

01/2011

Partenaire de



GENERATION CONSEIL



Cabinet LEXCELLIS

CORRESPONDANCE :

300 rue Auguste Broussonet

Pavillon Est

34090 Montpellier

04 67 29 98 39 / fax : 09.71.70.15.20

Associés

DANIEL MAINGUY

Avocat au Barreau de Paris

DJCE, agrégé des facultés de droit

Professeur à la faculté de droit de Montpellier

dmainguy@lexcellis-avocats.fr

BRUNO SIAU

Avocat au Barreau de Béziers

Maître de conférences à la faculté de droit de

Montpellier

bsiau@lexcellis-avocats.fr

MALO DEPINCÉ

Avocat au Barreau de Montpellier

Maître de conférences à la faculté de droit de

Montpellier

mdepince@lexcellis-avocats.fr

CORINNE PICON-CABROL

Avocat au Barreau de Béziers

Institut d'Etude Judiciaire de Montpellier

cpicon-cabrol@lexcellis-avocats.fr

Consultants :

EMMANUEL TERRIER

Maître de conférences à la faculté de droit de

Perpignan

EmmanuelTerrier@aol.com

PARIS

45, avenue Montaigne

75008 Paris

01 47 20 23 72 / fax : 01 72 00 23 73

MONTPELLIER

300 rue Auguste Broussonet

Pavillon Est

34090 Montpellier

04 67 29 98 39 / fax : 09.71.70.15.20

Attention : Le numéro de fax a changé

BEZIERS

Le Carré d'Hort

62 avenue Jean Moulin

34500 Béziers

04 67 28 50 04 / fax : 04.67.28.50.07

Association d'Avocats à Responsabilité Professionnelle
Individuelle (AARPI)

experts comptables

WWW.LEXCELLIS-AVOCATS.FR

ACTUALITES DE DROIT ECONOMIQUE

laLettreLexcellis 01/2011

Retrouvez dans laLettreLexcellis 01/2011 les dossiers et les rubriques
d'actualité et de jurisprudence :

LES DOSSIERS

DOSSIER SOCIAL : L'EGALITE DE TRAITEMENT ENTRE
SALARIES

DOSSIER CONTRAT-CONCURRENCE : A PROPOS DE
QUELQUES APPLICATIONS RECENTES DE LA SANCTION DU
DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF ENTRE CONTRACTANTS
(PROFESSIONNELS)

ACTUALITE ET DE JURISPRUDENCE

DROIT SOCIAL

CONTRATS

CONCURRENCE

CONSOMMATION, PUBLICITE ET PROMOTION DES
VENTES

AGROALIMENTAIRE, ENVIRONNEMENT, SANTE

DROIT CIVIL

*Le cabinet Lexcellis vous souhaite
une très bonne année 2011 !*

Les dossiers

DOSSIER SOCIAL : L'EGALITE DE TRAITEMENT ENTRE SALARIES

L'EGALITE DE TRAITEMENT ENTRE SALARIES MASCULINS ET FEMININS, dont est issu le principe égalitaire général aujourd'hui en vigueur en Droit social français sous l'impulsion communautaire, inclut précisément la réduction des écarts de rémunération. Il s'agit d'un programme obligatoirement élaboré au sein de toutes les entreprises soumises à la négociation annuelle obligatoire (NAO), soit les employeurs de plus de 50 salariés disposant régulièrement d'institutions représentatives du personnel ; la Loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010, portant réforme des retraites, réaménage opportunément ces mécanismes.

A l'image des branches professionnelles, et depuis une Loi du 23 mars 2006, l'entreprise employeur doit en effet avoir engagé depuis la NAO 2007 (anniversaire de la négociation annuelle : 23 mars 2007), au titre de la thématique « Egalité professionnelle », un programme de réduction active des différences de salaire encore constatées à ce jour (**cf. Communiqué du Ministère du travail du 09 avril 2010**). Or ce programme doit avoir été mis en œuvre afin de supprimer tout écart de rémunération au plus tard le 31 janvier 2011, selon le nouvel article L 2242-5-1 du Code du travail (l'article L 2242-7 du Code du travail est donc neutralisé, qui fixait jusqu'alors ce délai au 31 décembre 2010).

Il sera donc urgent à cette date, de pouvoir justifier expressément qu'aucune différence de niveau de rémunération ne s'explique autrement que par des différences objectives de compétence ou de fonction, à poste, ancienneté et carrière équivalents... Il sera de plus urgent de pouvoir justifier de ce que ce thème précis a bien été soumis à la NAO depuis 5 ans, quelle que soit d'ailleurs l'issue de la négociation : la fourniture de relevés de conclusions pour ces périodes, caractérisant l'échec des négociations loyales, suffit à exonérer l'employeur de toute responsabilité en la matière.

Les conséquences d'un manquement en la matière peuvent en effet se révéler dramatiques pour l'employeur ; au-delà des sanctions pénales principales, pouvant aller jusqu'à un an d'emprisonnement et 3 750 EUR d'amende (article L 2243-2 du Code du travail), on rappelle que des peines complémentaires de type administratif peuvent être également prononcées par le Juge (articles L 1146-1 et s. du Code du travail). Ainsi une nouvelle pénalité financière de 1 % de la masse salariale pourra être décidée à l'encontre de l'entreprise employeur, qui en outre peut être exclue des aides financières ou exonérations sociales en matière d'emploi, et donc amenée à rembourser celles lui ayant déjà profité ; la conclusion de certains contrats aidés, selon l'effectif consacré, est alors ici sérieusement neutralisée...

Mais c'est sur le plan civil que les conséquences financières peuvent être les plus lourdes et rapidement ; en effet le contentieux prud'homal en matière de discrimination abusive, notamment sexiste, ou pour le moins sur le fondement d'une rupture d'égalité, est marqué par un régime probatoire particulièrement défavorable à l'employeur. Il suffit ainsi au salarié se prétendant victime d'un tel grief, d'établir l'apparence de la différence de traitement, pour contraindre l'employeur à démontrer objectivement et de façon matériellement vérifiable, l'inexistence ou la légitimité de celle-ci.

Or si cet employeur a omis de préparer un plan de réduction des écarts de rémunération, contrairement à l'obligation légale qui lui est faite, la présomption susvisée ne pourra que difficilement être combattue... Et on souligne le fait que la nullité des actes ou des décisions de l'employeur, prononcée par le Juge civil dans ce type de contentieux, conduit automatiquement à substituer la rémunération la plus élevée à celle du défendeur, pour une période rétroactive pouvant atteindre cinq ans !

Bien sûr, les entreprises « vertueuses » qui ont (simplement...) mis de façon régulière à l'ordre du jour de la NAO, le thème visé à l'article L 2242-7 du Code du travail, peuvent sur ce point se croire à l'abri d'un tel risque de contentieux en chaîne. Attention toutefois aux modalités de négociation en matière de réduction des écarts de rémunération entre hommes et femmes : la déloyauté de la négociation peut générer les mêmes conséquences que l'absence de toute négociation.

En effet la combinaison des articles L 2242-5 et L 2323-57 du Code du travail impose à l'employeur de faire

précéder la négociation proprement dite, de la consultation des représentants internes du personnel sur le thème de l'égalité professionnelle, et ce sur la base d'un rapport écrit sur la situation comparée des conditions générales d'emploi et de formation des femmes et des hommes dans l'entreprise, et le plan d'actions correctives afférent. Or la rédaction de ce rapport exige non seulement des compétences très sérieuses en la matière, mais en outre l'accès à des informations rarement recollées dans les PME : en effet selon la Loi, «... *Ce rapport comporte une analyse permettant d'apprécier, pour chacune des catégories professionnelles de l'entreprise, la situation respective des femmes et des hommes en matière d'embauche, de formation, de promotion professionnelle, de qualification, de classification, de conditions de travail, de rémunération effective et d'articulation entre l'activité professionnelle et l'exercice de la responsabilité familiale. Il est établi à partir d'indicateurs pertinents, reposant notamment sur des éléments chiffrés, définis par décret et éventuellement complétés par des indicateurs tenant compte de la situation particulière de l'entreprise. Il recense les mesures prises au cours de l'année écoulée en vue d'assurer l'égalité professionnelle, les objectifs prévus pour l'année à venir et la définition qualitative et quantitative des actions à mener à ce titre ainsi que l'évaluation de leur coût. ...*»

Ainsi il ne s'agit pas pour l'employeur de se contenter de fournir simplement des données, aussi volumineuses ou complexes soient-elles : c'est bien l'analyse menée et expressément rédigée par ledit employeur (ou son Conseil), que le Comité d'entreprise ou les Délégués du personnel vont avoir à étudier, et qui sera de même remise aux délégués syndicaux avant la prochaine NAO. Bien entendu le site internet de l'Administration du travail propose sur ce point un outil d'aide à la réalisation du diagnostic, et à la rédaction des rapports de situation comparée (en distinguant les entreprises dont l'effectif est supérieur ou inférieur à 30 équivalent-temps-plein).

Mais il convient pour l'entreprise employeur de prendre au sérieux la réalisation et le suivi d'un tel « tableau de bord » ; l'obligation en matière d'égalité professionnelle ne s'éteint pas à la fin de l'année 2011. Or le Ministère du travail a récemment annoncé une réforme des aides publiques en matière de réduction des inégalités professionnelles (**Cf. Communiqué du 11 juin 2010**) : on rappelle en effet que si l'employeur négligent peut être condamné à rembourser les aides et exonération sociales reçues, l'entreprise diligente peut en revanche percevoir des abondements financiers publics !

Bruno Siau

DOSSIER CONTRAT-CONCURRENCE : A PROPOS DE QUELQUES APPLICATIONS RECENTES DE LA SANCTION DU DESEQUILIBRE SIGNIFICATIF ENTRE CONTRACTANTS (PROFESSIONNELS)

Commençons par le commencement : l'article L. 442-6, I, 2° C. com. et sa mystérieuse faute posée par la LME de 2008 :

"I. 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 registre des métiers, le fait de (...)

2° Soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties."

Ce texte pour qui l'aurait omis, s'inscrit dans le champ des *pratiques restrictives de concurrence* c'est-à-dire des « infractions concurrentielles » qui sont sanctionnées indépendamment de leur effet sur le marché, et visait à « civiliser » la sanction, quasi-impossible, de l'abus de situation de dépendance économique (C. com., art. L. 420-2, al.1^{er}).

On observera en outre que ce texte met en œuvre un régime de *responsabilité* dont le régime, délictuel ou contractuel, pourrait dépendre de la source, contractuelle ou non contractuelle, du déséquilibre, même si la jurisprudence récente rendue à propos de l'article L. 442-6, I, 5° tend à faire de ce texte soit un régime de responsabilité délictuel, soit un régime de responsabilité autonome (Comp. : Cass. com. 13 janv. 2009, n°08-13971 en matière interne et Cass. civ.1^{ère}, 22 oct. 2008, n°07-15823, en matière internationale). Sur ce chapitre, on pourrait également se demander si le mécanisme visé identifie un régime de responsabilité pour faute prouvée ou pour faute présumée comme c'était le cas de l'ex-sanction des discriminations (Comp. Cass. com., 6 avr. 1999, n°97-11288).

On observera également qu'il s'inscrit dans le texte plus global de l'article L. 442-6 du Code de commerce, dont le passage le plus appliqué (et de très loin) reste l'article L. 442-6, I, 5° qui concerne la rupture brutale de

relations commerciales établies, formule ambiguë qui tend, en pratique, à absorber tout le contentieux de la rupture des contrats de distribution.

Or ce texte connaît un « III » qui permet au ministre de l'économie, par la plume de la DGCCRF, d'engager une action aux côtés ou, éventuellement à *la place* des parties « victimes », pour demander, en outre, une amende de 2 millions d'euros).

Il n'échappera à personne que le vocabulaire utilisé « soumettre », « déséquilibre significatif » est empreint d'une certaine violence. Cette violence est en outre une violence *contractuelle* : c'est bien un déséquilibre significatif *dans les droits et obligations des parties* dont il s'agit, ce qui replace la question de savoir ce que le droit de la concurrence peut bien avoir à faire avec cette question qui a peut-être à voir avec celle de la violence économique ou bien encore des formes subtilement substituées de la lésion (*comp* ; D. Mainguy et J.-L. Respaud, *Droit des obligations, Ellipses, 2008*).

Enfin, ce vocabulaire est à rapprocher de celui des règles du *droit de la consommation* et notamment de l'article L. 132-1 C. consom. qui sanctionne les *clauses abusives* avec cette différence, essentielle que les clauses abusives opposées à un consommateur sont réputées non écrites et répondent à un « cahier des charges » posé par le Code de la consommation, tandis que les « clauses abusives » entre professionnels (celles de l'article L. 442-6, I, 2°) sont simplement sanctionnées par le jeu de la responsabilité de l'« abuseur » (sauf action du ministre qui peut demander la *nullité* de la clause). Une différence cependant, où les clauses abusives des contrats de consommation sont envisagées de manière unilatérales (celles souscrites au déficit du consommateur), elles le sont de manière bilatérale dans les relations entre professionnels.

La doctrine demeure circonspecte devant ce texte (Comp : M. Béhar-Touchais, RDC 2009, p. 202, p. 1258, M. Cousin, JCP, éd. E. 2008, 2288, M. Malaurie-Vignal, CCC 11/2008, Dossier, 5.) : que peut bien signifier la notion de déséquilibre significatif dans ce texte ? Suppose-t-il une application consumériste, supposant un abus de puissance, contractualiste par une appréciation de la cause ou de l'intérêt des contractants ou encore une application de l'abonne foi dans les contrats, ou concurrentialiste par l'identification d'une situation de dépendance ? Les différences sont essentielles. L'approche consumériste est importante mais limitée.

Par exemple l'article L. 132-1 C. Consum. ne porte pas sur l'objet principal ni sur l'adéquation du prix au bien vendu ou au service rendu. L'approche contractualiste est globale mais complexe puisque l'appréciation du déséquilibre contractuel suppose, d'une part, que le juge puisse s'insérer dans le contrat, ce qui révolue beaucoup de juristes, et d'autre part qu'il fasse échec au principe sacré selon lequel la lésion, en tant que concept, est limitée à des contrats désignés et enfin que les prestations réciproques sont réputées proportionnées. Quant à l'approche concurrentialiste, elle est tout aussi globale mais suppose des critères d'application propre à sa méthode de raisonnement : un marché, un abus sur ce marché.

En réalité, nous n'en savons rien, d'une part parce que, face à un texte aussi indéterminé, ce n'est certainement pas la doctrine qui guidera l'interprétation, mais le juge et, en définitive, le juge souverain, la Cour de cassation pour nous, privatistes. On peut imaginer ou bien qu'il fera l'objet d'une interprétation isolée, parce qu'inséré dans un corpus, les règles de concurrence, et une ambiance, celle des relations de la grande distribution, ou bien qu'il s'inscrira dans le débat plus large du contrôle des clauses exagérées (Comp. D. Mainguy, RDC 2008, p.1030, F. Rome, D.2008, 2337), et ce dans un ensemble faisant corps avec l'alinéa précédent (C. com., art. L. 442-6, I, 1°) qui, toujours pour promettre un mécanisme de responsabilité, stigmatise l'obtention d'avantages ne correspondant à aucun service commerciale effectivement rendu (c'est l'équivalent de l'absence de cause) ou *manifestement disproportionné* au regard de la valeur du service rendu (c'est déjà plus original, la lésion qualifiée, dans tous les contrats).

On observera également que la Cour de cassation et les juges n'éprouvent aucune difficulté pour apprécier le caractère proportionné ou disproportionné d'une clause de non concurrence, pour apprécier l'existence d'une faute grave, d'un délai déraisonnable, le caractère « manifestement excessif ou dérisoire » d'une clause pénale, etc. et que l'on peut imaginer qu'ils n'auront aucune difficulté pour apprécier le caractère « significatif » d'un déséquilibre, pour autant qu'ils soient saisis. Au fond, c'est exactement le même problème que celui du contrôle des clauses exagérées *en droit des contrats*, c'est-à-dire par l'utilisation des techniques contractuelles parfois byzantines (Comp. D. Mainguy, Défense, critique et illustration du projet de réforme du droit des contrats, D. 2009, Chr. p. 308), sauf qu'il s'agit, ici, d'envisager des mécanismes contractuels moins visités,

par l'utilisation de la technique, nouvelle, de sanction des pratiques restrictives de concurrence associant régime de responsabilité civile et action publique. Ce ne sont plus de classiques clauses limitatives de responsabilité, clauses de non concurrence ou clauses pénales qui sont visées, mais des techniques d'escompte pour paiement anticipé, de paiement de commissions de gestion d'un référencement, de participation à un catalogue, de fourniture d'études statistiques, de participation à des publicités croisées, etc.

C'est donc le contenu et la qualité des relations sophistiquées que sont ces nouveaux contrats dont le modèle est celui des relations de la grande distribution avec ses fournisseurs qui sont visés, et ce indépendamment de l'impact sur le marché des questions traitées. Pendant vingt ans environ, ces relations ont été envisagées sous le chapeau de l'interdiction des discriminations contractuelles et tarifaires : on peut comprendre que la suppression de la tête de chapeau n'affecte que de manière superficielle le raisonnement des juges.

Précisément, l'année 2010 a été, de ce point de vue assez riche d'exemples d'applications de l'article L 442-6, I, 2° du Code de commerce. Plusieurs actions ont en effet été engagées par la DGCCRF (*id est* le ministre de l'économie) contre des groupes de la grande distribution, forte du succès de ses actions passées et tranchées en 2008, pour reconnaître le caractère autonome de l'action du ministre. La contradiction n'est cependant pas achevée, comme en témoigne la question prioritaire de constitutionnalité soulevée dans l'une de ces affaires. Devant le tribunal de commerce de Bobigny (Bobigny ? une question de compétence aurait pu, en outre, être posée si on combine ces questions, substantielles, avec celles processuelles, posées par l'article D. 442-3 et 4 C. com.) qui formulent une QPC, dont la Cour de cassation livre celle du Galec et de Système U : « *L'article L. 442-6, I, 2 du code de commerce porte-t-il atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, plus précisément, au principe de légalité des délits et des peines consacré par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 ?* ». En effet, si on admet que le Ministre peut agir pour demander une amende de 2 millions d'euros, seul, on peut admettre que ce texte s'inscrit dans la « matière pénale » au sens de l'article 6 de la CEDH, supposant alors le respect du principe de légalité des crimes et des peines, et ce faisant, que le texte d'« incrimination » soit suffisamment précis, ce que les termes « déséquilibres significatifs » laissent en

suspens, à lire la demande dans le jugement du Tribunal de commerce de Bobigny du 13 juillet 2010, mais également la Cour de cassation qui a transmis cette QPC le 15 octobre 2010 (Cass. com. 15 oct. 2010, n°10-40039, cf. infra).

La Cour d'appel de Nîmes avait préalablement rendu un arrêt, le 25 février 2010 dans une affaire engagée par le Ministre contre Carrefour, ce dernier considérant que l'article L. 442-6, I, 2° était contraire à la CEDH. En l'espèce il s'agissait d'une action engagée sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2°a) (avant la réforme de 2008 donc, et portant que des « avantages manifestement disproportionnés »), par le Ministre, contre Carrefour qui, dans un contrat de collaboration avec la société Arjo Wiggins Canson (AWC) aurait facturé des prestations de service du centre de règlement des fournisseurs, décrites dans le contrat, moyennant une commission forfaitaire (1,5% en 2003 et 2% en 2004) assise sur le chiffre d'affaires réalisé qui traduirait une telle rémunération manifestement disproportionnée, car AWC n'aurait en réalité utilisé qu'une partie de ces services (l'utilisation d'un site internet dédié de Carrefour pour le traitement comptable des factures), et que le montant était disproportionné en ce sens que le prix payé aurait permis d'utiliser deux comptables et demi chez AWC et alors que la même prestation avec une autre société GPV (pour un chiffre d'affaires voisin) avait coûté 0,3% seulement. Ergo, la Cour d'appel de Nîmes condamne Carrefour à payer une somme comblant la différence entre 1,5 et 2% et 0,3% ainsi qu'une amende civile de 150 000 €. Au final, sous couvert de l'application de l'article L. 442-6, I, 2° et la sanction du *déséquilibre significatif*, c'est à la résurrection de la sanction des discriminations à laquelle on assiste.

Où l'on voit, par conséquent, d'une part que la confusion, prévisible (comp : D. Mainguy, J.-L. Respaud et M. Depincé, Droit de la concurrence, Litec, 2010, n°153 s.), entre le traitement discriminatoire et tous les autres éléments de l'article L. 442-6 du Code de commerce revient à réveiller la notion de discrimination contractuelle, quel que soit son sort législatif, et d'autre part, à attiser la convoitise de l'administration, attirée comme un aimant par la perspective de récupérer une « contribution » très indirecte par le biais de l'amende de l'article L. 442-6, III.

C'est à peu près le même chose pour l'action contre Castorama, qui a donné lieu à un jugement du Tribunal de commerce de Lille du 6 janvier 2010 (RDC 2010, p.

928, obs. M. Béhar-Touchais), s'agissant cette fois d'une pratique consistant, à compter de 2009, pour Castorama, à demander des acomptes mensuels des ristournes de ses fournisseurs, par virement et d'associer ce paiement à des intérêts moratoires considérés comme abusifs, le tout constituant, pour le Tribunal, trois pratiques abusives distinctes, pour une amende de 300 000 €.

Ce qui pose problème, dans ces affaires, ce n'est pas que le juge ait appliqué l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, ou qu'il l'ait appliqué bien ou mal. L'existence d'un litige est incontestable pas davantage que l'opportunité d'une action en justice. Ce qui pose difficulté en premier, et qui ne peut être résolu d'un trait de plume, c'est la sociologie des relations de la grande distribution, des centaines de fournisseurs d'un côté, soit des multinationales jouant le jeu de la concurrence mondiale et donc des délocalisations, soit des PME confrontée à la dureté de cette concurrence mondiale, et un poignée d'entreprises de la grande distribution dont la fonction est globalement favorable à la conception actuelle du droit de la libre concurrence (le bonheur du consommateur). Le rapport Canivet de 2004 contenait déjà tous les éléments permettant de comprendre cette réalité ; elle est essentielle mais elle ne résout pas la question posée. La difficulté juridique pratique tient au fait que le texte utilisé (puisque'il faut bien un texte dans la logique des règles de procédure civile) sert de *prétexte légal* pour engager des actions contre les entreprises de la grande distribution sur un fondement à pertinence douteuse. Il s'agit en effet d'obtenir condamnation en plus des indemnités éventuellement dues, à une amende civile dont le caractère cryptopénal est évident, alors même que le texte en question est par définition un texte imprécis, peu fiable à l'appréciation multiple. Tout le monde est d'accord pour que les pratiques parfois exagérées, d'autre fois franchement scandaleuses de certaines entreprises de la grande distribution soient sanctionnées, notamment comme dans l'affaire ayant donné lieu au jugement de Lille, lorsque l'on observe un contournement massif des règles établies en matière de délais de paiement, mais pour autant que cela sur une base claire et relativement prévisible, et respectant un tant soit peu les principes élémentaires de la procédure civile et pénale. Pour le reste en revanche, comment le juge peut-il apprécier l'existence d'un déséquilibre significatif ou un avantage manifestement disproportionné sans effectuer soit une analyse économique précise des coûts, soit en faisant une comparaison ? Dans les deux cas, le rôle du juge est radicalement nouveau : il lui est demandé de vérifier que

le prix X demandé pour la prestation Y est le « juste prix ». Ce faisant, il peut utiliser la méthode concurrentielle : le juste prix est le juste prix de marché (ce qui impose une analyse anticoncurrentielle, au sens des pratiques anticoncurrentielles), soit la méthode comparative, le juste prix est le prix demandé aux autres, c'est-à-dire non discriminatoire, impliquant l'identification de contreparties réelles.

Peu importe, alors, la façon dont le Tribunal de commerce de Lille, comme la Cour d'appel de Nîmes raisonnent : il s'agit d'un raisonnement emprunté à celui du droit de la consommation, fondé sur le pouvoir unilatéral de l'entreprise de la grande distribution, faisant clairement la part entre le « méchant » et le gentil », le dominant et le dominé, et retrouvant l'idée que les discriminations tarifaires doivent être évincées, quand bien le texte qui les sanctionnait aurait disparu ! Au fond, en effet, il suffit d'utiliser le jeu de l'article 1382 du Code civil : « tout fait de l'homme, etc. » en passant par l'ouverture au raisonnement en termes de responsabilité civile par l'article L. 442-6 pour stigmatiser une pratique... relevant de relations privées, sur le fondement d'une règle qui n'appartient ni au droit pénal ni au droit de la libre concurrence, alors même qu'elle est, en pratique, engagée par le Ministre de l'Economie.

D'où l'interrogation de la « conformité » de la loi qui conteste la « validité » des pratiques, celle de l'article L. 442-6 du Code de commerce. Cette validité peut être contestée au regard des règles constitutionnelles, c'est l'objet de la QPC qui devrait faire l'objet d'une décision du Conseil constitutionnel début 2011.

Cette règle peut également être contestée sur le fondement de la CEDH, on songe à son article 6 (droit à un procès équitable et principe d'égalité des armes), 7 (pas de peine sans loi), ce qui permet au juge d'écarter au besoin la règle nationale, ou sur le fondement de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art. 47, 48 et 49), dans le but que le juge écarte d'autorité l'article L. 442-6, I, 2° ou qu'il pose une question préjudicielle à la CJCE, ce que le Tribunal de commerce de Lille a refusé dans un jugement du 27 octobre 2010 (et on peut regretter que la question n'ait pas été posée en ces termes dans l'arrêt du 15 octobre 2010, celle-ci ayant la possibilité, comme elle l'a montré dans son arrêt *Melki* du 29 juin 2010, de séparer la question *prioritaire* de constitutionnalité de celle tout aussi prioritaire, de conventionalité).

On pourra modifier ce texte comme on l'entend, dans tous les sens, et c'est d'ailleurs ce que tous les gouvernements ont fait allègrement depuis vingt ans à raison d'une modification tous les deux ans en moyenne, que cela n'y changera rien. Le problème économique est celui de la confrontation entre la grande distribution et ses fournisseurs, de la concurrence verticale qui en résulte, passablement complexe en raison de l'absence d'uniformité dans les deux camps, et de la concurrence horizontale existant dans chacun de ces deux camps. La concurrence verticale n'est pas régulée par l'abus de situation de dépendance économique ni par un hypothétique abus de puissance d'achat, parce que, au fond, le consommateur profite de cette concurrence qui tire les prix vers le bas. La concurrence horizontale entre les fournisseurs est guidée par cette concurrence de telle manière que, face à un nombre restreints d'acheteurs, la guerre des prix vers le bas conduit à une guerre sur la valeur ajoutée restreinte qui subsiste (et ce faisant à provoquer des délocalisations), par une mécanique implacable. Si l'on suppose, en effet, qu'une chose qui coûte 50 à fabriquer est vendue 100 à la grande distribution, la différence de 50 attire la convoitise de l'acheteur qui utilise son pouvoir de marché (*id est* de négociation) pour exiger un prix plus bas, sous quelque forme que ce soit, remise, ristournes, rémunération de services, jusqu'à ce que le fournisseur ait intérêt à faire fabriquer ailleurs, moins cher, pour conserver un intérêt à produire, conduisant à une nouvelle grille de tarif et de lutte sur ces derniers, le tout alors que fournisseurs et acheteurs ne peuvent s'entendre sur les prix, de sorte que cette concurrence est *imposée*. On déborde, bien entendu, de l'appréciation strictement juridique de l'application de l'article L. 442-6 du Code de commerce, mais c'est précisément ce défaut d'approche globale qui crée les surprises dans leur approche juridique.

L'un des problèmes, outre la question de savoir si la méthode concurrentielle globalisée est justifiée (c'est-à-dire indépendamment de la prise en compte des phénomènes de dumping social, fiscal, financier, environnemental, etc.), réside peut-être dans le maintien de cette zone grise du droit français que sont les pratiques restrictives de concurrence, à mi-chemin entre les techniques de concurrence déloyale (qui ont plus à voir avec la protection des créations immatérielles qu'avec la concurrence) et celles des pratiques anticoncurrentielles (mais dont la mise en œuvre implique un effet sur le marché et qui échappe grandement au juge ordinaire). Ou bien par conséquent,

ces pratiques sont supprimées en tant que telles et sont, soit rangées dans le champ des règles de concurrence déloyales, qui pourraient d'ailleurs être légalement déterminées comme c'est le cas aux Etats-Unis ou en Allemagne par exemple (c'était l'une des propositions du rapport Canivet par exemple), soit sanctionnées au titre des pratiques anticoncurrentielles, ou bien au contraire, et fort de la tradition colbertiste française, la sanction de ces pratiques est renforcée, mais alors avec quelques contrôles élémentaires en matière de procédure civile : respect du contradictoire, des droits de la défense et du procès équitable.

D. Mainguy

Actualité et Jurisprudence

DROIT SOCIAL

Intéressement et participation.

Un principe général de participation des salariés aux fruits (et à la gestion...) de l'entreprise, impose à cette dernière de provisionner sur le résultat positif de l'exercice écoulé, une réserve dites de participation, octroyant individuellement à chaque salarié une part de ces bénéfiques. Exonérés de cotisations sociales strictement, et d'impôts et taxes, ces droits à participation sont bloqués en principe pour une durée de cinq ans (des cas de déblocage anticipé sont légalement prévus), et constituent désormais avec la prévoyance d'entreprise, les axes majeurs de l'épargne salariale.

Seules les entreprises dont l'effectif atteint au moins 50 salariés équivalent-temps-plein sont soumises à cette obligation légale, les autres étant cependant autorisées à négocier un accord collectif d'intéressement, organisant des mécanismes similaires d'épargne interne bloquée. Cet effectif doit avoir toutefois été atteint pendant 6 mois pour imposer à l'entreprise un tel prélèvement sur son résultat : c'est dire que le calcul de l'effectif peut évidemment donner lieu à contentieux (Cour de cassation, chambre sociale, 08 décembre 2010 (pourvoi n° 09-65.380, publié au bulletin).

Par ailleurs, la condition sine qua non du droit à participation des salariés, c'est bien qu'un bénéficiaire ait été dégagé à l'issue de l'exercice de référence ; ce résultat doit être suffisant, et donc atteindre selon la Loi, 5 % des capitaux propres de l'entreprise employeur. Là encore la matière est propice à l'affrontement des interprétations tant juridiques que comptables, ainsi que l'illustre régulièrement la jurisprudence (Cour de cassation, chambre sociale, 08 décembre 2010 (pourvoi n° 09-65.810, publié au bulletin).

Bruno Siau

Règlement intérieur : un nouvel arrêt de la Cour de cassation vient renforcer les obligations des employeurs

Le pouvoir de direction reconnu à l'employeur, autrement dit l'autorité exercée sur les travailleurs subordonnés, est composé de celui de donner les ordres et instructions, de celui de contrôler l'exécution de ces ordres et instructions, et de celui de sanctionner disciplinairement la mauvaise exécution ou l'inexécution des salariés. Le pouvoir disciplinaire est sans doute le plus emblématique de tous, et ce pouvoir coercitif exorbitant du Droit commun est encadré de façon spécifique par le Code du travail.

Ainsi d'une part une procédure formelle doit être respectée par l'employeur dans l'exercice de son pouvoir disciplinaire, dont le Juge contrôle la régularité et la proportionnalité, et d'autre part dans les entreprises d'effectif supérieur à 20 salariés, l'employeur doit entre autre choses exprimer son droit disciplinaire au sein d'un document formel, le règlement intérieur. Cette norme applicable au sein de l'entreprise, est un acte unilatéral qui engage l'entreprise-employeur : or la jurisprudence sociale vient de renforcer cet engagement, par une décision qui devrait amener l'ensemble des entreprises concernées à revoir leur règlement intérieur (Cour de cassation, chambre sociale, 26 octobre 2010 (pourvoi n° 09-42.740, publié au bulletin) ...

Bruno Siau

Contentieux judiciaire collectif de travail : remarques processuelles

Le contentieux prud'homal apparaît souvent comme le seul concernant l'application de la réglementation sociale ; pourtant les relations collectives sont le siège de nombreux litiges qui peuvent dégénérer en procès. Or seul le Juge de Droit commun est compétent pour

appréhender de telles actions, notamment le Président du Tribunal d'Instance, en tant que Juge de l'élection, pour ce qui intéresse la désignation des représentants internes du personnel.

A cette occasion, des mécanismes procéduraux subtils sont mis en œuvre, ainsi que l'illustrent par exemple les arrêts ici commentés. Par ailleurs les débats sont immanquablement impactés par l'originalité des institutions représentatives du personnel dans l'entreprise : ainsi le Comité d'entreprise est une personne morale sans statut, qui tire de la Loi seule son existence, sa composition et ses règles de fonctionnement.

De la même manière, la Section syndicale profite bien d'une existence propre, de moyens et de protections, mais sans bénéficier de la personnalité juridique. Encore le simple candidat aux élections professionnelles, bénéficie des dispositions spécifiques réservés aux représentants du personnel, et ce même en cas d'échec de sa candidature...

A l'occasion de ces arrêts de décembre, la Cour de cassation rappelle en premier lieu qu'un syndicat légitime (soit répondant aux conditions légales constitutives, et ce quelle que soit sa représentativité) peut contester la validité d'une candidature, comme il peut contester la régularité des élections elles-mêmes. Il dispose ici d'un intérêt à agir, et ce même s'il a conclu sans réserve le protocole pré-électoral (Cour de cassation, ch. Sociale, 1^{er} décembre 2010, pourvois n° 10-60.163 et n° 10-60.192 (Publié au bulletin).

S'agissant dudit protocole pré-électoral, le Juge souligne qu'il ne peut déroger aux dispositions légales en matière d'élections, c'est-à-dire ni au Code du travail ni au Code électoral. Selon la réglementation sociale, les conditions d'éligibilité s'apprécient au jour du premier tour de scrutin : aucune autre date ne peut être décidée par les partenaires sociaux, sans que l'on ait à prendre en compte un quelconque principe de faveur (Cass. soc., 1^{er} déc. 2010, préc.).

Enfin les institutions représentatives du personnel de l'entreprise peuvent agir en Justice, uniquement dans le cadre de la défense de leurs intérêts propres si elles ne sont pas syndicales : Délégué du personnel, CHSCT, Comité d'entreprise, etc. Or en la matière, s'il s'agit d'une personne morale, elle est soumise aux dispositions classiques applicables, concernant leur structure.

Ainsi par exemple le Comité d'entreprise n'existe qu'à la condition et qu'à compter de la proclamation des résultats des scrutins professionnels : dans l'hypothèse où les élections sont par suite annulées, ce Comité est automatiquement dissous. Or s'il a initié ente temps un

contentieux judiciaire, l'action sera alors suspendue dans l'attente de la désignation d'une nouvelle institution ; le Juge peut alors ordonner des mesures expresses à la charge des parties, conditionnant la reprise d'instance (Cour de cassation, ch. Sociale, 1^{er} décembre 2010, pourvoi n° 09-13.010 inédit).

Bruno Siau

La logique de la Chambre sociale

La Cour de Cassation communique activement, sans le dire expressément, au sujet de la jurisprudence sociale par laquelle elle entend sans doute « corriger » les conceptions du Législateur... Toutefois sa logique n'apparaît pas souvent clairement, et l'on ne saurait dire, par exemple, si elle bénéficie ou pas au salarié ; en revanche la surprise est toujours au rendez-vous des pourvois !

Ainsi dans les deux illustrations reportées ci-dessous. En premier lieu l'employeur qui doit engager la procédure disciplinaire dans les deux mois de sa connaissance de la faute commise par le salarié, doit de plus justifier l'avoir engagée dans un délai restreint (Cour de cassation, chambre sociale, 24 novembre 2010 (pourvoi n° 09-40.928, publié au bulletin, premier moyen).

En revanche il n'a pas à respecter le délai de 5 jours ouvrables entre la convocation et l'entretien préalable, lorsque ce dernier a été différé à la demande du salarié et qu'il réitère ladite convocation (2^{ème} espèce). Ceci posé, le salarié qui réclame le paiement d'heures supplémentaires peut se contenter de verser un simple décompte personnel, ce qui oblige l'employeur à démontrer la réalité de la durée de travail de son adversaire (Cass. soc., 24 nov. 2010, préc., second moyen).

Bruno Siau

Encore la clause de non-concurrence (Cour de cassation, chambre sociale, 17 novembre 2010 (pourvoi n° 09-42.389, publié au bulletin)...

La Chambre sociale de la Cour de cassation semble inciter l'employeur à renoncer à toute restriction de concurrence à l'encontre des anciens salariés. Après avoir en effet construit un véritable Droit dérogatoire de la clause de non-concurrence, elle poursuit une œuvre jurisprudentielle propre à décourager les entreprises de se protéger contre les attaques commerciales inévitables, que livreront les anciens collaborateurs débauchés le cas échéant par les concurrents.

Ainsi l'on sait que la clause prévoyant le versement de

l'indemnité obligatoire, contrepartie de l'obligation de non-concurrence, pendant l'exécution du contrat de travail c'est-à-dire avant le déclenchement de cette obligation salariale, annule cette dernière et autorise le salarié à pratiquer une activité concurrentielle. Toutefois cette indemnité que l'employeur a versée, est dépourvue de toute cause, en l'état de la nullité de la clause qui la prévoit ; l'employeur, dont ici on ne peut imaginer la mauvaise foi (...), peut donc songer à en solliciter le remboursement, notamment lors de demandes reconventionnelles en cas de contentieux prud'homal : loin de tout logique, ce n'est pas la solution admise par le Juge !

Bruno Siau

CONTRATS

Imprévisible imprévision

Cas s. com. 29 juin 2010 (n°09-67369)

La question de la révision pour imprévision d'un contrat est souvent mal nommée. L'arrêt de principe, [Canal de Craponne](#), invite en effet à une solution radicale en la matière. Dans l'affaire dite du Canal de Craponne qui date de 1876, il était demandé au juge de valider une augmentation d'un prix fixé en 1560 et révisé en 1834 et ce faisant de substituer une clause de prix à une autre. Pas plus aujourd'hui, qu'hier, cette solution n'est *a priori* admissible. Au-delà des arguments substantiels pour admettre ou rejeter la prise en compte de l'imprévision, un premier argument repose sur le fait que le juge ne saurait par principe se substituer aux parties ; cet argument n'est pas certain dans la mesure où le juge est en mesure d'annuler des clauses, de créer des obligations non explicitement prévues par les parties. Un second argument plus assuré repose sur la difficulté qu'il y aurait pour le juge à identifier, *à la place des parties et dans un système de liberté contractuelle*, un prix : quel serait le critère retenu par le juge, un prix possible, un prix de marché, un prix établi par expert ? Cette solution n'est pas impossible, mais très malaisée.

Par ailleurs, le débat autour de ce qu'il est convenu d'appeler la *révision du contrat pour imprévision* n'est pas centré autour de la *révision* du contrat.

La question posée est celle de l'observation d'un changement de circonstances économiques à un moment particulier de l'exécution d'un contrat comparées à celles qui présidaient au moment de la formation de ce contrat (augmentation du coût des

matières première, de l'approvisionnement, du coût du travail, du renforcement de la législation, évolution d'un taux de change, etc.). Les choses aillant changé, le contrat devrait changer lui aussi, s'adapter, sauf à créer un profit indu à l'une des parties, et une perte corrélative pour l'autre. Les arguments, substantiels cette fois sont connus : le recours à l'équité, à la bonne dans l'exécution du contrat, l'abus de droit, l'enrichissement sans cause, la force majeure, le jeu d'un mécanisme dit « *rebus sic stantibus* » : la formation du contrat étant subordonnée à un certain état de chose, le contrat dure tant que cet état de chose demeure. Ces arguments se heurtent à l'idée selon laquelle, si réellement cette hypothèse de changement avait intéressé les parties, elles l'auraient prévu, par une clause d'adaptation, une clause de *hardship*.

Autre est, cependant, la question de savoir si, face à un changement de circonstances économiques majeur (et tout l'art du juriste consistera à faire la part entre le « majeur » et le « non majeur »), si celui subit ce changement demande à celui qui en profite de renégocier le contrat, le refus de ce dernier ne s'analyse pas en une inexécution d'une obligation de renégociation du contrat du fait de ce changement. Ce raisonnement suppose que le juge soit en mesure d'identifier une telle obligation de renégociation. Il le peut, de sa propre initiative, avec le recours de l'article 1134, al.3 du Code civil : il n'est pas unimaginable que l'on puisse admettre que l'exigence d'exécution de bonne foi du contrat conduise à identifier, en cas de changement des circonstances économiques, une obligation de renégociation, *inhérente* aux contrats de longue durée. C'est d'ailleurs l'une des lectures possibles des arrêts bien connus du 3 novembre 1992 (*Huard* : Cass. com. 3 nov. 1992, *Bull. civ.* IV, n°338, *JCP* 1993, II, 22164, note G. Virassamy, *RTD civ.* 1993, 124, obs. J. Mestre) et du 24 novembre 1998 (*Chevassus-Marche* : Cass. com. 24 nov. 1998, *Bull. civ.* IV, n°277, *JCP* 1999, I, 143, n°6, obs. Ch. Jamin, II, 12210, note Y. Picod, *Defrénois*, art. 36953, p.371, obs. D. Mazeaud, *Contr. conc. consom.* 1999, n°56, obs. M. Malaurie-Vignal, *RTD civ.* 1999, p. 98, obs. J. Mestre) ou de l'arrêt, encore plus ambiguë du 16 mars 2004 (Cass. civ. 1^{ère}, 16 mars 2004, *RDC* 2004/3, p. 642, obs. D. Mazeaud, *D.* 2004, p.1754, note D. Mazeaud, *RTD civ.* 2004, p. 290, obs. J. Mestre et B. Fages). Dans cette affaire, une société avait obtenu, par un contrat de sous-concession d'une durée de dix ans, l'exploitation d'un restaurant à caractère social et d'entreprises, moyennant le paiement d'un loyer annuel au concessionnaire initial, une association, et une redevance au concédant, une commune. Les

circonstances économiques changées, la société exploitante demandait la résiliation du contrat, que la Cour de cassation refusait cependant : car la société exploitante « *mettait en cause le déséquilibre financier existant dès la conclusion du contrat et non le refus injustifié de la commune et de (l'association) de prendre en compte une modification imprévue des circonstances économiques et ainsi de renégocier les modalités du sous-traité au mépris de leur obligation de loyauté et d'exécution de bonne foi* » et ajoutait qu'elle « *ne pouvait fonder son retrait brutal et unilatéral sur le déséquilibre structurel du contrat que, par sa négligence ou son imprudence, elle n'avait pas su apprécier* ». Il est clair que cette solution ne rejette pas par principe l'existence d'une obligation de renégocier le contrat ; elle ne l'admet pas non plus et se borne à considérer que, au fond, le problème soulevé relevait de la question de *l'économie du contrat* qui est un problème, rare, de formation du contrat.

L'arrêt du 29 juin 2010 présente le même type d'ambiguïté : ici aussi un contrat de longue durée est conclu, les circonstances économiques liées à sa formation ont changé au cours de l'exécution. Le créancier avait assigné *en référé* le débiteur pour qu'il soit astreint à exécuter le contrat, au nom de la force obligatoire du contrat. La Cour d'appel de Paris en avait ainsi décidé, considérant que l'obligation à la charge du débiteur, réviser les moteurs comme c'était l'objet du contrat, n'était pas sérieusement contestable, quand bien même ce débiteur invoquait, entre autres arguments, le fait que l'évolution des circonstances économiques avait eu pour effet de créer un déséquilibre contractuel de sorte que le contrat était privé de toute contrepartie réelle, rendant ainsi, au contraire, contestable, la prétention du créancier et invitant à rejeter l'action en référé. Cassation, alors : « *qu'en statuant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'évolution des circonstances économiques et notamment l'augmentation du coût des matières premières et des métaux depuis 2006 et leur incidence sur celui des pièces de rechange, n'avait pas eu pour effet, compte tenu du montant de la redevance payée par la société SEC, de déséquilibrer l'économie générale du contrat tel que voulu par les parties lors de sa signature en décembre 1998 et de priver de toute contrepartie réelle l'engagement souscrit par la société Soffimat, ce qui était de nature à rendre sérieusement contestable l'obligation dont la société SEC sollicitait l'exécution, la cour d'appel a privé sa décision de base légale* ». La Cour aurait donc dû procéder à cette vérification pour statuer sur le caractère contestable ou incontestable de la créance. Passons sur le « manque de base légale » : il n'y en a pas, c'est éventuellement de manque de base argumentative dont faisait état l'arrêt ; cela importe peu et renvoie à la tradition juridique française. On peut considérer que la demande était assez

(trop ?) radicale : le changement de circonstances aurait déséquilibré l'économie générale du contrat, au point que les obligations du débiteur étaient devenues dépourvues de toute contrepartie réelle (de cause, le visa de l'article 1131 du Code civil en témoignant). Bigre ! Imaginons une hausse du coût des matières premières de 100%, il en résulte une hausse du coût de la prestation largement inférieure à 100%, le coût de la prestation associant des coûts fixes (amortissements divers, salaires, etc.) et des coûts variables, dont celui des matières premières, de sorte que si le coût de la prestation est enchéri, il n'en résulte pas qu'elle est impossible et encore moins qu'elle est dépourvue de toute contrepartie réelle. Imaginons, là encore, que la structure de prix intègre le coût de matières premières à hauteur de 30%, pour un prix de 100, il y avait donc 33 de matières premières : une hausse de 100% de ces matières premières ferait passer le coût de la prestation à 133, soit 33 de perte pour le débiteur. A terme c'est déstructurant, et le créancier bénéficie d'une prestation, à 100 qu'il aurait vraisemblablement dû payer 133 s'il avait conclu un nouveau contrat, mais peut-on en déduire que, ce faisant, la prestation (valorisée 133) est dépourvue de toute contrepartie réelle (100) ? Peut-être faut-il chercher du côté des termes « contrepartie réelle », ceux-ci signifiant « contrepartie profitable » (ne serait-ce que pour renvoyer au raisonnement de l'arrêt Huard et son obligation de permettre de pratiquer des prix concurrentiels), ou « contrepartie sérieuse ». Il n'est pas certain, ce faisant, que l'argument fondé sur le défaut de cause, le défaut de contrepartie réelle soit le plus efficace. Qu'il y ait eu déséquilibre, c'est vraisemblable, qu'il y ait eu perte dans l'exécution du contrat, ça l'est aussi, mais qu'il y eu exécution d'un côté, sans contrepartie réelle, c'est plus osé. Peut-être aurait-il été plus efficace de considérer que l'absence d'exécution était due à l'absence d'exécution d'une obligation de renégocier, sur le fondement de l'article 1134, al.3 du Code civil, laquelle résultait de ce changement de circonstances économiques, lui-même créant un déséquilibre contractuel.

Toujours est-il que cet arrêt, pour intéressant qu'il soit, s'il n'est en rien décisif dans le débat sur la question dite de *la révision du contrat pour imprévision* montre que le discours visant à obtenir la reconnaissance que le changement de circonstances économiques produit des effets *est dans le débat juridique* : cela ne garantit en rien son admission, mais cela n'assure pas non plus son rejet.

D. Mainguy

Promesse unilatérale de vente, recul ou continuation?

Cass. civ.3^{ème}, 8 sept. 2010 (n°09-13345)

Les époux X consentent fin mai 2005 une *promesse unilatérale de vente* portant sur un terrain à la société Francelot, assortie d'une faculté de substitution, l'option s'achevant le 22 avril 2006, tacitement prorogeable deux fois par périodes d'un an, sauf dénonciation par le promettant de cette prorogation. M.X décède le 31 juillet 2006, soit après la fin du premier délai d'option ; il laisse un héritier mineur. La société « Conseil en bâtiment » substituée à la société Francelot, lève l'option le 18 décembre 2007. Les consorts X refusent de régulariser la vente et la société Conseil en bâtiment les a assignés pour régulariser judiciairement la vente. La Cour d'appel de Pau la déboute, sur des questions de procédures d'une part, sans intérêt ici, mais surtout sur le fondement que la promesse unilatérale de vente n'était pas de nature à permettre cette régularisation : « *l'obligation du promettant quoique relative à un immeuble constitue tant que le bénéficiaire n'a pas déclaré acquiescer non pas une obligation de donner mais une obligation de faire* ». Pour le bénéficiaire, il semble donc qu'il considérait qu'il se situait dans le cadre de l'achèvement classique d'une promesse de vente : il a levé l'option, la vente est donc parfaite, le transfert de propriété est réalisé. Le vendeur et l'acheteur n'ont donc plus qu'à réitérer la vente en sa forme authentique, sauf, en cas de refus par l'un ou l'autre, à obtenir judiciairement cette régularisation. Classiquement, ce problème est associé à la question des promesses synallagmatiques de vente et à un arrêt de principe du 20 décembre 1994 (Civ. 3^e, 20 déc. 1994, *JCP*, éd. G, 1995, II, 22491, note Ch. Larroumet, éd. N, 1996, Jur. 501, note D. Mainguy). Pour le promettant en revanche, suivi par la Cour d'appel de Pau, la régularisation judiciaire de la vente suppose qu'il y ait eu préalablement vente. Or, la promesse unilatérale de vente suppose que le bénéficiaire ait levé l'option à une période efficace de cette levée d'option, soit avant l'achèvement du délai et avant le retrait éventuel de la promesse, pour se situer dans la lignée de l'arrêt, de principe également, du 15 décembre 1993 (Civ. 3^e, 15 déc. 1993, *D.* 1994.507, note F. Bénac-Schmidt, somm. 230, obs. O. Tournafond ; 1995, somm. 88, obs. L. Aynès ; *JCP*, éd. N, 1995, J, 31, note D. Mazeaud ; *Defrénois*, 1994, art. 35845, obs. Ph. Delebecque, *RTD civ.* 1994.588, obs. J. Mestre). La Cour de cassation censure l'arrêt d'appel en des termes qui méritent attention : « *Qu'en statuant ainsi, alors que le promettant avait définitivement consenti à vendre et que l'option pouvait être*

valablement levée, après son décès, contre ses héritiers tenus de la dette contractée par leur auteur, sans qu'il y eût lieu d'obtenir l'autorisation du juge des tutelles, la cour d'appel a violé le texte susvisé ». Cette formule appelle trois niveaux de lecture, technique, politique et théorique.

Technique juridique. – En technique, cet arrêt tranche une question importante : le décès du promettant a-t-il une incidence sur le sort de la promesse et de quelle nature ? On admet en général que la promesse de vente est transmise aux héritiers. En l'espèce, c'étaient M. et Mme X qui avaient consentis la promesse, de telle manière qu'au décès de M. X., Mme X demeure engagée et son fils le devient. Une partie du débat reposait sur la recevabilité de l'action du bénéficiaire en raison de l'absence d'autorisation préalable du juge des tutelles à réaliser une vente de gré à gré portant sur un bien appartenant à un mineur placé sous administration légale sur le fondement de l'article 389-6 du Code civil et de l'article 16, al.3 du Code de procédure civile. Cette fin de non recevoir était invoquée par le promettant : pour procéder à une telle vente, il fallait l'autorisation du juge des tutelles et celle-ci n'avait pas été demandée ; or, le bénéficiaire n'avait pas qualité pour obtenir une telle autorisation, ce dont il ressortait, d'après le promettant que le relevé d'office de l'absence d'autorisation préalable par le juge des tutelles emportait s'il n'était pas fait droit, au fond, à la demande du promettant une violation de son droit d'agir en justice : il ne peut ni demander l'exécution forcée faute d'autorisation du juge des tutelles, ni provoquer une telle autorisation, faute de qualité à agir devant le juge des tutelles, situations bien singulière. La Cour de cassation se contente ici de rejeter de manière laconique mais ferme : *« la cour d'appel était fondée à relever d'office, en application de l'article 16, alinéa 3, du code de procédure civile, le moyen de droit pris de l'absence d'autorisation du juge des tutelles à la vente de gré à gré d'un immeuble appartenant à un mineur placé sous le régime de l'administration légale sous contrôle judiciaire »*. Et, effectivement, la cour n'allait pas modifier une position de principe fondée sur le droit des incapacités pour trancher une question de droit des contrats. Attendons la suite. La suite, précisément repose sur le fond de la question de cette promesse.

Comme on l'a vu, deux hypothèses de qualification importaient : soit la situation contractuelle était envisagée comme une *promesse unilatérale de vente* et on se heurtait alors à la question de l'efficacité de la rétractation de la promesse par le promettant, soit la situation était celle d'une *promesse dont l'option était levée*, ce qui revient à la situation d'une promesse

synallagmatique, qui vaut vente, permettant donc la réalisation forcée de la vente en justice (pour autant que la réitération de la vente en sa forme authentique ne soit pas envisagée, dans la promesse, comme une clause réservant le transfert de propriété, ce qui n'est jamais le cas en pratique, pour revenir à la distinction formulée dans l'arrêt du 20 décembre 1994).

Pour la Cour d'appel de Pau, la situation était clairement la première : la régularisation judiciaire de la vente n'est qu'une reconnaissance de la validité de cette vente, indique la Cour, or celle-ci n'était pas valable eu égard au fait que la promesse unilatérale de vente ne fait naître qu'une obligation de faire, point une obligation de donner. Cette formule révèle une légère approximation. La régularisation judiciaire de la vente est une reconnaissance moins de la *validité de la vente* que de la *perfection de la vente*. La situation contractuelle a ceci de merveilleux – au sens magique du terme – en droit français, que la vente est *parfaite*, en ce sens que le transfert de propriété s'opère automatiquement, par le seul échange des volontés, la réalisation du consentement. Lorsque la vente est préparée par une promesse unilatérale de vente, l'option valablement réalisée transforme la promesse en vente (sous réserve de la réalisation des classiques conditions suspensives), de sorte que le transfert de propriété est réalisé : il suffit donc de régulariser la vente en sa forme authentique, ce qui est l'objet d'une *obligation de faire*, mais alors que le transfert de propriété est réalisé. Admettons que celui-ci soit le résultat d'une obligation de donner pour justifier une exécution forcée ou que cette exécution forcée repose sur la force obligatoire du contrat lui-même, la régularisation est possible. Toute la question était donc de savoir si cette promesse avait, ou non, été régulièrement acceptée par le bénéficiaire, par la levée de l'option, à une date où cette levée d'option était possible. Le décès de l'un des copromettants n'ayant pas emporté la rupture de la promesse, par caducité, la promesse demeurait donc, la prorogation du délai n'avait pas été entravée, de telle manière que cette levée d'option paraissait bien efficace.

Telle n'est pourtant pas la formule retenue par la troisième chambre civile de la Cour de cassation. Se fondant sur l'article 1589 du Code civil, la Cour casse l'arrêt d'appel pour violation de la loi car *« alors que le promettant avait définitivement consenti à vendre et que l'option pouvait être valablement levée, après son décès, contre ses héritiers tenus de la dette contractée par leur auteur, sans qu'il y eût lieu d'obtenir l'autorisation du juge des tutelles »*. On a bien compris qu'il aurait suffi que la Cour décidât de censurer en indiquant *« alors que l'option pouvait être valablement levée,*

après le décès du promettant, contre ses héritiers tenus de la dette contractée par leur auteur, sans qu'il y eût lieu d'obtenir l'autorisation du juge des tutelles ». Cela aurait suffi au regard du raisonnement factuel résultant de la situation contractuelle.

Qu'avait-elle donc besoin d'ajouter ce premier point : « le promettant avait définitivement consenti à vendre » qui sème le trouble plus qu'il n'éclaire la situation ? En effet, il ne manquera pas de plumes pour sauter sur l'occasion d'y voir l'adaptation, enfin écriront-ils, de l'arrêt du 20 mai 2006 concernant l'efficacité des pactes de préférences aux promesses unilatérales de vente.

Politique judiciaire. – On bascule, déjà, vers des questions de politique juridique ou judiciaire. Voilà près de vingt ans, en effet, que à la suite de l'arrêt du 15 décembre 1993 décidant pour la première fois et de manière inédite, que la rétractation de la promesse par le promettant était efficace (D. Mainguy, « L'efficacité de la rétractation de sa promesse par le promettant », *RTD civ.* 2004, p. 1), l'exécution forcée *en nature* de la promesse étant impossible, seuls des dommages et intérêts pouvant sanctionner le promettant. C'est rien de dire que la doctrine s'est déchaînée contre cette solution en se fondant sur le principe de la force obligatoire des conventions, visant donc à assurer cette exécution forcée en nature. Seule une partie de la doctrine, dont l'auteur ces lignes, a cherché à justifier la position de la Cour de cassation, en utilisant divers fondements juridiques, tirés du fait que le contrat de promesse unilatérale de contracter ne pouvait se réduire à la seule promesse unilatérale de vente, ou bien de la relativité de la force obligatoire du contrat (après tout, cette prétendue *rétractation* n'est qu'une forme de *résiliation*, certes fautive, efficace d'un contrat) soit sur des fondements extra juridiques tirés par exemple d'une analyse économique de la situation contractuelle.

La question a rebondi en 2006 à la suite de l'arrêt de la Chambre mixte du 20 mai 2006 (Cass.Ch. mixte, 26 mai 2006, *D.* 2006, p. 1864, note D. Mainguy, p. 1861, note P.-Y. Gautier), qui doit être lu à la lumière du rapport du Conseiller rapporteur et de l'avis de l'Avocat général, qui se prononçait à propos des pactes de préférences, répétant une formule utilisée en 1997 : la violation du pacte de préférence peut être sanctionnée par l'annulation du contrat conclu par le promettant avec le tiers, et la substitution du bénéficiaire dans les droits du tiers, pour autant que le bénéficiaire démontre que le tiers connaissant l'existence du pacte de préférence et l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir, *probation diabolica* selon la formule de Pierre-Yves Gautier, dont la

Cour a montré que son exorcisme pouvait être efficace dans un arrêt de février 2007 (Civ. 3^e, 14 févr. 2007, *RDC* 2007, p. 701, obs. D. Mazeaud, *Defrénois*, 2007, p. 1048, obs. R. Libchaber).

La doctrine qui s'était élevée contre l'arrêt de 1993 avait naturellement applaudi celui de 2006 et attendait impatientement sa reprise dans le domaine des promesses de vente pour un revirement qu'elle considérait comme imminent.

C'est en ce sens que ce qu'on peut considérer comme un *obiter dictum* dans cet arrêt de 2010 sème le trouble. *Le promettant avait définitivement consenti à vendre* : la formule peut être saisie contre la doctrine minoritaire qui considère que le contrat de promesse s'inscrit dans la période de la négociation et que c'est un contrat comme un autre, autonome du contrat préparé, de telle manière que cette promesse est formée par un consentement, dont l'objet porte sur la promesse, mais qu'elle n'est pas un demi-consentement, formulé par avance et par nature irrévocable, à la vente. La formule peut donc être saisie comme une réfutation de cet argument (et ce d'autant qu'en l'espèce il s'agissait *des promettants* de sorte qu'en recourant à la forme au singulier, on pourrait considérer que la Cour de cassation a souhaiter révéler une formule de principe ; les arguments *exégétiques* de ce type ne manqueront pas).

Elle peut aussi être envisagée comme la continuation de la situation factuelle : le promettant avait définitivement consenti à vendre, tout simplement parce que lorsque les choses se passent bien, la levée de l'option suffit à former la vente, de sorte qu'il n'y a pas besoin d'une réitération du consentement du promettant-vendeur, réitération qui eu nécessité, ici, l'autorisation du juge des tutelles. Ce faisant, cette formule peut, aussi, être envisagée dans son contexte, la suite du premier moyen qui portait précisément sur la portée de cette autorisation préalable. C'est comme on peut le supposer, la position qui nous semble la meilleure, en considérant que si la Cour de cassation, et tout spécialement la 3^{ème} Chambre civile qui porte cette jurisprudence depuis vingt ans, avait voulu renverser sa jurisprudence et ce alors que tous les spécialistes attendent cette échéance, elle n'aurait pas manqué de le faire clairement, en invoquant les arguments de la doctrine majoritaire, dans un style court et en visant l'article 1134 du Code civil, le grand style de la Cour de cassation, comme elle sait si bien le faire. Tel n'est pas le cas, et pourtant, à n'en pas douter, va émerger le sentiment que les choses ne sont pas claires, que la jurisprudence a *peut-être* fait l'objet d'un revirement, qu'elle emprunte sa *technique des petits pas* etc. On est déjà dans des situations d'explication

relevant de la théorie du droit : pour une théorie réaliste de l'interprétation appliquée au droit privé.

D. Mainguy

CONCURRENCE

Cf. Dossier supra

CONSOMMATION, PUBLICITE ET PROMOTION DES VENTES

Toutes les prestations de service à distance n'ouvrent pas droit de rétractation pour un consommateur

Le droit de la consommation est un jardin privé : ses analyses, ses règles sont (de plus en plus) d'application stricte.

C'est une évolution récente, liée à la perte de souveraineté des Etats-Membres de l'UE sur ces thèmes, notamment lorsque les questions traitées en droit interne le sont sur la base d'une directive de transposition. Il n'y a encore pas si longtemps qu'on chantait les louanges ou sifflait des quolibets sur l'obligation de sécurité prétorienne en matière de responsabilité des produits défectueux, considérée comme plus aimable pour le consommateur que le régime institué par les articles 1386-1 et suivants du Code civil par la loi de 1998 transposant la directive de 1985 en la matière et qu'on considérait que le droit de la consommation était une forme de droit social, dans la perspective libérale sociale du nouveau libéralisme, de l'économie sociale de marché.

Cette rupture, on la sent bien par exemple en matière de promotion des ventes, le sort de la prohibition des ventes liées étant lié au contenu de la directive sur les pratiques commerciales déloyales, déjà traité par ailleurs.

Elle apparaît également dans l'arrêt de la Cour de cassation du 25 novembre 2010 (Cass. com, 25 novembre 2010, n°09-70.833). Une prestation de service conclue à distance, comme une vente à distance, ouvre au droit de rétractation d'une durée de 7 jours à compter de la réception du bien ou de l'acceptation de l'offre pour une prestation de services (C. consom., art. L. 121-16 et L. 121-20). L'article L. 121-20-4 excepte toutefois cette solution à diverses situations et notamment La

prestation de services d'hébergement, de transport, de restauration, de loisirs qui doivent être fournis à une date ou selon une périodicité déterminée.

Une personne se rend sur un site de réservation de chambre d'hôtel, elle réserve une chambre à Dakar et le lendemain, oups, se rend compte qu'elle s'est trompée dans la date de réservation. La modification lui est refusée, on imagine que la discussion s'envenime et le client touriste consommateur demande le remboursement, faisant jouer son « droit de rétractation », ce qui lui est refusé. Un juge de proximité, nouveau bon juge Magnaud, fait cependant droit à la demande de notre consommateur, sur le fondement de l'existence de ce droit de rétractation. Il est vrai dans le public a souvent le sentiment de disposer d'un droit commun de rétractation, y compris pour les ventes ou prestations de services physiques et présentes et est souvent surpris lorsqu'on lui annonce que cela résulte soit de l'adjonction d'une clause de dédit à titre gratuit accordée par le commerçant soit de sa croyance, mais certainement pas du droit commun.

La Cour de cassation le rappelle ici avec une certaine rudesse sans doute, mais une grande justesse, allant, pour être bien sûre d'être comprise jusqu'à le publier sur son site internet.

D. Mainguy

La sécurité des jouets avant Noël

Pas un Noël sans frayer, pas un Noël ces dernières années sans que soit mis en cause la sécurité des jouets importés, pas un Noël sans cette interrogation : « mais que fait le gouvernement ? »

On a sans doute raison de s'inquiéter dans bien des cas de la sécurité de certains jouets importés, notamment chinois. Bien évidemment cette « usine du Monde » qu'est la chine connaît parfaitement les normes de sécurité des pays qui sont ses clients, et notamment l'Europe. Pour autant les contrôles n'y sont sans doute pas aussi fréquents et efficaces qu'ils pourraient être dans les usines européennes.

Les contrôles de sécurité se font donc en douane. Des produits se voient en conséquence souvent refuser l'entrée sur le marché intérieur européen. La situation est un peu plus délicate lorsqu'il s'agit d'une incertitude scientifique, lorsque le danger présenté par certains n'est pas scientifiquement prouvé, pas suffisamment diront d'autres.

Qui peut intervenir dans cette situation et qui est responsable ?

Aujourd'hui les « tapis-puzzles » constitués de mousse de plastique souple sont sur la « sellette ». Pourquoi ? Certaines contiennent du Formamide (pas toutes heureusement), une substance chimique considérée souvent comme irritante pour la peau et les yeux et nocive si elle est ingérée (nul doute qu'un enfant aura envie à un moment ou à un autre de placer son jouet dans sa bouche). La matière vient d'être interdite dans les jouets en Belgique et la Commission européenne a prévu son interdiction en 2013. *Quid* en attendant ? Un rapide rappel juridique s'impose alors.

Certes le risque n'est pas prouvé, ou à tout le moins certains le contestent. Nous sommes dans le domaine d'application du principe de précaution. Est-ce à dire qu'aucune mesure ne peut être prise ?

Bien évidemment, le gouvernement a chargé la DGCCRF de lancer une enquête. Dans l'attente pourtant, il est juridiquement possible sur le fondement du Code de la consommation, de suspendre la commercialisation de ces produits et le Conseil d'Etat a toujours refusé jusqu'à présent d'annuler des décisions gouvernementales de retrait d'un produit alors pourtant que n'étaient présentés que des doutes sur sa sécurité.

Qui serait responsable en cas de dommage ? Civilement, le producteur s'il est implanté dans l'Union européenne, l'importateur dans le cas contraire. De sorte que les magasins spécialisés ne sauraient être tenus pour responsables, et donc n'auraient à indemniser les victimes, que s'ils avaient procédé eux-mêmes à l'importation de ces jouets.

Pénalement, la question fait débat. Si le gouvernement prend un arrêté d'interdiction, tout contrevenant sera passible de contraventions (il peut y avoir autant de contraventions que de jouets distribués, ce qui en pratique peut entraîner des sanctions financières très lourdes). S'il n'existe pas d'arrêté d'interdiction, les sanctions pénales sont peu probables : seul un manquement caractérisé à une obligation particulière de sécurité ou de prudence justifie une sanction en la matière. Or tant que le gouvernement ne s'est pas prononcé, cette obligation particulière en peut être retenue.

En droit, la situation est donc bien encadrée : oui le gouvernement peut prendre une décision, alors même que la dangerosité de ces produits n'est pas établie (la jurisprudence n'admet d'ailleurs que très rarement l'indemnisation d'un fabricant dont les produits ont été retirés à tort par une décision publique), mais ce n'est pas le fait que d'autres pays aient déjà procédé à une

interdiction qui doit forcer la France ou l'Union européenne à faire de même.

Le 13 décembre 2010, le secrétaire d'Etat à la consommation suspendait la commercialisation des tapis puzzle pour enfants pour une durée de trois mois, renouvelable comme le permet le Code de la consommation.

Les acteurs du secteur (associations de consommateurs, syndicats de producteurs et de distributeurs) seront entendus conformément aux dispositions de l'article L. 221-5 du Code de la consommation qui fixe la procédure en la matière.

Pourtant, le communiqué semble suspendre la commercialisation de "tous les tapis-puzzles" et pas uniquement de ceux contenant du « Formamide ». L'arrêté s'il était effectivement aussi large dans son champ d'application serait peut-être annulable devant le Conseil d'Etat au regard du principe de proportionnalité, alors que seuls les tapis contenant du « Formamide » sont mis en cause par certains en application du principe de précaution.

Malo Depincé

On peut solder des prestations de services

La Direction Générale de la Concurrence de la Consommation et de la Répression des Fraudes vient d'annoncer, par la voie de communiqué les dates des prochaines soldes (du 12 janvier au 15 février pour cet hiver et du 22 juin au 26 juillet pour cet hiver). On rappellera évidemment que s'y ajoutent, pour les commerçants qui le souhaitent des "soldes flottantes", c'est-à-dire deux semaines de promotion par les prix sans prohibition de la revente à perte pour des périodes qu'ils fixent eux-mêmes individuellement.

L'essentiel de la communication n'est pourtant pas la date des soldes. La DGCCRF s'est interrogée sur la possibilité légale de proposer des soldes sur des prestations de services. L'article L. 310-3 du Code de commerce dispose en effet que :

"I. - Sont considérées comme soldes les ventes qui, d'une part, sont accompagnées ou précédées de publicité et sont annoncées comme tendant, par une réduction de prix, à l'écoulement accéléré de marchandises en stock et qui, d'autre part, ont lieu durant les périodes définies, pour l'année civile, [...]"

Le pouvoir réglementaire n'est pas venu préciser les dispositions de ce texte, pas plus d'ailleurs que la jurisprudence. Pour l'instant tout du moins.

Le communiqué rappelle que les soldes portant sur des prestations de services ne sont pas, par principe,

poursuivies par la DGCCRF. La pratique de ces soldes est devenue beaucoup plus courante aujourd'hui, notamment en ce qui concerne les ventes de voyages à forfait, analysés évidemment comme des prestations de services.

Pour autant, à la simple lecture du texte et de l'esprit même de soldes, seules certaines prestations de services pourront faire l'objet de ces promotions particulières. Seules les prestations "déjà en stock", en réalité déjà commandées ou payées à des prestataires externes pourront être soldées.

Ainsi, et pour donner un exemple, une agence de voyages pourra écouler en soldes des places dans des voyages qu'elle a déjà commandés à un autre prestataire. Elle ne pourra en revanche vendre "en solde" une prestation non encore commandée pour par exemple proposer un voyage sur mesure à un client.

Malo Depincé

Défaut de conformité et appel en garantie :

Civ. 1re, 30 septembre 2010, n°09-11.552

Le fait de fournir un matériel inadapté à la destination convenue avec le client, constitue un manquement à l'obligation de délivrance conforme, entraînant la résolution judiciaire de la vente aux torts du vendeur.

Dans cette affaire, un couple d'agriculteur commande à une société une installation destinée à l'élevage de cailles, dont une partie du matériel, des assiettes-mangeoires, est fournie par une autre société. L'installation s'avérant inadaptée à l'élevage des volailles, et le matériel d'abreuvement défectueux, les époux assignent la société venderesse en résolution judiciaire de la vente et en réparations des divers préjudices. A cette occasion, la société venderesse appelle en garantie, son fournisseur, pour le matériel estimé défectueux.

En 2008, la Cour d'appel de Grenoble (*CA Grenoble, 1er décembre 2008, n°05/2010*), prononce la résolution de la vente aux torts du vendeur, le condamne au paiement de diverses sommes et déclare irrecevable l'appel en garantie. Parallèlement à l'action en résolution de la vente, la société venderesse s'est trouvée condamnée par le tribunal de commerce (*TC Romans, 25 avril 2001*), dans un litige l'opposant à ce même fournisseur, dans le cadre d'une action en paiement portant sur ledit matériel susmentionné. La Cour de cassation est donc amenée à se prononcer sur ces deux points.

Défaut de conformité de la chose vendue. Les juges du fond reconnaissent le manquement de la part du vendeur à son obligation de délivrance conforme, entraînant ainsi la résolution judiciaire de la vente.

La Cour de cassation confirme cette décision en application de la théorie de l'accessoire. En l'espèce, le litige repose sur deux problèmes : d'une part, l'installation non-conforme, et d'autre part, la défectuosité du matériel servant à l'alimentation des volatiles. La Haute Cour privilégie l'action attachée à l'élément principal par rapport à l'élément accessoire. Pour écarter l'action en garantie des vices cachés, l'arrêt retient qu'ayant été constaté que la venderesse avait « **mis en œuvre des équipements inadaptés à la destination convenue avec le client** », à savoir l'élevage des cailles, ainsi « **par ces seules constatations faisant ressortir que les équipements fournis n'étaient pas conformes aux caractéristiques convenues lors de la vente, de sorte que le manquement du vendeur à son obligation de délivrance était établi** ». Le défaut de conformité concerne l'installation dans son ensemble alors que les vices cachés n'affectent qu'un des éléments de cette installation. L'action en garantie des vices cachés est donc absorbée par celle portant sur le défaut de conformité.

L'action en garantie. Lors de l'instance, la société venderesse a appelé, le fournisseur du matériel prétendument défectueux, en garantie de toute condamnation susceptible d'être prononcée à son encontre. Les juges du fond déclarent cet appel en garantie irrecevable, au nom du principe de « **l'autorité de la chose jugée** ». Ils se réfèrent à la condamnation de la société venderesse devant la juridiction commerciale, au paiement des marchandises livrées par son fournisseur, en raison de l'absence de preuve de la non-conformité de ces dernières. Mais la Cour de cassation infirme cette solution. Elle décide que l'appel en garantie formé à l'encontre du fournisseur en matériel d'alimentation, dans le cadre du litige avec le couple d'agriculteur, « **n'avait pas le même objet que les prétentions dont ces deux sociétés avaient saisi le tribunal de commerce** », de sorte que l'action en garantie doit être déclarée recevable. En effet, l'article 1351 du Code civil subordonne l'autorité de la chose jugée attachée à une décision de justice - permettant ainsi de s'opposer au recommencement des procès entre les mêmes parties - à la réunion de trois conditions cumulatives d'objet, de cause et de parties. Or, en

l'espèce, l'objet est distinct dans les deux procédures. Cette différence d'objet permet donc à la Cour de cassation de neutraliser l'autorité de la chose jugée.

La Cour, dans cet arrêt, ne fait qu'une application conforme d'une jurisprudence constante dans ce domaine.

AGROALIMENTAIRE, ENVIRONNEMENT, SANTE

Les limites du principe de précaution ; Invoquer n'est pas prouver... Cass. civ. 3^{ème}, 3 mars 2010, pourvoi n° 09-19108

Le principe de précaution est depuis une dizaine d'années déjà inscrit dans le droit français : depuis la loi Barnier de février 1995 en premier lieu aux termes de laquelle il est celui selon lequel « l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable ».

Plus récemment la Charte de l'environnement en a retenu une formulation parfois plus critiquée parce que moins contraignante dans sa formulation : . Il faut dire qu'au-delà du seul domaine de la protection de l'environnement par le Code du même nom et plus largement par l'ensemble des mécanismes de droit public, ce principe semble de plus en plus invoqué dans les contentieux présentés au juge judiciaire.

Ce dernier en retient parfois une interprétation souple, voir discutable, lorsqu'il assimile la crainte de la proximité d'une antenne-relais de téléphonie mobile fondée sur une simple incertitude scientifique à un trouble anormal du voisinage. Il se fait en revanche plus restrictif parfois, comme dans cet arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation en date du 3 mars 2010.

En l'espèce, les propriétaires d'un terrain situé à proximité d'une source d'eau minérale naturelle exploitée par une société d'économie mixte (une SEM) avaient fait réaliser sur celui-ci un forage. La SEM les avait assignés pour obtenir devant le juge judiciaire sa fermeture, prétendant d'une violation du principe de précaution et d'un abus de droit de propriété. Les juges

de première et de seconde instance la déboutèrent de sa demande.

La Cour de cassation rejette le pourvoi et approuve par là même le raisonnement des juges du fond aux motifs explicites que « le forage, qualifié d'improductif par l'expert, avait été exécuté par une entreprise spécialisée dans les règles de l'art et le respect des autorisations administratives, et que l'expert avait conclu que ce forage se situant à l'aval du captage des eaux minérales [...] sans lien direct par faille avec celui-ci, n'avait aucune possibilité de polluer les eaux exploitées par le captage, même si l'on précipitait des produits nocifs ou des germes délétères ». Autant d'arguments qui identifiaient la demande initiale comme peu sérieuse ou en tout cas la plaçait dans ce que certains considèreraient comme une interprétation extrémiste du principe de précaution : la possibilité d'interdire en présence d'un risque dénié par l'expertise mais craint par le demandeur.

L'arrêt conduit alors à une interrogation *a contrario* : *quid* en un tel domaine si l'expertise n'avait pas été aussi affirmative ou si plusieurs des résultats des expertises ? avaient été contradictoire En application des règles classiques du droit privé, le demandeur n'établissant pas la preuve de ses allégations, aurait été débouté de sa demande. Mais l'affirmation du principe de précaution, dont la Cour rappelle ici uniquement la formulation dans le Code de l'environnement sans se référer à celle de la Charte du même nom, aurait-elle pu renverser la charge de la preuve et impliquer que ce serait au défendeur en présence d'un doute scientifique de rapporter la preuve que son acte n'était pas dangereux ?

Sans doute, mais sous certaines conditions néanmoins. La première est ici rappelée par la Cour : un tel renversement de la charge de la preuve n'est envisageable que dans l'hypothèse d'une incertitude scientifique, ou de divergences entre scientifiques. Or en l'espèce, l'expertise était formelle, convaincante et dépourvue de toute ambiguïté. La seconde condition tient à la nature même de ce qu'est une incertitude scientifique : une interdiction ou une mesure contraignante ne peuvent résulter, en cas d'incertitude scientifique que d'une évaluation plus poussée encore des risques invoqués et des solutions à même d'y remédier, par un rappel de la règle de proportionnalité. Pour parvenir au même niveau de sécurité, d'autres mesures moins contraignantes sont-elles suffisantes ?

Autant de questions auxquelles le juge judiciaire sera encore fréquemment confronté.

Malo Depincé

Arbitrage en matière médicale : Le compromis d'arbitrage signé entre un assuré et un assureur n'est pas soumis au régime des clauses abusives.

(Civ. 1re, 25 février 2010, pourvoi n° 09-12.126)

Dans un contexte de règlement des conflits en perpétuelle mutation, le recours aux mesures alternatives de règlement des litiges, MARL – arbitrage, médiation, conciliation – présente un réel intérêt pour les parties, allant - avec cet arrêt- jusqu'aux frontières du droit de la consommation.

Pourtant, le décret n° 2009-302 du 18 mars 2009 classe dans la catégorie des « clauses grises » les clauses relatives aux modes alternatifs de règlement des litiges qui sont présumées être abusives du seul fait de leur présence dans un contrat de consommation.

La première chambre civile de la Cour de cassation met ici en lumière son souhait de valoriser l'arbitrage alors même qu'il s'agit d'un contrat d'assurance conclu entre un professionnel et un consommateur. Arrêt inédit en la matière qui tend à favoriser le recours à ce mode de règlements des conflits.

En l'espèce, victime d'un AVC (accident vasculaire cérébral) le 11 février 2000, M. X a signé avec son assureur (l'Association générale de prévoyance militaire vie) un protocole d'expertise arbitrale en février 2002, afin qu'il soit déterminé à partir de quelle date il pouvait être considéré comme étant en état d'invalidité totale et définitive. Par la signature de cet acte, les parties décidaient de s'en remettre aux conclusions du médecin et renonçaient à toute contestation ultérieure.

Le médecin ayant conclu que M. X était en invalidité totale et définitive depuis la date de la consolidation médico-légale de son état, soit le 31 décembre 2001, l'assureur lui a versé les indemnités convenues à compter de cette date.

Insatisfait de cette indemnisation, M. X a alors demandé à ce que les indemnités lui soient versées à compter de la date de son accident vasculaire.

En appel, l'action de M. X a été déclarée irrecevable, dans la mesure où la convention d'arbitrage stipulait que l'assuré ne pouvait saisir un juge étatique après que l'expert ait rendu ses conclusions ; rien d'étonnant dans tout cela, puisque l'article 1458 du Code de procédure civile indique que dès lors qu'existe une convention

d'arbitrage, les juridictions étatiques doivent se déclarer incompétentes (si elles sont saisies).

M. X a fait grief à l'arrêt attaqué (*CA Aix en Provence, 26 nov. 2008*) d'avoir déclaré son action irrecevable, soutenant qu'est « abusive la clause ayant pour effet d'obliger un consommateur à saisir exclusivement une juridiction d'arbitrage non couverte par des dispositions légales ou à passer exclusivement par un mode alternatif de règlement des litiges, en limitant indûment les moyens de preuves à la disposition du consommateur ou en imposant à celui-ci une charge de preuve qui, en vertu du droit applicable, devrait revenir normalement à une autre partie au contrat ».

Naturellement, M. X se fonde ici sur l'article L. 132-1 du Code de la consommation, selon lequel « Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. »

Rappelons par ailleurs que la clause compromissoire est, en vertu de l'article 2061 du Code civil, valable uniquement « dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle » ; elle n'est donc en principe pas valable en matière civile (« sous réserves de dispositions législatives particulières »).

Toutefois, par l'arrêt du 25 février 2010, la première Chambre civile de la Cour de cassation a approuvé la décision précédemment rendue en retenant que « le compromis d'arbitrage signé, hors toute clause compromissoire insérée à la police d'assurance, entre l'assureur et l'assuré après la naissance d'un litige, ne constitue pas une clause figurant dans un contrat conclu entre un professionnel et un non professionnel ou un consommateur, et n'est donc pas susceptible de présenter un caractère abusif au sens du texte visé au moyen ».

Les juges posent ici clairement la distinction entre la clause compromissoire - qui peut s'entendre comme la clause par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître à l'occasion de ce contrat - et le compromis d'arbitrage - qui suppose l'existence d'un litige né et actuel, ce qui était le cas en l'espèce.

En effet, sous le visa de l'alinéa 7 de l'article L. 132-1 du Code de la consommation - qui indique que « l'appréciation du caractère abusif des clauses ... ne porte [pas] sur la définition de l'objet principal du contrat » tout apportant une limite « pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible » - la première Chambre civile de la Cour de cassation entend classer dans deux catégories la convention d'arbitrage et le contrat d'assurance, alors même que l'un se rattacherait à l'autre d'une quelconque façon. Il s'agit finalement de ne sanctionner que les

clauses contractuelles accessoires, en prenant le soin d'exclure du contrôle les clauses principales.

Le fait d'effectuer une telle différence de traitement entre la convention d'arbitrage en elle-même, conclue indépendamment du contrat d'assurance, de manière autonome, et la clause compromissoire insérée dans le contrat d'assurance, en son sein, permet de comprendre toute la subtilité du raisonnement des juges. Néanmoins, ceux-ci ne semblent l'admettre qu'en partie, se contentant de régler la question de droit posée en l'espèce, l'existence d'un compromis d'arbitrage.

Cette solution ne va pas sans rappeler le sort qui a été réservé à la clause attributive de juridiction qui, insérée dans un contrat de consommation, est considérée comme étant abusive en droit communautaire (CJCE 27 juin 2000, JCP E 2001. 1281, note Carballo Fidalgo et Paisant).

Cette décision laisse apparaître l'autonomie du compromis d'arbitrage, distinct de la clause compromissoire - somme toute, il ne s'agit pas d'une clause insérée au contrat initial - et donc insusceptible de se voir appliquer le régime des clauses abusives.

Finalement, cette solution ne tend pas à conférer à l'arbitrage une immunité totale mais il faut noter le véritable pas en avant effectué par les juges en favorisant le recours à ce MARL en présence d'un professionnel et surtout, d'un consommateur.

Immunité fragile en effet, puisque le compromis d'arbitrage aurait pu être annulé sur un tout autre fondement, sur celui du droit commun des obligations. L'assuré aurait pu se légitimement se tromper, en croyant que le protocole n'était qu'une simple expertise et non pas un compromis d'arbitrage. Dans cette configuration-ci, l'erreur aurait pu être retenue, l'erreur sur la nature même du contrat – erreur-obstacle impliquant la nullité de ladite convention. Un tel fondement n'ayant pas été soulevé en l'espèce, le contrat conserve toute sa légitimité.

DROIT CIVIL

QPC, Cour de cassation et mariage homosexuel

Le débat sur le mariage homosexuel en France, sans être tabou, est largement compliqué. La Cour de cassation, en 2007, l'avait tranché en un sens radical dans son arrêt du 13 mars 2007 (n°05-16627) : « *selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme ; que ce principe n'est contredit par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Charte des droits*

fondamentaux de l'Union européenne qui n'a pas en France de force obligatoire ».

La formule renvoyait donc la demande du côté du législateur. Il eut été pourtant cocasse que la Cour de cassation profite de ce que l'article 144 du Code civil, qui dispose que « *l'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant 18 ans révolus* », ne fait que poser une condition temporelle à l'accès au mariage. Au fond, on pourrait parfaitement lire ce texte comme indiquant que « *l'homme, comme la femme, ne peuvent contracter mariage avant 18 ans révolus* » ou bien « *l'homme ou la femme, ne peuvent contracter mariage avant 18 ans révolus* », etc., de sorte qu'on ne peut pas dire assurément que l'article 144 du Code civil affirme sans contestation possible que le mariage homosexuel n'est pas possible. Il en eut été différemment si l'article 144 disposait, par exemple que, « *Le mariage est l'union entre un homme et une femme dans les conditions posées ci-après* ». Par conséquent, une interprétation autre que celle proposée classiquement est possible.

Ce qui est plus curieux, c'est la QPC (2010-92 QPC) que la Cour de cassation a transféré au Conseil constitutionnel le [16 novembre 2010 \(n°10-40042\)](#). Classiquement, la Cour de cassation y indique, comme à ce qu'on pourrait appeler désormais, son accoutumée que la QPC, posée en ces termes :

1° les articles 144 et 75, dernier aliéna, du Code civil, sont-ils contraires, dans leur application, au préambule de la Constitution de 1945 et de 1958 en ce qu'ils limitent la liberté individuelle d'un citoyen français de contracter mariage avec une personne du même sexe ?

2° les articles 144 et 75 du Code civil sont-ils contraires, dans leur application, aux dispositions de l'article 66 de la constitution de 1958 en ce qu'ils interdisent au juge judiciaire d'autoriser de contracter mariage entre personnes du même sexe »

Que la QPC, donc, pose une question qui n'a pas déjà été tranchée par le conseil constitutionnel.

Et d'ajouter cette formule : « *attendu que les questions posées font aujourd'hui l'objet d'un large débat dans la société, en raison, notamment, de l'évolution des mœurs et de la reconnaissance du mariage entre personnes du même sexe dans les législations de plusieurs pays étrangers ; que, comme telles, elles présentent un caractère nouveau au sens que le Conseil constitutionnel donne à ce alternatif de la saisine* ».

Il est difficile de préjuger ce que sera la décision du Conseil constitutionnel mais on imagine qu'elle n'invalidera pas l'interprétation de l'article 144 en ce sens qu'elle réserve le mariage aux seuls couples

hétérosexuels, sur l'argument, qui n'est faux, que le Pacs assure un projet de vie aux couples homosexuels.

Si telle devait être la décision, on peut regretter que la Cour de cassation n'ait pas pris la peine de décider qu'il *n'y avait pas lieu* de renvoyer devant le Conseil constitutionnel, et de déclarer, d'elle-même la disposition comme constitutionnelle.

Cela n'aurait pas fait avancer d'un iota la cause du mariage homosexuel, mais cela aurait fait, et de beaucoup, progresser la cause de la Cour de cassation, juge constitutionnel, ce qui serait une excellente chose. Cela étant posé, c'est donc vers le législateur qu'il conviendra de se tourner, dans un débat à l'évidence complexe, mais qui ne pourrait être que global. Le mariage peut en effet être considéré de deux manières.

Soit c'est un simple mot qui ne signifie rien, qui n'a en soit aucune normativité, auquel cas la question du mariage homosexuel peut être envisagée de manière isolée et autonome, autonome du reste du droit de la famille, notamment de la filiation.

Soit on considère que c'est un mot qui contient, de manière explicite ou implicite, l'idée de famille, auquel cas il est difficile de ne pas modifier, dans le même temps, l'intégralité des dispositions en droit de la famille.

C'est en ce sens que les étudiants du master 2 Droit du marché ont réfléchi à cette question pour proposer une « proposition de loi sur la famille homosexuelle » (in www.lexcellis-avocats.fr), sur la base d'une commande de mon collègue et très cher ami Denis Mazeaud, formulée comme un courrier émanant du ministère de la famille demandant à des universitaires de réaliser un projet en ce sens.

D. Mainguy

Le Logement familial protégé s'il est le lieu de vie de la famille

Le Doyen Carbonnier, pour évoquer le logement familial, le comparait métaphoriquement à un *nid* qu'il convenait de protéger.

Ainsi, aux termes de l'article 215 al 3 du Code Civil, les époux ne peuvent l'un sans l'autre disposer des droits qui assurent le logement de la famille ; si l'un d'eux méconnaît cette exigence de « cogestion », l'autre est en droit de demander l'annulation de l'acte conclu sans son accord.

Toutefois, il convient de s'interroger sur les conditions de mise en œuvre de cette nullité.

La Cour de Cassation, dans un arrêt du 3 mars 2010 (n°0 8-13500) est venue préciser les conditions de cette action en nullité et a restreint son application au seul cas où le logement servait **effectivement** de domicile familial.

Dans le cas d'espèce soumis à la Haute juridiction, un époux marié sous le régime de la séparation de biens avait consenti une hypothèque conventionnelle sur l'immeuble servant de logement à la famille.

Suite aux impayés de son client, la banque délivrait quelques années plus tard un commandement de saisie immobilière. L'épouse du débiteur (depuis divorcée), assignait alors la banque en nullité de l'acte d'affectation hypothécaire sur le fondement de l'article 215 du Code Civil.

Sa demande fut cependant déclarée irrecevable par les Juges du Fond qui lui ont dénié tout intérêt à agir au motif qu'elle n'habitait plus l'immeuble à la date de l'introduction de l'instance.

L'épouse, pour obtenir la censure de cette décision faisait valoir en cause d'appel que l'article 215 al 3 du Code Civil ouvre une action en nullité au profit de l'époux qui n'a pas donné son consentement à l'acte de disposition concernant l'immeuble « qui servait de logement à la famille à la date à laquelle il a été conclu » **sans subordonner la recevabilité de cette action à son occupation à la date de l'exercice de l'action.**

La question qui était posée à la Cour était donc la suivante : **l'immeuble doit-il servir de logement à la famille le jour de la conclusion de l'acte ou au jour de l'exercice de l'action en nullité ?**

La Cour de Cassation a considéré, à l'instar des premiers juges, que l'époux devait justifier « d'un intérêt actuel à demander l'annulation de l'acte ». L'épouse ne résidant plus dans l'immeuble au jour de l'exercice de son action, elle ne pouvait plus se prévaloir d'un intérêt à agir au sens de l'article 31 du Code de Procédure Civile.

S'il est vrai que l'article 215 du Code Civil ne pose pas précisément l'exigence selon laquelle l'immeuble doit servir de logement à la famille au jour de l'exercice de l'action en nullité, il semble toutefois que cela soit conforme à sa *ratio legis*, à savoir : la protection du logement de la famille et, plus fondamentalement d'ailleurs, la protection de la famille elle-même.

Corinne Picon-Cabrol