demander à voir la convention requalifiée en un bail de droit commun (Cass. civ. 3^{ème}, pourvoi n° 08613.308).

M.D.

Bail commercial, rejet de la responsabilité du cédant en cas d'échec de la cession – (Cass. civ. 3^{ème}, 10 juin 2009) Un bail commercial avait été cédé sous condition suspensive de l'accord du bailleur et de l'acceptation de ce dernier de régulariser un nouveau bail directement au profit du cessionnaire. En contrepartie, était prévu le versement d'une somme d'argent pour l'exécution de travaux de remise en l'état des locaux. La cession n'eut pas lieu, le bailleur la refusant pour défaut de paiement des 14000 euros promis. Le cessionnaire tenta d'engager la responsabilité du cédant.

Pour autant, la détermination du débiteur de cette somme n'était pas évidente dans les différents actes et échanges de courriers entre les parties à cette affaire. Après négociations, le cessionnaire avait notamment accepté de verser la moitié de la somme promise. La cour d'appel avait au surplus rappelé en droit que « *il était constant que par une cession de droit au bail, le cessionnaire devenait débiteur à l'égard du bailleur des obligations mises à la charge du preneur par le bail* » et avait déduit de ces différents éléments que le cessionnaire avait « *donc intérêt à régler la difficulté tenant à l'installation de la climatisation* ». La Cour de cassation rejeta le pourvoi formé par le cessionnaire, approuvant la décision d'appel considérant que « *le cédant n'était en rien responsable de la non réalisation de la condition suspensive liée uniquement aux exigences du bailleur* ». On tirera deux conclusions de cette solution : la nécessité de stipulations précises et déterminant les obligations de chacun avec la plus grande rigueur dans les contrats de cession quelle qu'en soit l'objet. En ce qui concerne les baux commerciaux et les cessions sous condition suspensive, on remarquera surtout que plutôt que de refuser de payer et rechercher ensuite la responsabilité du cédant du fait de l'échec de la cession, le cessionnaire aurait pu choisir une solution inverse et plus judicieuse : payer la somme au titre de la condition suspensive, voir la cession réalisée et ensuite se retourner contre son cédant pour obtenir remboursement partiel ou intégral.

M.D.

Bail commercial, conditions de résiliation pour défaut d'exploitation – Par deux autres décisions toujours du 10 juin 2009, la Cour de cassation impose que la résiliation judiciaire d'un bail commercial ne peut être prononcée pour défaut d'exploitation du fonds de

commerce dans les lieux loués à défaut de clause résolutoire expresse.

On rappellera les dispositions suffisamment précises du Code de commerce pour lesquelles la Cour de cassation se refuse à toute interprétation trop extensive. La condition d'existence et d'exploitation d'un fonds de commerce est effectivement posée mais en deux hypothèses uniquement : elle est premièrement une des hypothèses d'application du statut des baux commerciaux (C. com., art. L. 145-1). Plus important en la matière est deuxièmement l'article L. 145-8 du Code de commerce qui dispose que « *le droit au renouvellement du bail ne peut être invoqué que par le propriétaire du fonds qui est exploité dans les lieux* ». S'il ne saurait donc y avoir aucun renouvellement au terme du minimum de neuf années que dure un contrat de bail commercial sans que l'exploitation du fonds y afférant soit démontrée, rien n'est précisé en revanche quant à la possibilité de résilier celui-ci par anticipation en une telle hypothèse. Bien évidemment de nombreux contrats de bail contiennent une telle stipulation, auquel cas le juge peut admettre la résiliation judiciaire anticipée du bail.

Qu'en est-il en l'absence d'une telle clause ? Logiquement, la Cour de cassation refuse la résiliation anticipée. L'exploitation du fonds demeure évidemment une obligation légale du preneur (à tout le moins pour les trois dernières années avant le renouvellement, C. com., art. L. 145-8), pour autant sa sanction n'est pas nécessairement la résiliation anticipée du bail. Le défaut temporaire d'exploitation, fut-il long, et pour autant qu'aucune stipulation contractuelle ne la sanctionne expressément est donc admis : « *l'obligation d'exploiter est une condition d'application du statut des baux commerciaux dont l'inexécution ne peut entraîner la résiliation du bail en l'absence d'une clause imposant l'exploitation effective et continue du fonds dans les lieux loués* ». La décision des juges du fond qui avaient prononcé la résiliation anticipée du bail en l'absence de stipulation contractuelle en ce sens, a par conséquent été cassée.

M.D.

CONCURRENCE, CONSOMMATION, PUBLICITE ET PROMOTION DES VENTES, ENVIRONNEMENT

La cour de Paris réduit les amendes dans le cartel des sidérurgistes. – Dans l'affaire du cartel de la sidérurgie (Cons. conc. n° 08-D-32 du 16 déc. 2008), le Conseil de la concurrence avait prononcé des amendes considérées comme importantes mais exemplaires,

jusqu'à près de 300 millions d'euros pour l'un des participants, et 575 millions d'euros pour l'ensemble. La Cour d'appel de Paris, cependant, dans son arrêt du 19 janvier 2010 (Paris, pôle 5, ch.5-7, 19 janv. 2010, n°RG 2009/00334), a considérablement réduit ces amendes, à 72 millions d'euros, soit une ristourne de 500 millions d'euros tout de même, en apportant divers éclairages sur la procédure et la manière d'évaluer les sanctions, en tenant compte du caractère modéré de l'atteinte à l'économie ou de l'impact de la crise économique, dans une décision qui intéressera les fanatiques de la technique juridique et processuelle de très haut vol, mais pourrait surprendre les observateurs des pratiques de cartels.

1. Technique

Le premier argument des appelants était désormais classique, à savoir que, s'agissant des enquêtes et des saisies, les dispositions transitoires de l'ordonnance du 13 novembre 2008 ne satisferaient pas aux exigences de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne des droits de l'homme, argument rejeté (*Comp. Paris, 16 juin 2009, BOCC 3 août 2009, Contrats, conc. consom. 2009, n° 230, obs. G. Decocq ; Paris, 5 janv. 2010, RG n° 2009/02679*) puisque le recours devant le premier président de la cour d'appel ou le recours contre une décision de l'ADLC assure un contrôle des conditions d'une perquisition par la cour d'appel de Paris, ouvrant donc droit à un recours, nouveau.

Le second argument portait sur les sanctions, et notamment sur le point de savoir si les dispositions de l'article L. 464-2 C. com., tel qu'introduit par la loi NRE de 2001 pouvaient s'appliquer, notamment au regard du principe de légalité des délits et des peines (CEDH art. 7) et d'un rapport du Conseil de la concurrence (Rapport pour 2003). L'argument est écarté, le principe de prévisibilité juridique et le principe générale de cohérence (comp. G. Zambrano, A propos du droit processuel de la concurrence, Th. Montpellier I, à paraître) interdit de tirer des conséquences à leur profit par les appelants. En revanche, la Cour retient l'article 8 DDH et le principe de non rétroactivité qu'il fixe dans la mesure où elle considère qu'il concerne les sanctions pénales et celles ayant le caractère d'une punition comme c'est le cas des sanctions concurrentielles, de telle sorte que la loi nouvelle plus sévère ne peut s'appliquer à des situations nées antérieurement et la Cour ajoute que c'est bien la date de faits qu'il faut prendre en compte point celle de la saisine, au rebours de la pratique décisionnelle en la matière, à moins que les faits soient des pratiques continues, s'étant poursuivies après l'entrée en vigueur de la loi NRE, comme c'était d'ailleurs le cas en l'espèce.

Conclusion, c'est bien l'article L. 464-2 nouveau qu'il appliquer, le raisonnement est bien tortueux pour en arriver là.

S'agissant de la sanction proprement dite, la Cour rappelle que alors que le Code de commerce ne fixe qu'un plafond, les décisions en la matière établissent une gradation en fonction de la gravité des hypothèses, abus de position dominante, ententes verticales, ententes horizontales – dont les cartels – ces dernières étant les plus graves. La Cour observe en outre, de manière assez surprenante, que le Conseil aurait dû tenir compte de la situation de crise économique que rencontraient les entreprises en cause dans les sanctions prononcées.

Elle poursuit en observant que, s'agissant des éléments d'individualisation des sanctions, le Conseil a retenu les éléments aggravant, point ceux qui étaient favorables aux entreprises en cause. Ainsi, parmi les facteurs aggravant, la Cour note le rôle de moteur du cartel, la notoriété, l'organisation économique et juridique des entreprises, et relève, comme facteur favorable, la faible part de marché détenue par certains petits opérateurs, le statut purement privé du capital, l'attitude purement suiviste et la crise économique, entre autres, conduisant à modérer les sanctions. Curieusement aussi, et alors que l'objectif de la loi NRE était d'élargir l'assiette des sanctions possibles, la Cour reproche au Conseil d'avoir trop systématiquement retenu le chiffre d'affaires total du groupe, et non celui de l'entreprise poursuivie au sein de ce groupe ; le conseil aurait dû retenir une "approche raisonnable" du plafond de la sanction, de sorte que pour tenir compte de la "gravité modérée" des pratiques, la sanction ne doit pas excéder "une proportion médiane du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé pendant la période des pratiques anticoncurrentielles par l'entreprise poursuivie", donc, si on comprend bien, une sorte de moyenne du Chiffre d'affaires pendant la période du cartel, réalisé par *l'entreprise poursuivie* indépendamment donc du fait qu'elle appartienne ou non à un groupe, solution qui contient au moins deux revirements de jurisprudence en la matière.

Enfin, la Cour se prononce sur la pratique de la procédure de clémence, indiquant que l'article L. 462-IV dispose simplement que les entreprises qui en bénéficient peuvent obtenir une exonération totale ou partielle de l'amende ; elle relève que son emploi repose sur une négociation dont le contrôle ne relève pas du contrôle de plein contentieux de la Cour. Cela étant, le Conseil, aujourd'hui l'ADLC, doit évaluer la sanction pour toutes les entreprises, dans les conditions qu'elle a par ailleurs critiquées, puis établir un abattement. Enfin, la Cour admet la contestation de la réduction fondée sur

le principe de non contestation des griefs proposée par le rapporteur devant elle, notamment au titre de l'insuffisance d'indulgence du Conseil, étant entendu que le bénéfice de la non contestation ne doit pas être homogène mais dépendre de la valeur des engagements pris et ne pas dépendre de la clémence, celle-ci résultant d'un accord inopposable aux tiers, donc aux entreprises qui n'en sont pas parties.

2. Politique

Le droit de la concurrence ne se prête guère, généralement, à la polémique, ou alors de manière feutrée, entre spécialistes.

Une fois n'est pas coutume ou peut-être une telle coutume devrait-elle s'instaurer, les éléments de politique juridique, dans cet arrêt peuvent surprendre.

Un cartel, en effet, est généralement considéré comme une pratique très grave. Elle s'installe le plus souvent très en amont des processus économiques, au niveau des matières premières ou des composants, l'acier aujourd'hui, hier le béton, les vitamines, etc. En général également, ces cartels sont guidés par ou plusieurs leaders et suivis, contraints ou forcés, par les autres, qui n'ont guère le choix, sauf à être évincés du marché, comme d'ailleurs les faits de l'espèce le montrant, et s'inscrivent dans la durée. L'objectif était autrefois louable voire validés par les pays européens, pour la plupart, l'Allemagne de l'entre deux guères, l'Italie fasciste, la France des Cent familles et du syndicat des forges, alors que dans le même temps les Etats-Unis développaient tout au contraire, une politique anti-trust, anti cartels, qui deviendra le credo européen avec la CECA puis la CEE.

Cet état de fait a toujours été vécu comme justifiant la considération sévère des cartels, comme constituant une pratique d'une gravité considérable à laquelle il convient de mettre fin, soit par la sanction, soit par la persuasion, notamment par la politique de clémence, inventée précisément pour la dissuasion.

C'est la raison pour laquelle on peut être un peu surpris par la considération un peu légère qui ressort de la lecture de l'arrêt de la Cour d'appel, qui retient l'impact de la crise économique. Cet argument est bien entendu un argument parfaitement recevable, un argument choc qui justifie quelques modifications soit des comportements soit de la réaction des pouvoirs publics face à ces changements de comportements. Il n'y a pas de doute sur ce point ; l'exemple de la crise financière et de son traitement, par exemple en France, l'a montré. Toutefois, les faits de l'espèce ne remontent pas aux années noires, les années 1980 et le démantèlement de la sidérurgie en France, ni la crise de l'acier récemment

constatée, mais, tout au contraire, aux années "roses" celles de la croissance retrouvée, de la fin des années 1990 et du début des années 2000. Il y a donc un décalage : les pratiques constatées l'ont été à un moment où de telles déviations étaient sans justification mais elles sont sanctionnées à un moment où le poids des sanctions devient difficilement supportable pour les victimes.

La Cour d'appel de Paris a préféré retenir une sanction allégée, considérant donc le moment de la sanction. Peut-être aurait-il été judicieux soit de l'expliquer mieux. Ce qui laisse perplexe dans l'appréciation de ce choix c'est l'affirmation qu'un cartel peut être d'une gravité modérée, comme pour justifier un raisonnement qui n'est pas sans rappeler celui du droit pénal : en droit pénal, la loi fixe un maximum 1 an, 5 an de prison, et tout le travail des avocats, puis du juge est de justifier l'écart entre ce maximum et la peine prononcée. En droit de la concurrence le montant maximal de l'amende, 10% du CA mondial n'est pas une sanction "plafond".

Au fond peu importe le montant de la sanction, ce qui importe moins, c'est le message finalement assez laxiste envoyé à tous les promoteurs de cartels.

D. Mainguy

Publication des décrets d'application de la loi sur la responsabilité environnementale – Une directive de 2004 pour la prévention et la réparation des dommages environnementaux (le projet initial envisageait d'instaurer une responsabilité civile environnementale spécifique) imposait aux États membres d'instituer une véritable police administrative du fait des pollutions de l'environnement. La loi n° 2008-757 du 1er août 2008 *relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement* qui transpose cette directive a instauré un régime général de police administrative qui ne remet pas en cause les régimes administratifs antérieurs et spéciaux (police de l'eau, des installations classées et des déchets) et n'aura aucune influence directe sur la responsabilité civile expressément exclue (C. env., art. L. 162-2). L'innovation de la loi réside pour l'essentiel dans la prise en compte de l'environnement en lui-même, indépendamment de toute nuisance aux personnes ou à certaines activités. Il était octroyé aux autorités publiques le pouvoir de mettre en œuvre les mesures nécessaires à la prévention ou à la réparation d'un environnement altéré, il restait à définir les modalités de cette intervention. Ce qui est chose faite avec le décret du 23 avril 2009. Le principe affirmé dans les

motivations de la directive puis de la loi est celui du pollueur-payeur. Certaines autorités publiques sont par conséquent habilitées à enjoindre aux responsables d'un dommage ou à ceux qui pourraient à terme en créer un, de prendre les mesures nécessaires pour empêcher ou réparer celui-ci. L'autorité compétente est plus précisément le préfet du Département qui se voit par conséquent conférer une compétence supplémentaire (C. env., art. R. 162-1 et s.) : peut intervenir le Préfet sur le territoire duquel est survenu un dommage grave pour la santé ou les écosystèmes, ou sur le territoire duquel un tel dommage risque de survenir. Il est possible à toute personne qui aurait à souffrir directement de celui-ci ainsi qu'aux associations de protection de l'environnement de saisir le Préfet s'ils justifient d'éléments sérieux en ce sens. La procédure est ensuite étalonnée : le demandeur envoie avec sa demande les pièces attestant du caractère sérieux de sa demande, en précisant de préférence ce que seraient selon lui les mesures adéquates. Si le Préfet estime la demande justifiée, il demande des explications à l'exploitant, les recueille et fait des propositions d'action à l'exploitant. Si ce dernier ne réagit pas, ou insuffisamment aux yeux de la Préfecture, il peut prendre dans les trois mois (et après avis des commissions compétentes, C. env., art. R. 162-13) un arrêté enjoignant à l'exploitant de prendre des mesures spécifiques. L'arrêté doit être bien évidemment motivé et affiché en mairie. L'exploitant sera quant à lui tenu d'informer le préfet de l'avancement et des modalités des travaux engagés en réponse.

Plus innovant encore est la possibilité de substitution des victimes (au sens large) de ces pollutions : si l'exploitant responsable n'est pas déterminé, les collectivités territoriales ou leurs groupements, les établissements publics, les groupements d'intérêt public, les associations de protection de l'environnement, les syndicats professionnels, les fondations, les propriétaires de biens affectés par les dommages ou leurs associations peuvent proposer au préfet de réaliser eux-mêmes des mesures de prévention ou de réparation. Auquel cas le préfet pourra fixer les conditions de cette intervention subsidiaire.

Malo Depincé

Les clauses abusives dans les contrats portant sur des comptes bancaires – La Cour de cassation vient, à deux reprises, d'apporter des illustrations conséquentes sur la nature des clauses abusives, en l'occurrence dans les contrats conclus entre les établissements bancaires et leurs clients. On sait ces relations très réglementées, de nombreuses stipulations contractuelles trouvant même

leur origine dans des exigences précises fixées par la loi ou par arrêté. Les 8 janvier et 28 mai 2009, la Cour de cassation a eu à se prononcer sur certaines stipulations des contrats types proposés par les banques.

Dans l'arrêt du 8 janvier 2009, une association de consommateurs avait soumis à la censure judiciaire certaines clauses de conventions de comptes courants. Étaient visées une clause prévoyant que *"à l'expiration d'un délai de trois mois à compter de la date d'édition du relevé de compte, les écritures et opérations mentionnées sur celui-ci seraient considérées comme approuvées par le titulaire du compte"* une autre stipulant que *"dans le cadre de la consultation et de la gestion des comptes à distance, l'utilisation du code vaut signature de la part du client, que les enregistrements transmis par ce moyen font preuve"* ou encore la clause stipulant, cette fois, que *"la preuve du dépôt de chèques ou d'espèces dans des automates qui ne vérifient pas le montant mentionné par le client résulte d'un inventaire ultérieur réalisé par l'établissement de crédit"*. Contestées par une association de consommateurs, ces clauses ne sont pourtant pas abusives, selon la Cour de cassation, en ce qu'elles réservent *"sans altérer le pouvoir souverain d'appréciation du juge, la possibilité pour le titulaire du compte d'apporter, sans en inverser la charge, la preuve de la réalité des opérations, ordres ou dépôts"*. Une autre clause encore précisait qu'après avoir été mis à la disposition du client au guichet de la banque, cette dernière envoyait par courrier recommandé ledit chéquier au client, à sa demande ou en l'absence de retrait dans un délai de six semaines. Cette dernière ne créait pourtant pas de déséquilibre significatif, pas plus qu'elle ne remettait en cause le droit à la gratuité des chèquiers, puisque ce n'était qu'en cas d'inaction du client que l'envoi était opéré et facturé.

D'autres clauses ont pu en revanche être considérées comme abusives : *« le compte de dépôt fonctionne comme un compte courant par lequel les créances et les dettes forment un solde de compte seul exigible »*. Cette clause, assimilant le compte de dépôt à un compte courant est reconnue abusive. Il faut dire que les deux types de compte ont des régimes, construits par la loi et la jurisprudence, bien établis. Le rapprochement assimilant le compte de dépôt à un système moins protecteur des droits des consommateurs a donc été considéré comme instituant un « déséquilibre significatif ». Pour autant, une telle stipulation contractuelle n'aurait pas permis dans les faits d'écarter le régime du compte de dépôt : c'est donc essentiellement une stipulation trompeuse pour le consommateur plus qu'un véritable déséquilibre qui a été sanctionnée.

Les conditions d'utilisation de cartes bancaires et moyens de paiement échappent néanmoins à la première logique et sont pour l'essentiel régies par les stipulations

contractuelles, en réalité par les exigences de la banque. La Cour considère ainsi, dans un arrêt du 29 mai 2009, que la clause permettant, à tout moment, à une banque de retirer, faire retirer, bloquer l'usage d'une carte bancaire ou en demander la restitution réserve à l'établissement financier le droit de modifier unilatéralement, sans préavis, les conditions d'utilisation de la carte et constitue une clause abusive au sens de l'article R. 132-2 ancien du Code de la consommation (clause aujourd'hui sans doute abusive sans qu'il soit possible au professionnel d'en rapporter la preuve contraire, relevant vraisemblablement de l'article R. 132-1 fixant une liste « noire »). Est également abusive, selon la Cour de cassation, la clause qui stipule *« cette convention peut, par ailleurs, évoluer et nécessiter certaines modifications substantielles. Dans ce cas, et sauf conditions particulières prévues pour certains services, la [banque] avertira périodiquement les titulaires des comptes des modifications apportées à la convention par lettre circulaire ou par tout autre document d'information. Chaque titulaire (ou co-titulaire) disposera d'un délai de trois mois (sauf délai spécifique prévu pour les cartes bancaires [...]) à compter de la notification de la modification pour refuser celle-ci et dénoncer la convention par lettre recommandée adressée à l'agence concernée ou par lettre signée et remise à son guichet »*. Les juges d'appel avaient considéré le délai de trois mois comme suffisant pour permettre au consommateur de faire valoir ses droits, la Cour de cassation a refusé de reconnaître que le mode d'information du client, beaucoup trop souple (*« par lettre circulaire ou par tout autre document d'information »*) ne permettait pas au client d'être informé suffisamment tôt des modifications proposées. En revanche, la clause par laquelle la banque *« peut à tout moment, en motivant sa décision, demander au(x) titulaire(s) du compte et/ou à son (leur) mandataire, la restitution du chéquier en sa (leur) possession par courrier adressé au(x) client(s) ou au mandataire au domicile indiqué par lui (eux) »* n'est pas abusive dans la mesure où l'exercice du pouvoir d'exiger la restitution de la banque est soumis à justification et permet de ce fait au consommateur de contester la demande.

Pour démarcher, dans un marché qui s'ouvre à la concurrence, les clients d'un opérateur historique, la seule méthode consiste souvent à comparer les avantages de la nouvelle offre tarifaire par rapport à celle du concurrent bien installé sur le marché. Souvent pourtant la comparaison est difficile, du fait même du nouvel opérateur qui se livre à une comparaison par les prix mais aussi souvent du fait de l'opérateur historique lui-même qui par une tarification des plus complexes, contraint le nouvel arrivant sur le marché à des arguments trop simplistes, nécessairement incomplets. Il n'est pas rare en effet que pour comparer l'offre

concurrente il soit nécessaire de prendre de multiples précautions écrites : chacun se souvient de la longueur de certains spots de publicité à la télévision au profit d'un nouvel opérateur. On pourrait penser que la durée de ceux-ci était plus conditionnée par le temps nécessaire pour faire défiler toutes les mentions légales et précautions de présentation en bas de l'écran que par le temps nécessaire pour convaincre un nouveau client.

Malo Depincé

Tout contrat signé au domicile des consommateurs n'est pas nécessairement du démarchage, est-il nécessaire de le rappeler ? - Cass. civ. 1ère, 14 janvier 2010, n° 09-11832. – Un couple avait mis en vente, par un mandat sans exclusivité, un bien immobilier auprès d'une agence immobilière. Celle-ci avait trouvé acquéreur à un prix inférieur au plancher fixé par le couple vendeur. Dans le même temps le couple, refusant de régulariser la première vente, trouvait un acquéreur à un prix largement supérieur. Les acheteurs éconduits demandèrent alors indemnisation aux heureux vendeurs. Ici le raisonnement de la cour d'appel était pour le moins singulier : en toute logique, la cour d'appel refusa d'indemniser les preneurs mais elle le fit au motif plus surprenant que « le représentant de la société [...] s'était rendu au domicile des époux [...] pour leur faire accepter de vendre leur bien à un prix sensiblement inférieur à celui qui avait été convenu [...] l'arrêt attaqué en déduit que le contrat de vente formé au domicile des vendeurs [...] relevait des dispositions des articles L. 121-21 et suivants du code de la consommation et que cette vente était dès lors nulle en l'absence de mention de la faculté de renonciation ». C'est par conséquent à propos du fondement du refus d'indemniser l'échec de la première tentative de vente que la solution était critiquable : évidemment à défaut de respecter le mandat qui lui avait été confiée, la société immobilière, manifestement de mauvaise foi, ne pouvait laisser croire à ses clients que la vente était valable. Nul besoin dès lors de rechercher l'annulation d'un mandat sur le fondement des règles du démarchage (qui ne s'appliquaient pas au cas d'espèce, cf. C. consom. art. L. 121-21 et s.) pour refuser tout effet à une vente en résultant qui n'avait pas été formée. La qualification de démarchage suppose en effet deux conditions dont seule la première avait été mise en évidence par la cour d'appel : la signature d'un engagement ou la sollicitation

au domicile du consommateur mais encore fallait-il que cette première condition soit le fruit d'une initiative du professionnel ! Sans sollicitation par le professionnel, pas de démarchage. Or dans cette affaire c'étaient bien les vendeurs qui avaient sollicité l'aide de l'agent immobilier et non l'inverse (Cass. civ. 1ère, 14 janvier 2010).

Malo Depincé

Les loteries à vocation publicitaires de facto à nouveau autorisées en France - CJUE 14 janvier 2010, Aff. n° C-304/08. – Il ne pouvait jusqu'à présent y avoir en France de loteries à caractère publicitaire à destination du grand public dont la participation aurait été subordonnée à l'achat préalable d'un bien ou à la souscription d'un service (C. consom., art. L. 121-36 et s.). Tel est le principe affirmé par le législateur français mais qui vient d'être déclaré non conforme aux dispositions du droit communautaire par la Cour de justice de l'Union européenne (Aff. 304/08). Toujours selon le même raisonnement que celui retenu dans l'arrêt du 29 avril 2009 à propos des ventes subordonnées : la directive 2005/29 sur les pratiques commerciales déloyales n'autorise de prohibition de principe que pour les pratiques commerciales limitativement énumérées en son annexe I (dans laquelle ne figurent ni la vente subordonnée, ni la loterie conditionnée à un achat). La législation française n'était pas directement en cause dans cet arrêt mais la solution est largement transposable lorsqu'elle affirme : « *en établissant une interdiction de principe des pratiques subordonnant la participation des consommateurs à un jeu ou à un concours à l'achat de produits ou de services, une réglementation nationale telle que celle en cause au principal ne répond pas aux exigences posées par la directive 2005/29* ».

Est-ce alors la fin de cette fameuse mention « jeu gratuit sans obligation d'achat » ? Peut-être pas dans l'immédiat, beaucoup de professionnels préférant sans doute attendre que la jurisprudence soit fixée sur les conditions de validité d'une telle méthode de promotion. Car si la licéité de ces méthodes est désormais le principe, une sanction est toujours possible si selon les dispositions de la directive et désormais de l'article L. 121-1 du Code français de la consommation « compte tenu de leurs caractéristiques et du contexte factuel, elles amènent ou sont susceptibles d'amener le consommateur moyen à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ».

Malo Depincé

Pharmacies contre Leclerc: Leclerc doit cesser sa pub sur les médicaments. –TGI Colmar 21 janvier 2010

Le groupe de distribution Leclerc a été condamné le 21 janvier 2010 à cesser toute publicité qui utilise une référence aux prix des médicaments vendus en officine, selon le jugement rendu, au fond, par le tribunal de grande instance de Colmar.

En attendant un appel très prévisible, la société Leclerc est condamnée à payer une indemnité égale à plus de 100.000 euros aux trois groupements de pharmaciens (un millions d'euros étaient demandés), Udgpo, Univers Pharmacie et Directlabo, qui avaient engagé une action en concurrence déloyale et surtout enjoint le groupe Leclerc de **cesser** ce type de publicité. Le jugement fait suite à leur plainte qui contestait une campagne du groupe pour ses espaces de parapharmacie, autour de laquelle M.-E. Leclerc s'était clairement exprimé. La campagne dénonçait un prix des médicaments déremboursés qui "peut varier du simple au triple" et l'absence de "vraie concurrence" sur ce marché et promettait une baisse de 50% du prix des médicaments s'il les distribuait.

L'affaire fait suite à une action en référé qui avait donné lieu à une première ordonnance, rendue le 21 avril 2008 par le président du TGI de Colmar, solution informée le 7 mai 2008 par la Cour d'appel de Colmar : « (...) *Attendu que l'allégation d'un effet positif de la concurrence pour neutraliser les effets d'une telle hausse est probablement réductrice aussi, mais qu'il ne s'agit pas pour autant d'un véritable dénigrement des titulaires d'officines. Attendu que l'image d'une parure faire de pilules et de gélules est sans doute faite d'une ironie un peu agressive, mais qu'elle ne dépasse pas manifestement les limites de ce qui est permis en matière d'expression humoristique; Attendu que l'allégation d'une concurrence déloyale est manifestement sans portée, puisqu'il n'y a précisément pas de concurrence en l'état actuel dans la distribution des médicaments au détail (...)* » qui fait l'objet d'un pourvoi en cassation.

D. Mainguy

Publicité de nature à induire en erreur et vente à distance : quand un opérateur téléphonique délivre une information largement incomplète sur ses tarifs, Cass. crim., 15 décembre 2009, n° 09-83059. – Dans l'affaire ici commentée pourtant, le prévenu avait fait bien plus que tomber dans le piège de tarification par l'opérateur historique. La cour d'appel avait retenu en effet qu'il avait manqué à son obligation d'information non seulement quant au coût réel de ses services (toujours difficile à présenter comme il a été expliqué) mais également quant aux conditions de

paiement et, puisqu'il s'agissait d'offres à distances, quant aux conditions de rétractation offertes aux consommateurs par le Code de la consommation. La Cour de cassation a par conséquent approuvé la décision de la cour d'appel qui avait qualifié ces faits de pratiques commerciales déloyales parce qu'à la fois trompeuses (susceptibles d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur) et agressives (lorsque du fait de sollicitations répétées et insistantes ou de l'usage d'une contrainte physique ou morale, et compte tenu des circonstances qui l'entourent, la pratique altère le consentement du consommateur ou le contraint).

Malo Depincé

La fin de la prohibition des offres conjointes – La CJCE a posé le principe de la non-conformité des législations interdisant par principe toute offre conjointe au consommateur (CJCE 23 avril 2009, affaires C-261/07 et C-299/07), la cour d'appel de Paris a confirmé cette interprétation, rayant par là même l'article L. 122-1 du Code de la consommation (CA Paris, 1^{er} mai 2009). Ce type de législation est en réalité interprété comme non conforme à la directive 2005/29/CE sur les pratiques commerciales déloyales. Cette dernière, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur avait été adoptée le 11 mai 2005 pour harmoniser les législations nationales et assurer un niveau élevé de protection des consommateurs. Une fois encore, son interprétation posait la question du degré d'harmonisation qu'elle imposait : harmonisation minimale, imposant aux États membres uniquement une protection *a minima*, ou harmonisation totale, leur imposant une transposition stricte et sans aucune possibilité de préserver un régime plus protecteur ? En d'autres termes, la question est de savoir si un État membre pouvait prendre ou maintenir des législations plus contraignantes que les dispositions de la directive. Et la réponse est négative. Dans sa décision en date du 23 avril 2009, la Cour de justice des communautés européennes avait à répondre à une question préjudicielle d'une juridiction belge visant une loi belge de 1991 interdisant les ventes « conjointes » en leur principe même. La Cour a répondu sur ce point que la pratique en cause entrait bien dans le champ d'application de la directive en tant que « *pratique commerciale* » et que celle-ci visait une « *harmonisation complète desdites règles au niveau communautaire* ». Selon le droit communautaire donc, l'interdiction *per se* des ventes conjointes est impossible. C'est ce qu'a également

reconnu la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 14 mai 2009. En l'espèce, seuls les abonnés à l'offre ADSL d'Orange pouvaient avoir accès, pour un supplément de prix, à la chaîne *Orange Sport*. Devant le tribunal de commerce de Paris ses concurrents avaient obtenu que l'offre soit considérée comme une vente « liée » interdite (C. consom., art. L. 122-1) et par conséquent qu'il soit enjoint à l'opérateur d'ouvrir sa chaîne. La cour d'appel reprend pour ce faire exactement la solution de la CJCE : il n'est pas possible, en appliquant une directive d'harmonisation totale, d'interdire ce que la directive n'interdit pas expressément.

Est-ce à dire que les ventes liées sont désormais autorisées ? En principe oui, mais pour autant qu'elles ne contreviennent pas à d'autres dispositions de la directive. De sorte que si une vente liée n'est pas considérée en son existence même comme une pratique commerciale déloyale, elle peut le devenir si d'autres éléments présentés au juge permettent de l'affirmer, si elle entre dans l'un des 31 cas énumérés dans l'annexe 1 de la directive et qui fixe une liste exhaustive. Dans l'affaire Orange, les juges d'appel n'ont ni considéré l'offre comme trompeuse, ni estimé qu'elle était agressive pas plus qu'ils n'y ont vu une pratique contraire à la diligence professionnelle.

Il faut donc conclure de ces deux arrêts la fin de l'interdiction des ventes liées au subordonnées, tout en rappelant que ces pratiques désormais autorisées n'en peuvent pas moins tomber sous le coup d'autres interdictions dont il faudra aux concurrents lésés rapporter la preuve factuelle. Et on ajoutera, au-delà des seules pratiques ici incriminées que ne sont pas non-plus visées par la directive d'autres prohibitions posées par le Code français de la consommation et qui pourraient être déclarées non conformes au droit communautaire : essentiellement la vente avec prime (C. consom., art. L. 121-35).

Malo Depincé

Un nouvel exemple de publicité trompeuse : s'octroyer indument la propriété d'un brevet. Cass. civ. 2, 17 décembre 2009, pourvoi n°09-11847. – Une société avait déposé un brevet portant sur la création d'un mur végétal. Une autre entreprise par une publicité des plus confuses laissait à entendre qu'elle était elle-même propriétaire du brevet. La première société avait par conséquent assigné la seconde, chose très commune, devant le juge commercial sur le fondement de l'article L. 121-1 du Code de la consommation (pratique commerciale déloyale) non pas pour obtenir une sanction pénale mais simplement dans un premier temps tout du moins la cessation de la publicité trompeuse et

la publication de la condamnation sur son site Internet. Cet arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation confirme bien entendu la compétence du juge commercial dans un tel contentieux, juge des référés compris dans un souci d'efficacité (à l'exclusion bien évidemment du prononcé de toute sanction pénale) et approuve l'interprétation stricte retenue par les juges du fond dans cette affaire : « *la société C. indiquait que le nouveau procédé lui appartenait, la cour d'appel a pu en déduire que cette indication créait une confusion dans l'esprit du lecteur, de nature à lui faire croire faussement que la société Cerise était propriétaire du procédé dans son entier.* ».

Malo Depincé

Le distributeur de matériel informatique n'est pas tenu d'informer l'acheteur des logiciels préinstallés

CA Paris, pôle 5, ch. 5, 26 novembre 2009, *Darty & fils C/ UFC Que Choisir*.

Dans la distribution de matériel informatique, la pratique des logiciels préinstallés fait aujourd'hui l'objet d'une importante jurisprudence. Il s'y joue une pièce en trois actes, un drame diront certains puisque la fatalité s'acharne contre les détracteurs des ventes subordonnées : l'abus de position dominante (qui n'est pas l'objet de l'arrêt ici commenté), le vente subordonnée (parfois qualifiée de « vente liée ») et enfin la pratique commerciale déloyale (ou la pratique trompeuse)- et avec trois protagonistes principaux –le consommateur, le distributeur, l'éditeur de logiciel. Dans l'affaire jugée par la cour d'appel de Paris qui a donné lieu à cet arrêt du 26 novembre 2009, *l'UFC Que Choisir* reprochait à un grand distributeur de proposer à la vente des ordinateurs pré-équipés de plusieurs logiciels, mais sans autoriser le consommateur à renoncer aux logiciels et à n'acquérir que le matériel, et sans non-plus indiquer le prix de chacun des produits composant le lot.

L'association fondait sa demande à la fois sur les dispositions de l'article L. 122-1 du Code de la consommation prohibant les ventes subordonnées et sur celles de l'article L. 121-1 propre aux pratiques commerciales déloyales renforcé par un décret du 3 décembre 1987 fixant les conditions d'information du consommateur sur les prix. Le premier jugement contre lequel il était ici interjeté appel était un jugement de compromis, refusant de voir dans cette vente subordonnée une méthode prohibée en tant que telle mais enjoignant par ailleurs au distributeur d'informer le consommateur sur le prix des logiciels. La cour d'appel réforme partiellement le jugement.

Quant à la prohibition des ventes subordonnées, le tribunal de grande instance et la cour d'appel ont sur ce

point des approches très différentes : pour le premier s'il s'agit bien d'une vente subordonnée, celle-ci n'en est pas moins justifiée par l'intérêt du consommateur qui acquiert un système complet avec tous les outils nécessaires à un moindre coût (la cour d'appel de Montpellier avait quant à elle, dans un arrêt du 7 mai 2009, refusé de voir dans une telle pratique une vente subordonnée et avait également refusé de la sanctionner considérant le matériel et ses logiciels comme un seul et même produit). Pour la cour d'appel de Paris en revanche, qui suit en cela la position d'un arrêt de la CJCE du 23 avril 2009, la prohibition des ventes subordonnées n'est tout simplement pas conforme au droit communautaire et plus particulièrement aux dispositions de la directive 2005/29/CE qui ne donne qu'une liste strictement limitative des pratiques qui peuvent être prohibées *per se* par le législateur national. Or la prohibition des ventes subordonnées ne figure pas sur cette liste, la vente subordonnée ne peut dès lors être sanctionnée par le juge. La position de la cour d'appel de Paris n'est pas nouvelle, elle avait déjà dans une précédente décision du 14 mai 2009 suivi le même raisonnement à propos de l'offre de diffusion des matchs de football par Orange qui était subordonnée pour le consommateur à la souscription d'un abonnement Internet chez ce même opérateur.

Pour autant, si la vente subordonnée n'est plus par principe prohibée, il ne faudrait pas en conclure trop rapidement qu'elle ne sera jamais sanctionnée : elle pourra l'être au titre des dispositions générales propres à une pratique commerciale déloyale, parce que trompeuse ou agressive. En l'espèce l'association de consommateurs entendait voir sanctionner le distributeur qui n'aurait pas transmis au consommateur une information pourtant selon elle « substantielle », le prix détaillé du matériel et du logiciel ainsi que les conditions d'utilisation du second, caractérisant ainsi une pratique commerciale trompeuse. À défaut pourtant selon la cour d'avoir pu rapporter les éléments permettant de considérer ces éléments comme substantiels, ou déterminants du consentement du consommateur, l'association est déboutée de ce chef. Pour le juge, seul importe au consommateur le prix global d'achat qu'il compare à la concurrence : « *L'UFC-Que Choisir ne démontre pas qu'une information différenciée soit indispensable à la prise de décision d'un consommateur moyen, d'autant que ce dernier a toute facilité pour comparer les prix des ordinateurs pré-équipés de logiciels identiques, qui constituent encore le standard de l'offre de vente ; qu'au demeurant, Darty justifie ainsi qu'il sera vu ci-après, de l'impossibilité où elle se trouve, compte tenu de la structure de l'offre des fabricants, de connaître précisément les prix respectifs de l'ordinateur nu et des*

logiciels pré-installés [...] ». Dans cette perspective globale donc, où la pratique en cause est en réalité une pratique commune à tous les opérateurs du secteur, l'action de l'association avait beaucoup moins de chances d'aboutir à une condamnation sur le fondement des dispositions du Code de la consommation : retour au premier acte donc, ce sont les dispositions du droit de la concurrence, entente ou abus de position de dominante, qui sembleraient les seuls pertinentes dans ce type de contentieux.

On rappellera, en guise de conclusion, les dangers de telles actions pour les associations lorsqu'elles entament une campagne médiatique pour accompagner la procédure judiciaire. Certes, la cour d'appel n'a pas condamné l'association à indemniser le distributeur de sa perte d'image mais il a imposé, ce qui est peut-être une sanction plus lourde et qui peut parfois entamer la crédibilité même de l'association, la publication de l'arrêt à la fois sur son site internet (pendant trois mois) et sur le mensuel qu'elle édite. Comme souvent, le dicton populaire se vérifie : il ne faut pas vendre la peau de l'ours avant de l'avoir tué...

Malo Depincé

Responsabilité du fait des produits défectueux et protection des droits des professionnels -

En matière de responsabilité du fait des produits défectueux, la France avait malheureusement pris des habitudes de mauvais élève (CJCE 25 avril 2002, *Commission C/ France*, Aff. C-52/00 et CJCE 14 mars 2006, *Commission C/ France*, Aff. C-177/04). Plusieurs fois en effet, la transposition française de la directive avait été sanctionnée par la Cour de Justice des Communautés Européennes qui avait retenu une interprétation rigoureuse et particulièrement encadrée de la directive. L'arrêt de la CJCE du 4 juin 2009 est par conséquent surprenant en ce que, à la grande surprise de beaucoup, il n'invalide pas la transposition française. Cela s'explique en réalité par la spécificité de la question posée au juge communautaire et qu'il n'a pas résolu en interprétant le régime institué par la directive mais en rappelant son champ d'application laissant à la France, une certaine liberté législative. Les faits à l'origine de la question préjudicielle posée à la CJCE étaient les suivants : un groupe électrogène avait été installé dans un hôpital lyonnais (qui ne pouvait par conséquent être considéré comme un consommateur) et avait pris feu, incendiant une partie de l'établissement. La Cour de cassation a saisi la CJCE de la question de savoir si le

régime objectif (et donc sans faute) de responsabilité du fait des produits défectueux pouvait s'appliquer aux dommages causés à des biens professionnels ? Étant précisé que la directive de 1985 est en principe réservée à la réparation des biens normalement destinés à l'usage ou à la consommation privée La réponse apportée par le juge communautaire, loin de reposer sur une interprétation du régime de la directive, est en réalité fondée sur son champ d'application. En dehors de celui-ci, la matière n'est plus harmonisée et les États retrouvent leur pleine liberté. Ainsi, selon le juge communautaire « *la directive CEE n°85-374 du Conseil, du 25 juillet 1985, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à l'interprétation d'un droit national ou à l'application d'une jurisprudence interne établie selon lesquelles la victime peut demander réparation du dommage*

causé à une chose destinée à l'usage professionnel et utilisée pour cet usage, dès lors que cette victime rapporte seulement la preuve du dommage, du défaut du produit et du lien de causalité entre ce défaut et ce dommage ». Pour résumer donc, le droit national peut étendre le bénéfice du régime de responsabilité du fait des produits défectueux aux professionnels victimes puisque la directive, qui vise bien une harmonisation totale, n'est pas applicable aux relations entre professionnels. Dans les hypothèses en revanche d'une victime non professionnelle, la directive d'harmonisation totale s'applique en l'ensemble de ses dispositions et uniquement en ses dispositions. Il n'est pas possible pour l'État membre de rechercher par conséquent un régime plus protecteur du consommateur que ne le prévoit la directive.

Malo Depincé

DOSSIER SPECIAL

(1) Actualité de la rupture des relations commerciales établies (C. com., art. L. 442-6, I, 5°)

D. Mainguy
Agrégé des facultés de droit,
Professeur à la faculté de droit de Montpellier,
Avocat à la Cour

Rarement un texte spécial, l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, aura provoqué autant de difficultés. Rappelons le corps du texte, qui se lit avec l'exergue de l'article L. 442-6, I du Code de commerce qui comporte neuf alinéa du même type : « *Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers (...), le fait, (...), 5° de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels* ».

Il n'y a, dans ce texte apparu en 1996, comme article 36-5 de l'ordonnance de 1986, dans le but de sanctionner d'éventuels « déréférencements » de fournisseurs par la grande distribution.

La raison de ces difficultés est difficile à établir mais elles sont particulièrement réelles. Peut-être que le réflexe des praticiens conduisant, pour motiver leurs demandes, à identifier un texte, conduit-il à exagérer le champ d'application de ce texte, à moins que ce soit une conjonction d'intérêts particuliers. L'intérêt du demandeur qui souhaite ainsi fonder sa demande sur la cohorte de décisions qui interprètent ce texte, intérêt du défendeur qui peut contenir la demande, intérêt de l'Etat qui, au soutien de l'article L. 442-6, III du Code de commerce peut exercer une action à la place du demandeur, solution acquise depuis 2008, voire demander une sanction sous la forme d'une « amende civile » qui peut aller jusqu'à deux millions d'euros. Toujours est-il que ce texte suscite bien des interrogations, sur son champ d'application : qu'est-ce qu'une « relation », « commerciale », « établie », alors que la jurisprudence récente l'applique, par exemple, à une négociation contractuelle.

L'une des difficultés majeures récemment identifiée repose sur le régime de responsabilité qui sanctionne ce texte et les conséquences qui s'y attachent. La querelle est née d'un arrêt du 6 février 2007 qui avait affirmé que « *le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels, engage la responsabilité délictuelle de son auteur* » (Cass. com. 6 févr. 2007, Bull. civ. IV, n° 21, D. 2007, p. 653, obs. E. Chevrier ; JCP G, 2007, II, 10108, note F. Marmoz, RDC 2007, p. 731, obs. J.-S. Borghetti) ; elle se poursuit sur la base des arrêts les plus récents (et plus commentés), qu'il n'est pas inutile de livrer in extenso, ne serait-ce que pour apprécier la divergence majeure apparue entre la première chambre civile et la chambre commerciale sur la question du régime de responsabilité applicable et le sort des clauses relatives au litige et notamment des clauses attributives de juridiction.

1) Sur la champ d'application des relations « commerciales » établies

C. cass. 20 janvier 2009 (n°07-17556)

Publié au bulletin

LA COUR (...) :

Sur le second moyen, pris en ses trois premières branches :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Orléans, 10 mai 2005), que la caisse d'épargne de Montargis, aux droits de laquelle vient la caisse d'épargne et de prévoyance du Val-de-France (la caisse) a consenti à M. X..., titulaire d'un **office notarial**, divers prêts personnels et professionnels ; que M. X... a assigné la caisse pour lui avoir accordé des crédits abusifs et rompu brutalement les relations entretenues avec son étude ;

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté son action en responsabilité contre la caisse, qui avait brutalement rompu les relations qu'elle entretenait avec lui, alors, selon le moyen :

1°/ que la rupture brutale d'une relation d'affaire entraîne la responsabilité de son auteur quelle que soit la qualité de la victime, et même dans l'hypothèse où cette dernière ne peut pas accomplir des actes de commerce ; qu'en se fondant sur l'interdiction faite aux

notaires de se livrer à des opérations de commerce pour dénier à M. X... le droit d'agir en responsabilité contre la caisse, qui avait brutalement rompu les relations d'affaire qu'elle entretenait avec lui, la cour d'appel a violé l'article L. 442-6-I du code de commerce ;

2°/ que la rupture abusive de relations commerciales engage la responsabilité de son auteur quand bien même celui-ci ne se serait pas contractuellement engagé à poursuivre cette relation ; qu'en énonçant que la cessation des relations entretenues par la caisse avec M. X... résultait d'une modification de la politique commerciale de l'établissement bancaire et non d'un manquement par ce dernier à ses obligations contractuelles, pour débouter la victime de son action en responsabilité pour rupture abusive d'une relation commerciale établie, la cour d'appel a violé l'article L. 442-6-I du code de commerce ;

3°/ que dans ses conclusions récapitulatives, M. X... avait demandé, sur le fondement de l'action en responsabilité pour crédit abusif, l'allocation de dommages-intérêts destinés à réparer les difficultés financières consécutives à l'octroi des prêts litigieux et, sur le fondement de la rupture abusive d'une relation d'affaire, la réparation du préjudice constituée par la perte du chiffre d'affaire ; qu'en déniant l'existence d'un lien de causalité entre la rupture abusive et les difficultés financières, qui n'était pas invoqué par l'exposant, sans rechercher, comme elle y était pourtant expressément invitée, s'il n'existait pas un tel lien entre cette rupture des relations d'affaire et la perte du chiffre d'affaire, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 442-6-I du code de commerce ;

Mais attendu qu'après avoir énoncé qu'en vertu de l'article 13,1° du décret du 19 décembre 1945 relatif au statut du notariat, il est interdit aux notaires de se livrer à des opérations de commerce, l'arrêt retient que M. X... ne peut invoquer une quelconque disposition sanctionnant la rupture d'une relation établie ; qu'en l'état de ces énonciations et appréciations, d'où il résulte que les conditions d'application de l'article L. 442-6-1 du code de commerce n'étaient pas réunies, la cour d'appel a, sans encourir les griefs du moyen, exactement décidé que M. X... est mal fondé à demander réparation à ce titre ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et attendu que les autres griefs ne seraient pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

2) Sur le fait que la négociation peut être une « relation commerciale établie »

Cass. com. 5 mai 2009 (n°08-11916)

Non publié au bulletin

LA COUR (...):

Sur le moyen unique :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Douai, 20 novembre 2007), que par contrats respectifs des 18 décembre 1991 et 21 octobre 2002, les sociétés Tecno Plastic et Alprene, sociétés italiennes filiales du "groupe" Fischer, ont confié, jusqu'en 2005, à M. X... un mandat de représentant exclusif pour commercialiser leurs produits en France ; qu'à partir d'octobre 2002, M. Y... s'est proposé pour prospecter au service des deux sociétés avec leur accord et celui de M. X..., malade ; qu'entre mai et décembre 2003 le lien entre M. Y... et les sociétés italiennes a fait l'objet de réunions et d'échanges écrits et verbaux ; que ces négociations n'ont pas abouti, M. X... restant l'agent commercial en titre et percevant tout ou partie des commissions générées par M. Y... ; qu'en mars 2004, dans le cadre d'une restructuration, le "groupe" Fischer a décidé de privilégier l'embauche de salariés et de ne pas transférer les deux contrats d'agents commerciaux conclus avec M. X... à M. Y... ; que le 22 septembre 2004, M. Y... a saisi le tribunal de commerce pour voir constater l'existence d'un contrat direct d'agent commercial entre lui et les sociétés Tecno Plastic et Alprene et qu'il a subsidiairement invoqué une rupture abusive de relations commerciales établies ;

Attendu que les sociétés Tecno Plastic et Alprene reprochent à l'arrêt de les avoir condamnées à indemniser un partenaire M. Y... pour rupture abusive de relations commerciales établies, alors, selon le moyen, que la responsabilité d'un commerçant ou d'un industriel n'est engagée qu'en cas de rupture brutale sans préavis de «relations commerciales établies» ; qu'en octroyant une indemnisation au titre d'une telle rupture sans constater l'existence de relations commerciales «établies», la cour d'appel a violé l'article L. 442-6-I (5°) du code de commerce ;

Mais attendu que l'arrêt retient que les sociétés Tecno Plastic et Alprene ont largement profité des prospections fructueuses de M. Y... pendant dix sept mois, que pendant cette période elles ont occasionnellement présenté M. Y... comme leur "agent" et que ce dernier, qui était en négociation avec elles pour devenir leur agent à l'expiration des contrats d'agent de M. X..., a attendu vainement une régularisation de sa situation; qu'en l'état de ces constatations, la cour d'appel, qui a caractérisé l'existence d'une relation de M. Y... avec les sociétés Tecno Plastic et Alprene suivie, stable, et dont il pouvait penser qu'elle allait continuer, a pu statuer comme elle a fait ; que le moyen n'est pas fondé ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

3) Sur le fait qu'une succession de contrats ponctuels est équivalente à une relation commerciale établie

Contrairement à la solution retenue dans un arrêt du 16 décembre 2008 (n°07-15589), où la Cour avait considéré que des contrats juxtaposés sans liant entre eux, de sorte que chacun de ces contrats constitue une opération ponctuelle, détachable des autres, ne constituaient pas une relation commerciale établie, au sens de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, de sorte que la durée cumulée de ceux-ci ne saurait être

prise en compte pour calculer le préavis, elle rappelle, sans aucune difficulté, que la succession de contrats constitue une telle relation commerciale établie dans son arrêt du 15 septembre 2009. Le rappel sonne comme une évidence, mais ce qui va sans dire va magnifiquement mieux en le disant.

Cass. com. 16 déc. 2008, n°07-15589

LA COUR (...):

Sur le premier moyen :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Versailles, 14 décembre 2006), que la société Bouygues bâtiment international (la société BBI) s'est vu confier plusieurs projets de construction "clés en mains" de bâtiments publics au Turkménistan ; qu'entre 1998 et 2004, la société BBI a sous-traité à la société Les Ateliers d'origine la confection et la pose des rideaux et voilages de plusieurs bâtiments ; que le 7 avril 2004, alors que la société BBI exécutait les projets du palais des expositions, de la mosquée et de la banque du commerce extérieur, la société Les Ateliers d'origine a soumis une offre de services pour le projet de la mosquée dont le prix de prestation a été jugé excessif par la société BBI ; que le 5 mai 2004, la société Les Ateliers d'origine a soumis une nouvelle offre pour l'ensemble des trois projets ; que le 12 mai 2004, la société BBI a fait une contre proposition qui n'a pas été acceptée par la société Les Ateliers d'origine et que la société BBI a eu recours à une autre société ; que le 26 octobre, la société Les Ateliers d'origine a assigné la société BBI devant le tribunal de commerce et a demandé, sur le fondement des articles 1382 du code civil et L. 442-6-1-5° du code de commerce, sa condamnation au paiement de dommages-intérêts pour rupture brutale, pendant l'hiver 2003-2004, des relations commerciales établies depuis 1997 ;

Attendu que la société Les Ateliers d'origine fait grief à l'arrêt d'avoir dit que la société BBI ne devrait lui régler qu'une somme de 20 000 euros à titre de dommages-intérêts, alors, selon le moyen :

1°/ qu'en écartant l'existence d'une relation commerciale établie aux motifs inopérants que la société BBI conservait la liberté de choisir son prestataire pour chaque marché et que les relations entre cette société et la société Les Ateliers d'origine constituaient une juxtaposition de relations de sous-traitance indépendantes les unes des autres, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce ;

2°/ qu'une prestation a nécessairement pour objet soit la fourniture d'un produit, soit la fourniture d'un service, soit la fourniture des deux ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a derechef violé l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce ;

3°/ qu'en statuant ainsi, tout en ayant constaté que la société Les Ateliers d'origine se voyait confier par la société BBI la confection de rideaux pour les marchés qu'elle obtenait au Turkménistan, et fournissait donc à la fois un produit et un service, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a derechef violé l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce ;

Mais attendu que l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que les relations entre la société BBI et la société Les Ateliers d'origine **résultaient de contrats indépendants**, intervenant en fonction de l'ouverture des chantiers obtenus par la société BBI au Turkménistan, que la société BBI, qui n'avait pas passé d'accord-cadre avec la société Les Ateliers d'origine, ne lui avait pas garanti de chiffre d'affaires ou d'exclusivité sur le marché turkmène et qu'elle avait confié en 2003, après consultations, la confection de voilages pour l'Hôtel du Président à un concurrent plus compétitif ; qu'en l'état de ces constatations dont elle a pu déduire l'absence d'une relation commerciale établie entre les deux sociétés, et abstraction faite des motifs surabondants justement critiqués par les deuxième et troisième branches, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; que le moyen ne peut être accueilli ;

Et attendu que le second moyen ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Cass. com. 15 sept. 2009 (n°08-19200)

LA COUR (...):

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Versailles, 12 juin 2008), que la société Christian Carbonnières, qui exerce une activité principale de négociant en vin, commercialise une importante partie de ses produits lors des foires et des salons ; qu'elle a participé depuis plusieurs années dans le cadre de la Foire de Paris au salon intitulé "Vins et Gastronomie", auquel a succédé le salon "Terres de France et d'Europe", organisé par la société Comexpo Paris, venue aux droits du Comité des Expositions de Paris ; que la société Comexpo Paris décide des conditions d'accès aux salons qu'elle organise et alloue les différents emplacements aux candidats exposants ; que faisant valoir que dans le cadre de sa stratégie d'élargissement à l'ensemble des patrimoines de France et d'Europe, et de sa volonté de privilégier leurs intérêts culturels et patrimoniaux, elle se trouvait obligée de réduire le secteur viticole du salon "Terres de France et d'Europe", la société Comexpo Paris a, par lettre du 21 septembre 2004, informé la société Christian Carbonnières ainsi que d'autres exposants en vin que ce salon serait réservé, pour l'édition du 12 mai au 22 mai 2005, aux producteurs, producteurs négociants, caves coopératives et importateurs de vins étrangers, les négociants en vin ne pouvant plus y participer ; qu'estimant la décision de la société Comexpo Paris abusive et considérant qu'elle lui causait un grave préjudice la société Christian Carbonnières a assigné la société Comexpo Paris pour rupture brutale des relations commerciales établies ;

Sur le premier moyen :

Attendu que la société Comexpo Paris reproche à l'arrêt de l'avoir condamnée à payer à la société Christian Carbonnières, la somme de 25 000 euros pour rupture brutale d'une relation commerciale établie, alors, selon le moyen :

1°/ qu'en affirmant que l'organisateur aurait dû respecter un délai de préavis de douze mois, quand le contrat de réservation de stands prenait fin au terme de la manifestation annuelle et ne pouvait faire l'objet d'une reconduction tacite, de sorte que la notification des nouvelles conditions de participation ne pouvait valoir rupture des relations contractuelles, la cour d'appel a violé, par fausse application, l'article L. 442 6 I 5° du code de commerce, et, par refus d'application, l'article 1134 du code civil ;

2°/ qu'une succession de contrats ponctuels, n'impliquant aucun courant d'affaires entre les intéressés ni aucun droit à la réitération du contrat, ne peut être qualifiée de relation commerciale établie ; qu'en affirmant qu'une succession de contrats de réservation de

stands était de nature à caractériser une relation commerciale établie pour l'unique raison que le candidat justifiait avoir participé pendant plusieurs années à la manifestation commerciale, bien que l'objet même du contrat, c'est à dire la location ponctuelle et limitée dans le temps d'un stand, eût exclu toute possibilité de courant d'affaires entre les intéressés, la cour d'appel a violé, par fausse application, l'article L. 442 6 I 5° du code de commerce, et, par refus d'application, l'article 1134 du code civil ;

3°/ qu'une relation commerciale à durée déterminée est nécessairement précaire et incertaine quand elle dépend entièrement des conditions d'éligibilité unilatéralement arrêtées par une seule des parties ; qu'en retenant que la participation du négociant pendant quinze ans caractérisait l'existence d'une relation commerciale établie, quand l'organisateur déterminait seul les catégories d'entreprises admises à exposer ainsi que la nomenclature des produits présentés, l'admission n'emportait aucun droit d'admissibilité pour une manifestation ultérieure, de sorte que, à l'occasion de chaque manifestation, le participant était tenu de justifier de son éligibilité, la cour d'appel a violé, par fausse application, l'article L. 442 6 I 5° du code de commerce, et, par refus d'application, l'article 1134 du code civil ;

4°/ qu'en reprochant à l'organisateur de n'avoir pas respecté un délai de préavis de douze mois de nature seul à permettre au négociant de réorganiser ses activités, quand ce dernier, sauf à contester la légitimité des nouvelles conditions d'admission, ne pouvait se plaindre d'une rupture soudaine et imprévisible du seul fait que l'organisateur avait décidé de les modifier, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Mais attendu que par motifs propres et adoptés l'arrêt retient que **la qualification de relations commerciales établies au sens de l'article L. 442 6 I 5° du code de commerce n'est pas conditionnée par l'existence d'un échange permanent et continu entre les parties et qu'une succession de contrats ponctuels peut être suffisante pour caractériser une relation commerciale établie** ; que la société Comexpo, en contrepartie du paiement de diverses sommes, fournissait aux exposants la réservation d'un stand, un pack de l'exposant comportant des services de communication, des services internet à l'année, des prestations promotionnelles telles que la fourniture de cartes d'invitation ainsi qu'une assurance également obligatoire ; que la Foire de Paris ne se tenant que pendant quelques jours une fois par an, les relations entre les parties ne pouvaient matériellement se poursuivre en dehors de cette période mise à part les services Internet fournis à l'année ; que ces prestations ou une partie d'entre elles ont été fournies à la société Christian Carbonnières chaque année depuis son immatriculation au registre du commerce en mars 1991 et que des entreprises qui exposaient depuis plus de 10 ans avaient fondé leur stratégie commerciale sur cet événement majeur ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui a fait ressortir, par une appréciation souveraine de la portée des éléments de preuve, la régularité, le caractère significatif et la stabilité de la relation commerciale entre la société Comexpo Paris et la société Christian Carbonnières, a pu statuer comme elle a fait ; que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ; Et attendu que le second moyen ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

4) Sur le sort de l'application de l'article L. 442-6, I, 5° C. com., sur le régime de responsabilité et sur les clauses relatives aux litiges

a) Pour un régime de responsabilité délictuelle et/ou l'éviction des clauses

– Cass. com. 6 février 2007 (n°04-13178)

Publié au bulletin

La Cour (...) : Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu l'article L. 442-6-I 5° du code de commerce ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que les sociétés Idéal France et Dudule entretenaient des relations commerciales suivies avec la société Guiot qui leur vendait à des tarifs préférentiels ses produits destinés à la vente aux grandes surfaces ; que, se plaignant de la brutalité de la rupture de ces relations résultant, selon elles, d'une augmentation sans préavis des tarifs qui leur étaient jusqu'alors consentis par la société Guiot, les sociétés Idéal France et Dudule l'ont assignée, sur le fondement de l'article L. 442-6-I 5° du code de commerce, en paiement de dommages-intérêts ; que la société Guiot a soulevé l'incompétence territoriale de la juridiction saisie ;

Attendu que, pour dire que le tribunal de commerce de Libourne n'était pas compétent territorialement pour connaître de l'action en responsabilité engagée par les sociétés Idéal France et Dudule, l'arrêt retient que les relations habituelles et stables entre les parties depuis plusieurs années ont créé une situation contractuelle que l'une d'elle ne peut unilatéralement modifier sans préavis sans engager sa responsabilité contractuelle, ce dont il déduit qu'en raison du lieu du siège social de la société Guiot et de la clause attributive de compétence figurant dans ses tarifs, le tribunal de commerce de Nantes était seul compétent ;

Attendu qu'en statuant ainsi, **alors que le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels, engage la responsabilité délictuelle de son auteur**, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs du pourvoi :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 27 janvier 2004, entre les parties, par la cour d'appel de Bordeaux ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel d'Agen ;

– Cass. com. 21 octobre 2008 (n°07-12336)

Non publié au bulletin

LA COUR (...) : Met sur sa demande la société Seith France hors de cause ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Auramo France s'approvisionnait depuis 1988 auprès de la société allemande GmbH Seith Födertechnik en éléments terminaux d'appareils de manutention, fourches et pinces diverses ; que la société GMBH Seith Födertechnik qui n'était pas le seul fournisseur de la société Auramo France lui conférait des avantages importants constitués par des remises de 32 à 35 % ; que le 20 octobre 2000, la société Seith Födertechnik a notifié à la société Auramo la rupture des relations commerciales directes au 1er décembre 2000 et l'a invitée à adresser ses nouvelles commandes à la société Seith France et à négocier avec cette dernière des tarifs ainsi que le prix des études spéciales ; qu'après décembre 2000, la société Auramo France n'a plus acquis de matériel Seith ; qu'elle a assigné la société GmbH Seith Födertechnik et la société Seith France pour rupture brutale des relations commerciales et concurrence déloyale ;

Sur le moyen unique, pris en ses quatrième et cinquième et branches :

Attendu que ce moyen ne serait pas de nature à permettre l'admission du pourvoi ;

Mais sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu l'article L. 442-6-1-5 du code de commerce, ensemble l'article l'article 5 du règlement n° 44/2001 ;

Attendu que pour rejeter la demande de dommages-intérêts de la société Auramo France fondée sur la rupture brutale des relations commerciales établies, la cour d'appel retient que l'article L. 442-6 du code de commerce ne peut pas s'appliquer aux relations commerciales internationales, quels que puissent être les raisonnements sur la loi applicable ou sur son caractère plus ou moins impératif ;

Attendu qu'en statuant ainsi, **alors que le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de rompre brutalement une relation commerciale établie engage la responsabilité délictuelle de son auteur et que la loi applicable à cette responsabilité est celle de l'Etat du lieu où le fait dommageable s'est produit**, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les deuxième, troisième et sixième branches du moyen :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il a rejeté la demande de dommages-intérêts de la société Auramo fondée sur la violation de l'article L. 442-6 du code de commerce, l'arrêt rendu le 6 décembre 2006, entre les parties, par la cour d'appel de Colmar ; remet, en conséquence, sur ce point, 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 Comar, autrement composée ;

Condamne la société GmbH Seith Födertechnik aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette sa demande et la condamne à payer à la société Finatech la somme de 2 500 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par Mme le conseiller doyen faisant fonction de président en son audience publique du vingt et un octobre deux mille huit. **Décision attaquée** : Cour d'appel de Colmar du 6 décembre 2006

– Cass. com. 13 janvier 2009 (n°08-13971)

Publié au bulletin

LA COUR (...) : Sur le moyen unique, pris en sa première branche :

Vu l'article L. 442-6-I-5° du code de commerce ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Delor Vincent était le concessionnaire exclusif dans le département de la Lozère de la société Renault Agriculture; que se plaignant de la brutalité de la rupture de leurs relations par cette dernière, la société Delor Vincent l'a assignée, sur le fondement de l'article L. 442-6-I-5° du code de commerce, en paiement de dommages-intérêts ; que la société Renault Agriculture a soulevé l'incompétence territoriale de la juridiction saisie ;

Attendu que, pour déclarer le tribunal de commerce de Versailles incompétent territorialement pour connaître de l'action en responsabilité engagée par la société Delor Vincent, l'arrêt retient que le litige qui porte sur le point de savoir si la rupture des relations contractuelles entre les parties est intervenue dans le respect des dispositions du contrat de concession, revêt une nature contractuelle, ce dont il déduit qu'en raison de la clause attributive de compétence figurant dans ce contrat, le tribunal de commerce de Paris est compétent ;

Attendu qu'en statuant ainsi, **alors que la société Delor Vincent avait assigné la société Renault agriculture exclusivement sur le fondement de l'article L. 442-6-I-5° du code de commerce et que le fait pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels, engage la responsabilité délictuelle de son auteur, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;**

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

CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 28 février 2008, entre les parties, par la cour d'appel de Versailles ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Versailles autrement composée ;

b) Pour un régime de responsabilité contractuelle et le respect de ces clauses

Cass. civ. 1^{ère} 6 mars 2007 (n°06-10946)

Publié au bulletin

LA Cour (...) : Sur le moyen unique, pris en ses quatre branches :

Attendu que la société allemande Blaser Jagdwaffen (Blaser) a confié en 2000 à la société française Nemrod Frankonia (Frankonia),

la distribution exclusive en France des armes, qu'elle fabrique en Allemagne ; que la société allemande ayant rompu les relations commerciales avec effet au 31 décembre 2003, la société Frankonia, l'a assignée, le 22 janvier 2005, devant la chambre commerciale du tribunal de grande instance de Colmar, en réparation du préjudice subi du fait de cette rupture sur le fondement de l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce, et de celui subi pour atteinte à son image de marque ; que la société Blaser a soulevé l'incompétence de la juridiction saisie en invoquant une clause attributive de juridiction au profit du tribunal de Ravensburg (Allemagne) ;

Attendu que la société Frankonia fait grief à l'arrêt attaqué (Colmar, 24 novembre 2005) d'avoir accueilli le contredit de compétence et de l'avoir renvoyée à mieux se pourvoir alors, selon le moyen :

1°/ qu'en affirmant qu'il fallait retenir qu'il existait bien une convention cadre pour en déduire que l'action en responsabilité engagée par la société Nemrod Frankonia, contre la société Blaser Jagdwaffen était de nature contractuelle et exclure la compétence du tribunal de grande instance de Colmar, la cour d'appel a méconnu les termes du litige en violation des articles 4 et 7 du nouveau code de procédure civile ;

2°/ bien que l'action engagée fondée sur l'article L. 442-6 5 du code de commerce ait eu une nature délictuelle au sens de l'article 5 3° du Règlement communautaire du 22 décembre 2000, en affirmant néanmoins que cette action était de nature contractuelle, pour en déduire que le tribunal de grande instance de Colmar était incompétent, la cour d'appel a violé les articles L. 442-6 I 5° du code de commerce ;

3°/ qu'en affirmant que la clause attributive de compétence stipulée sur la confirmation de commande et les factures de la société Blaser Jagdwaffen devait recevoir application, après avoir relevé que la société Nemrod Frankonia avait assigné la société Blaser en réparation du préjudice provoqué par la rupture brutale d'une relation commerciale établie, la cour d'appel a violé les articles L. 442-6 I 5° du code de commerce et 23 du Règlement (CE) du Conseil n° 44/2001 du 22 décembre 2000 ;

4°/ qu'en affirmant que les dispositions de police de la concurrence invoquée par la société Frankonia n'étaient pas applicables à des fournisseurs situés à l'étranger la cour d'appel a violé l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce ;

Mais attendu qu'après avoir souverainement relevé, sans dénaturation, que la clause attributive de juridiction, figurant dans la confirmation de commande et les factures de la société Blaser qui avait été acceptée par la société Frankonia, s'appliquait à tout litige découlant de la rupture des relations contractuelles entre les parties, la cour d'appel a exactement décidé que cette clause jugée valable au regard de l'article 23 du Règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 (Bruxelles I) donnait compétence exclusive à la juridiction de l'Etat contractant désigné ; que par ce seul motif l'arrêt est légalement justifié ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

– Cass. civ. 1^{ère}, 22 octobre 2008 (n°07-15823)

Publié au bulletin

LA COUR (...) : Sur le premier moyen, pris en sa première branche :

Vu l'article 3 du code civil et les principes généraux du droit international privé ;

Attendu que la société américaine Monster Cable Products Inc (ci-après Monster Cable) a conclu le 22 octobre 1986, puis le 18 septembre 1995, avec la société française Audio marketing services (ci-après AMS) un contrat de distribution exclusive de ses produits sur le territoire français ; que l'article 7.5 du dernier contrat désigne les juridictions de San Francisco pour toute action découlant du contrat ; que la société Monster Cable a résilié le contrat le 2 août 2002 ; que la société AMS a assigné le 3 janvier 2003 la société Monster Cable devant le tribunal de commerce de Bobigny en application de l'article L. 442-6 du code de commerce pour abus de dépendance économique ;

Attendu que pour écarter la clause attributive de juridiction et reconnaître la compétence des juridictions françaises, l'arrêt retient qu'il s'agit d'appliquer des dispositions impératives relevant de l'ordre public économique constitutives de lois de police et de sanctionner des pratiques discriminatoires assimilées à des délits civils qui ont été commises sur le territoire national ;

Qu'en statuant ainsi, alors que **la clause attributive de juridiction contenue dans ce contrat visait tout litige né du contrat, et devait en conséquence, être mise en oeuvre, des dispositions impératives constitutives de lois de police fussent-elles applicables au fond du litige**, la cour d'appel a violé le texte et les principes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les autres griefs :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 28 septembre 2006, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Par Corinne Picon-Cabrol

Les majorations de durée d'assurance (MDA) en vue de la retraite viennent de faire l'objet de deux aménagements par le Parlement :

- D'une part, les MDA seront applicables aux pères et plus uniquement aux femmes et ce, en raison du principe de non-discrimination
- D'autre part, elles vont s'étendre aux professions libérales et aux Avocats

En premier lieu, il conviendra de rappeler brièvement le principe de cette mesure de majoration de durée d'assurance et son évolution législative et ensuite analyser les modifications apportées à cette mesure et leur fondement juridique.

1-Le principe et l'évolution législative des MDA

- Le principe

Jusqu' à présent, les femmes salariées du régime général de base bénéficiaient d'une majoration de leur durée d'assurance retraite d'un trimestre, pour toute année durant laquelle elles ont élevé un enfant dans la limite de huit trimestres par enfant (article L351 du Code de la sécurité sociale).

Cette mesure a été mise en place pour compenser les incidences qu'avaient la maternité et l'éducation des enfants sur la carrière professionnelle et donc sur le montant des retraites des femmes.

- L'évolution législative

Cette mesure a été instituée en 1971 par extension de l'avantage accordé en 1924 aux seules femmes fonctionnaires puis a été étendue au régime des commerçants et artisans en 1973.

En 2003, ce dispositif a été étendu aux hommes dans la fonction publique et aux autres régimes spéciaux en 2008.

2- les modifications apportées par la loi du 24 décembre 2009 n°2009-1646 et leur fondement juridique et textuel

- Les fondements juridiques et textuels de l'extension apportée aux MDA

La directive n° 2006/54 du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail, qui rassemble plusieurs directives égalité de traitement, concerne les prestations sociales puisqu'elle s'applique aux "rémunérations" (au sens de **l'article 141 du traité CE**) ainsi qu'aux régimes professionnels de sécurité sociale.

C'est en se basant sur le droit européen que la Cour de Cassation a rendu un avis le 21 décembre 2006 par lequel elle estime qu'un homme peut également bénéficier de la MDA, pour peu qu'il apporte la preuve qu'il a élevé seul ses enfants.

Dans un arrêt très récent, la Cour de Cassation a ainsi jugé « *qu'une différence de traitement entre hommes et femmes ayant élevé des enfants dans les mêmes circonstances ne peut être admise qu'en présence d'une justification objective et raisonnable ; qu'en l'absence, d'une telle justification, l'article L351-4 du Code de la Sécurité sociale qui réserve le bénéfice d'une majoration de carrière pour avoir élevé un ou plusieurs enfants est incompatible avec les stipulations de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales* » (Cass.civ 2^{ème}, 19 février 2009, n°07-20668)

C'est au regard des décisions rendues par la Haute Juridiction et du droit européen que le Parlement a été contraint d'apporter les modifications nécessaires pour être en conformité avec le principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes.

- **L'extension aux hommes et aux professions libérales**

La Loi du 24 décembre 2009 n°2009-1646 a modifié l'article L 351-4 du Code de la Sécurité Sociale.

Désormais, le nouveau dispositif institue une distinction entre la maternité (grossesse et accouchement) et l'éducation des enfants et partage en deux les huit trimestres.

Ainsi, les femmes se voient attribuer automatiquement une majoration de durée d'assurance de quatre trimestres pour chacun de leurs enfants, au titre de l'incidence sur leur vie professionnelle de la maternité (accouchement, grossesse).

Quatre trimestres sont attribués aux parents (père et mère) de l'enfant au titre de son éducation pendant les trois années suivant sa naissance.

L'attribution à un seul parent ou la répartition entre les deux se fait par déclaration auprès de la Caisse d'Assurance Vieillesse dans le délai de 6 mois à compter du 4^{ème} anniversaire de la naissance. Le silence vaut désignation de la mère ;

- **L'extension aux professions libérales et aux Avocats**

Ce dispositif est étendu aux professions libérales et aux Avocats.