

02/2010

## Associés

### DANIEL MAINGUY

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

### BRUNO SIAU

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

### MALO DEPINCÉ

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

### CORINNE PICON-CABROL

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

## En collaboration :

### DELPHINE SERRIER

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

### ANNE SEILLIER

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

## Consultants :

### JEAN-LOUIS RESPAUD

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

### EMMANUEL TERRIER

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

Visitez l'actualité de droit économique sur  
[www.lexcellis-avocats.fr](http://www.lexcellis-avocats.fr)

[WWW.LEXCELLIS-AVOCATS.FR](http://WWW.LEXCELLIS-AVOCATS.FR)

## ACTUALITES DE DROIT ECONOMIQUE laLettre**Lexcellis** 02 2010

Retrouvez dans laLettre**Lexcellis** 02 2010 ici les rubriques :

**SOCIETES ET COMMERCIAL**

**ARBITRAGE**

**DROIT SOCIAL**

**CONTRATS**

**DISTRIBUTION**

**CONCURRENCE**

**CONSOMMATION, PUBLICITE ET PROMOTION DES  
VENTES**

**AGROALIMENTAIRE, ENVIRONNEMENT, SANTE**

## SOCIETES ET COMMERCIAL

### L'entreprise individuelle à responsabilité limitée.

#### Avantages et inconvénients

Projet de loi présenté à l'Assemblée Nationale ce 17 février 2010.

Le droit français avait longtemps maintenu le principe de l'unicité du patrimoine, affirmée par Aubry et Rau pour lesquels une même personne ne pouvait avoir qu'un seul patrimoine. De sorte que pour créer une entreprise et pourtant distinguer les biens affectés à celle-ci de ses biens personnels, il était nécessaire de créer une société, une nouvelle personne (morale) donc avec toutes les complexités administratives et sociales qui accompagnaient cette création.

Le droit français s'est néanmoins peu à peu éloigné de cette solution, finalement très favorable aux créanciers qui disposaient chez l'entrepreneur, à défaut de la création d'une société, d'un patrimoine saisissable plus important. En premier lieu en créant en 1985 l'Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée (EURL), nouvelle forme de société ne requérant plus une réunion d'associés (alors qu'auparavant, la pratique consistait parfois, pour contourner l'impossibilité d'une société unipersonnelle, à s'associer avec des hommes de paille ou à faire de ses propres enfants encore mineurs des associés, etc.), mais qui exigeait la tenue de registres pour les décisions, une comptabilité plus complexe, etc. Puis la loi Madelin a protégé certains biens de l'entrepreneur individuel, en rendant insaisissable l'habitation principale. La Loi de Modernisation de l'Economie (LME) a ensuite étendu cette possibilité à tous les biens fonciers non affectés à un usage professionnel (à la condition d'un acte notarié enregistré à la conservation des hypothèques et dans un Journal d'annonces légales).

Un nouveau pas va vraisemblablement être franchi très récemment avec l'Entreprise Individuelle à Responsabilité Limitée (EIRL à ne pas confondre avec l'EURL qui est une société unipersonnelle dotée de la personnalité morale). Ce serait alors la reconnaissance d'un véritable patrimoine d'affectation, de la possibilité pour un entrepreneur de déterminer parmi ses biens ceux qui seront affectés à son activité professionnelle et ceux qui en seront distincts, sa décision s'imposant en principe aux créanciers (après enregistrement de sa décision aux greffes, au Registre du Commerce et des Sociétés ou encore à la Chambre des métiers selon son statut). Le but est d'éviter au professionnel la perte de tous ses biens en cas de faillite professionnelle.

La solution est tentante, elle a néanmoins certaines limites pratiques. Car à réduire la masse de biens

saisissables on réduit par conséquent les garanties offertes aux créanciers, aux premiers rangs desquels figurent les banques, dont on dit aujourd'hui non sans tort qu'elles sont plus hésitantes en temps de crise à accorder du crédit. Sans doute plus encore en contrepartie d'une garantie diminuée...

**Malo Depincé**

## ARBITRAGE

### Précisions sur la notion d'estoppel

Civ. 1<sup>ère</sup>, 03 février 2010, n°08-21.288.

L'estoppel est un concept récent en droit français mais usuel du droit de l'arbitrage international et du commerce international qui renvoie de manière plus globale au devoir de cohérence, ou bien encore au principe selon lequel nul ne peut se contredire au détriment d'autrui (*D. Houtcieff, Le principe de cohérence en matière contractuelle, PUAM, 2001*), *M. Béhar-Touchais (dir.), L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui, Economica, 2001*

Il fait timidement son entrée dans la jurisprudence de la Cour de cassation en 2005, dans le domaine particulier de la procédure arbitrale (*Civ. 1<sup>ère</sup>, 06 juillet 2005, n°01-15.912*).

Cette notion, en pleine construction, a connu un véritable essor lorsque l'assemblée plénière s'y réfère, en 2009, en matière de procédure civile. L'estoppel, notion empruntée au droit anglo-saxon, est alors considéré comme « un principe selon lequel une partie ne peut se contredire au détriment d'autrui » (*Ass. plén., 27 février 2009, n°07-19.841, D. 2009, p.723, obs. X. Delpech ; D. 2009, p.1245, obs. D. Houtcieff, Adde, Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 28 janvier 2009, D. 2009, p. 2008*).

Cette exception procédurale, assimilée au fondement juridique de la fin de non-recevoir, voit sa définition se préciser dans l'arrêt du 03 février 2010. Dans cette affaire, la Cour de cassation censure l'arrêt d'appel qui avait qualifié d'estoppel, le comportement d'une société française dans le cadre d'un arbitrage.

En l'espèce, la société Merial, spécialiste en produits pharmaceutiques à usage vétérinaire, conclu avec la société allemande Klocke Verpackungs-Service, un contrat relatif au conditionnement de ces produits. Mais des difficultés surviennent lors de l'exécution du contrat amenant la société Merial à saisir le tribunal arbitral, conformément à la clause compromissoire stipulée dans le contrat.

L'arbitre saisi a partiellement accueilli cette demande et ordonné, dans sa sentence, une compensation avec les condamnations prononcées sur la demande

reconventionnelle de la société Klocke, déclarée recevable par l'ordonnance de procédure.

Suivant le règlement d'arbitrage de la chambre internationale de commerce, auquel le litige s'est soumis, il est en effet possible pour le « défendeur à la procédure arbitrale de formuler une demande reconventionnelle, sur la recevabilité de laquelle l'arbitre se prononce par le biais d'une ordonnance de procédure que le demandeur à cette même procédure peut contester » (X. Delpech, *Procédure arbitrale : la Cour de cassation définit la notion d'estoppel*, *Actu. Dalloz*, 10 février 2010).

La cour d'appel qualifie d'estoppel l'attitude procédurale du demandeur puisque ce dernier, n'ayant pas contesté les termes de l'ordonnance avant de signer le procès verbal d'audience arbitrale prononçant la clôture des débats, ni même formulé de réserves a, par la suite, formé un recours en annulation (Paris, 09 octobre 2008).

A la lumière de la jurisprudence de 2009, la cour d'appel considère que la société Merial se contredit au détriment de la société Klocke.

Cependant, la Cour de cassation censure la décision des juges du fond en retenant d'une part parce que « l'absence de contestation par la société Merial de la recevabilité de la demande reconventionnelle de la société Klocke entre l'ordonnance du 12 avril 2006 et le procès verbal d'audience du 12 mai 2006 n'emportait pas, à elle seule, renonciation à se prévaloir de cette irrecevabilité dans la procédure d'annulation » mais surtout grâce à une définition plus générale de la notion d'estoppel qui sanctionne, nous explique la Cour de cassation, « le comportement [d'une partie lorsqu'il est] constitutif d'un changement de position, en droit, de nature à induire [son adversaire] en erreur sur ses intentions », constatant que le changement d'attitude de la société Merial n'était pas un tel Estoppel.

Dont acte pour le cas particulier ; mais quelle envolée pour la reconnaissance formelle de l'estoppel, suivant en cela, l'arrêt d'assemblée plénière du 27 février 2009 qui, déjà, le reconnaissait (mais entre parenthèse).

La Cour de cassation rapproche également la notion d'estoppel à celle, bien connue en droit français, de la renonciation à un droit, ici celui d'agir en annulation.

Cet abandon d'un droit, doit pour être valable, résulter d'une manifestation non équivoque de la volonté. Ainsi, la Haute Cour estime que l'attitude passive de la société Merial face à l'ordonnance de procédure « n'emportait pas, à elle seule, renonciation à se prévaloir de cette irrecevabilité dans la procédure d'annulation ».

La Cour rappelle que la renonciation ne peut procéder que d'un acte positif. En d'autres termes, le silence gardé par le demandeur lors de la signature du procès-verbal d'audience ne saurait constituer à lui seul une renonciation au droit d'agir. Ainsi, en usant de son droit

de former un recours en annulation, le demandeur n'a pas changé de position, en droit. Les conditions de l'estoppel ne sont donc pas réunies.

**Isabelle ALVAREZ**, Doctorante, allocataire-moniteur, Université Montpellier 1.

## DROIT SOCIAL

### *Projet de simplification du droit du travail...*

Echos des annonces à la presse : le ministre Xavier Darcos a annoncé le lancement d'un groupe de travail sous la présidence de Frank Mougin, DRH de Vinci, en vue d'élaborer des propositions destinées à simplifier le Droit du travail ; on constate par là-même, à l'occasion de cette interview accordée au quotidien La Tribune, que le gouvernement admet tacitement l'échec de la recodification du Code du travail intervenue en 2008. « Je veux accompagner la reprise avec des règles plus claires. [La réglementation sociale] est très complexe, trop sophistiquée, voire contradictoire. Ce n'est pas bon pour les entreprises, pas bon pour les salariés » analyse le ministre du travail ; ce système « est confus, coûteux et angoissant. Il génère beaucoup de contentieux ... Une erreur dans le calcul d'une indemnité de congés payés est sanctionnée de la même manière que le recours au travail au noir ».

Bien sûr «... il ne s'agit pas de remettre en cause les droits existants. Notre réflexion s'inscrit très clairement dans le sens de la flexisécurité ... il faut que la sécurité soit meilleure pour les deux parties ». Xavier Darcos est favorable au dialogue social en la matière, et encourage la Commission à solliciter la négociation collective que mènent les partenaires sociaux, auxquels il accorde naturellement une priorité.

En revanche la Commission sera chargée d'établir un rapport destiné à la réforme des normes réglementaires, qui devra être « une base solide pour les dispositions (...) prises pour simplifier le Droit du travail. Il faudra sans doute fusionner des textes, simplifier des seuils existants, faciliter la portabilité des droits ».

En parallèle le rapport "Bien-être et Efficacité au Travail" a été remis au Premier ministre le 17 février 2010, par la Commission animée par Muriel Pénicaut (DRH de Danone), Henri Lachmann (président de Schneider Electric) et Christian Laroze (vice-président du CESE). François Fillon a annoncé vouloir «... poser les bases d'une profonde rénovation de la manière dont les entreprises prennent en compte les risques psychosociaux dans leur politique de prévention. »

Les propositions émanant de cette étude, mettent en avant la nécessité de mieux impliquer le management des entreprises dans la prévention des risques psychosociaux, via l'implication de la direction générale

de son conseil d'administration ; la performance de l'entreprise devant intégrer le facteur humain, et donc la santé des salariés. L'un des outils les plus spectaculaires consiste en la péréquation de la part variable de rémunération des managers, aux indicateurs de santé du personnel, aux conditions de travail et au turn-over salarié !

Pour finir toutefois, cette Commission souligne la nécessité d'une formation spécifique en la matière. Ainsi « toute promotion à un poste de manager doit aussi être accompagnée d'une formation à la responsabilité de manager ».

**Bruno Siau**

### **Elections professionnelles : la vérité sans les urnes.**

Cass. Soc. 27 janvier 2010 (pourvoi n°09-60103), FS+P+B+I, *M. Wilimaytis et syndicat CFDT / Société Aéropass et al.*

Les réformes intervenues à l'été 2008 en matière de relations collectives de travail, et qui finalisent l'assouplissement de la participation des différents représentants du personnel salarié au dialogue social, ne permettent quand même pas d'aller à l'encontre des dispositions de la réglementation sociale les concernant. Une illustration très claire est ici faite par l'arrêt du 27 janvier 2010, de l'orthodoxie conservée en la matière par la Cour de Cassation, et ce même alors que dans le cas d'espèce la tradition jurisprudentielle est de privilégier la vérité du vote au détriment de la lettre de la Loi.

On sait en effet que les principes généraux du Droit électoral neutralisent la sévérité des dispositions du Code électoral, soit dans l'hypothèse où l'irrégularité soulevée se heurte à un trop grand écart de voix, soit dans celle où cette irrégularité n'a pu avoir aucune influence sur le résultat du vote. Ce raisonnement est celui adopté par le Juge de l'élection, et ce quel que soit le scrutin politique, administratif ou associatif, et encore professionnel.

En l'espèce lors de l'organisation des élections professionnelles destinées à désigner les membres de la délégation unique du personnel (DUP) au sein de la société Aéropass, un groupement dénommé SPEOCA dépose une liste de candidatures au premier tour : or cette liste ne recueille que quelques voix dans le collège Non-cadre, et aucune dans le collège Cadre. Il est de plus objectivement avéré, quel que soit le scénario de report de voix dans le premier collège, que celui-ci ne pouvait de toute façon pas modifier l'attribution des sièges titulaires ou suppléants de la DUP...

Autrement dit la participation des candidats de la liste SPEOCA n'a eu aucune influence sur le résultat du scrutin. Or l'un des syndicats ayant présenté d'autres

candidats au premier tour des élections professionnelles, va solliciter judiciairement l'annulation des élections, en raison de l'irrégularité de la participation de cette liste SPEOCA !

En effet il s'avère que le SPEOCA n'est pas un syndicat mais une association, dont d'ailleurs les statuts sont déposés en préfecture et non à la mairie de son siège, et qu'en outre (même si cela n'a aucun sens sur le plan juridique...) cette personne morale ne justifie d'aucun des critères de représentativité posés par la réglementation sociale. Par conséquent ce groupement ne pouvait pas présenter de liste de candidats aux élections professionnelles, puisque les articles L. 2314-24 (délégués du personnel) et L. 2324-22 (comité d'entreprise) du Code du travail réservent aux seuls syndicats représentatifs le monopole de présentation des candidatures au premier tour.

Tous les autres syndicats, et surtout tous les élus titulaires et suppléants (...), contestent cette action judiciaire au motif justement que la participation du SPEOCA n'ayant eu aucune influence sur le résultat final du scrutin, et la voie des urnes devant être privilégiée, l'annulation ne pouvait prospérer. C'est effectivement cette solution que retiendra le premier Juge, tout en reconnaissant d'ailleurs expressément l'irrégularité de la participation de l'association en cause.

Et c'est sur ce point justement que la Chambre sociale adopte une position remarquable, puisqu'elle casse la décision de première instance. En effet les dispositions légales assurant le monopole syndical des candidatures au premier tour des élections professionnelles étant d'ordre public, la participation de liste non-syndicale est à elle seule et en elle-même une cause de nullité de l'élection, peu important son influence sur les résultats du scrutin.

**Bruno Siau**

### **Collaboration libérale : la possibilité d'une île (de la tentation...).**

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 14 mai 2009 (n° 08-12.966, FS P+B+R+I), *Selafa Cabinet J. Bret c/ Mme S. Couzon et al.*

"... si, en principe, la clientèle personnelle est exclusive du salariat, le traitement d'un nombre dérisoire de dossiers propres à l'avocat lié à un cabinet par un contrat de collaboration ne fait pas obstacle à la qualification de ce contrat en contrat de travail lorsqu'il est établi que cette situation n'est pas de son fait mais que les conditions d'exercice de son activité ne lui ont pas permis de développer effectivement une clientèle personnelle ..."

Et si le contrat de collaboration, lié à l'exercice d'une activité libérale, d'avocat en l'espèce, dégénérerait en contrat de travail ? Quelle sorte de peur, alors, cette

atroce réalité ferait-elle naître?

« *La peur est là, vérité de toutes choses, en tout égale au monde observable. Il n'y a plus de monde réel, de monde senti, de monde humain, je suis sorti du temps, je n'ai plus de passé ni d'avenir, je n'ai plus de tristesse ni de projet, de nostalgie, d'abandon ni d'espérance ; il n'y a plus que la peur.* » - "La possibilité d'une île" - Michel Houellebecq (Editions Fayard 2005).

Si la peur est effectivement mauvaise conseillère, c'est en raison de l'éblouissement qu'elle cause à l'observateur : sans être vraiment aveuglé, ce dernier ne voit en effet la réalité qu'à contre-jour, et grossièrement. La chambre sociale de la Cour de cassation s'est récemment illustrée, et ce de façon particulièrement exposée, par une décision qui traduit bien la confusion ainsi décrite. En qualifiant de contrat de travail la participation de candidats à une émission de télé-réalité, et ce à l'encontre de la position de l'avocat général, le juge a en effet cédé à la panique : celle de voir prétendument échapper à l'emprise protectrice du Droit social, une prestation originale et récemment inventée (Cass. Soc. 3 juin 2009, Semaine Sociale Lamy 2009 n° 1403 et suivants, du 8 juin 2009).

Cet arrêt a été unanimement critiqué, et de façon homogène par un grand nombre d'observateurs (notamment : "La tentation du contrat de travail" - Jean-Emmanuel Ray et Antoine Jameau, Semaine Sociale Lamy 2009 n° 1403 et suivants, du 8 juin 2009 ; "Debout, les damnés de la terre" - Pierre-Yves Verkindt, JCP éd. S. 2009 n° 305, du 16 juin 2009). En effet si la chambre sociale maintient une solution classique en matière de qualification du lien de subordination, elle se focalise sur ce critère sans vérifier que les participants à l'émission établissent l'existence préalable d'une prestation de travail : or le contrat de travail salarié est avant tout un contrat de prestation de services, exécuté sous l'autorité du donneur d'ordre, ce qui le distingue du contrat d'entreprise (Cass. Soc. 13 novembre 1996, Dr. social 1996. 1067, note M. Dupeyroux).

Dans l'arrêt commenté, la première chambre civile de la Cour de cassation était sollicitée pour statuer sur la requalification en contrat de travail salarié, d'un contrat de collaboration libérale conclu entre une avocate et un cabinet d'associés. Depuis toujours en effet, et de façon régulière, des contentieux apparaissent entre les professionnels libéraux et l'établissement au sein duquel ils exercent, en vue de voir reconnaître une activité subordonnée (Cass. Soc. 7 décembre 1983, Bull. civ. V n° 592).

Il est vrai que le contrat de collaboration libérale reste exceptionnel dans le champ de l'activité professionnelle, puisqu'il ne concerne en France que les professions réglementées ; notamment en ce qui concerne la

profession d'avocat, il s'agit d'un modèle bien connu, traditionnel et répandu puisqu'il encadre 90 % des relations d'un avocat travaillant pour un cabinet dont il n'est pas associé. Ce paradoxe entre la confidentialité de la collaboration libérale limitée à certaines professions spécifiques, et le caractère de principe de ce mode d'exercice au sein desdites professions, explique sans doute la crainte éprouvée par nombre d'observateurs spécialistes en Droit social, de voir exclus des travailleurs soumis à un "*patron*" du bénéfice de la réglementation sociale.

Pourtant il semble ici que le juge quant à lui ne soit pas aussi alarmé. En effet l'arrêt du 14 mai 2009 susvisé se contente finalement d'une part de reprendre un raisonnement et une solution classique en la matière, d'autre part de qualifier une relation de travail qui ne correspondait en rien à une collaboration libérale.

Si l'avocat collaborateur libéral fait l'objet d'un encadrement législatif depuis la loi du 31 décembre 1971 (article 7 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, et articles 129 et suivants du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991), dès la fin des années 1970 la Cour de cassation a été amenée à requalifier certaines situations de salariat. Évidemment il s'agit systématiquement de sanctionner l'abus du confrère se comportant comme un employeur, et ce à l'encontre tant de la lettre que de l'esprit du contrat de collaboration libérale.

Ainsi dans le cas d'espèce, la première chambre civile fait sienne les étapes du raisonnement adopté normalement par la chambre sociale, et conduisant à la reconnaissance d'un contrat de travail salarié : le lien de subordination est caractérisé par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir de donner des ordres ou des directives, d'en contrôler l'exécution et de sanctionner les manquements de son subordonné (Cass. Soc. 1<sup>er</sup> juillet 1997, Bull. civ. V n° 242) ; le Juge fonde souverainement son appréciation sur un faisceau d'indices (Cass. Soc. 1<sup>er</sup> décembre 2005, D. 2006. Pan. 411, obs. M. Peskine), la seule volonté des parties, mentionnée dans le corps du contrat, étant impuissante à soustraire le salarié au statut social qui découle nécessairement des conditions d'accomplissement factuel de son travail (Ass. Plén. 4 mars 1983, D. 1984. IR 164, obs. M. Béraud). Et c'est donc souverainement ici que le Juge avait constaté la dépendance de la prestation de la collaboratrice, à l'autorité du cabinet cocontractant.

Le moyen principal sur lequel se fondait le recours de ce dernier, consistait à indiquer que dès lors qu'un collaborateur a développé une clientèle personnelle, il ne peut pas être salarié ; or il était incontestable que leur collaboratrice avait eut effectivement plusieurs clients

personnels pendant la collaboration disputée. Sur ce point la Cour de cassation répond que si le principe est acquis, toutefois le nombre dérisoire de clients personnels ne fait pas obstacle à la requalification de la collaboration en contrat de travail.

Une précision importante toutefois, et qui semble d'ailleurs ne pas avoir reçu un éclairage suffisant dans les commentaires immédiatement publiés : l'attendu principal souligne en effet que l'absence de clientèle personnelle doit résulter des conditions d'exercice de l'activité du collaborateur, pour autoriser la requalification, et donc ne pas résulter de son fait propre ! Or cette précision est l'articulation de l'arrêt du 14 mai 2009 : en effet si effectivement la collaboratrice n'avait en moyenne ouvert qu'un dossier personnel par an pendant les cinq ans de la collaboration, c'est précisément parce que les conditions d'exercice de son activité, octroyées par le cabinet, l'empêchaient justement de développer cette clientèle personnelle.

Et la Cour de cassation de rappeler par le détail ce que le Juge du fonds avait constaté : l'avocate n'était autorisée à traiter ses dossiers qu'hors du cabinet et après les heures de travail, elle ne disposait d'aucun lieu pour recevoir ses clients, elle n'effectuait que des tâches parcellaires et des interventions ponctuelles sur les dossiers qui lui étaient confiés sans véritable suivi dans la durée de la procédure, et les associés la dissuadaient ouvertement de développer sa clientèle. Par suite, la première chambre civile fait simplement le constat que l'intéressée «... *était privée de l'indépendance technique propre au collaborateur libéral*».

Or une telle décision constitue simplement l'application de la réglementation professionnelle propre aux avocats. Tant l'article 18-II de la loi du 2 août 2005 que les articles 14.1 et suivants du Règlement Intérieur Harmonisé en effet, précisent que le collaborateur libéral exerce son activité professionnelle en toute indépendance, ce qui impose que le cabinet mette à sa disposition, dans des conditions normales d'utilisation, les moyens matériels nécessaires aux besoins de sa collaboration ainsi qu'au développement de sa clientèle personnelle.

Cette jurisprudence, dont on a rappelé l'ancienneté primordiale, est constamment reprise par la Cour de cassation, que ce soit par la chambre sociale ou par la première chambre civile statuant après arbitrage du Bâtonnier (Cass. Soc 25 mars 2009, pourvoi n° 07-42.683 ; Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 16 janvier 2007, Bull. civ. I n° 17). D'ailleurs il faut souligner le fait que lorsqu'aucun abus n'est établi par le collaborateur, le contrat échappe à la requalification salariale même s'il n'a jamais

développé aucune clientèle personnelle (Cass. Soc. 18 octobre 2006, pourvoi n° 05-42.156).

Qui donc a soudain peur, dans ce contexte, de cette jurisprudence stable de la Cour de cassation, qui régule notamment la profession d'avocat et sanctionne les abus par nature très minoritaires ? Sans doute pas les professionnels eux-mêmes, et notamment les collaborateurs libéraux ; c'est ce qu'a clairement indiqué dans ces colonnes récemment, Me Camille Maury, Présidente de la Fédération nationale des unions de jeunes avocats (FNUJA) : si ce syndicat dénonce depuis toujours les dérives en matière de collaboration libérale, il soutient ce mode d'exercice qui favorise et dynamise l'association ou l'installation des jeunes confrères (Profession Avocat, éd. Lamy, juillet-août 2009).

Il suffit de se pencher sur les centres d'intérêt actuel de la profession, pour constater que cette question ne participe pas des plus urgentes, contrairement par exemple à la formation ou la gouvernance des cabinets, et ce même si le renforcement de la protection des avocats collaborateurs (assurance chômage collective, garantie de la rétrocession d'honoraires, précision du statut, etc.) reste à l'ordre du jour. Cette réflexion dépasse d'ailleurs la seule profession d'avocat, et se trouve en phase avec d'autres plus générales concernant le statut du travailleur individuel non-salarié (cf. "Essai sur la parasubordination" – Jacques Barthélemy, Semaine Sociale Lamy du 8 septembre 2003 ; "Le travailleur économiquement dépendant : quelle protection ?" – Rapport à M. le Ministre du travail, des relations sociales, de la famille et de la solidarité – Paul-Henri Antonmattéi et Jean-Christophe Sciberras - novembre 2008).

Il apparaît donc sans doute, que le *buzz* autour de cet arrêt du 14 mai 2009 (au-delà de quelques blogs alarmistes ou ... opportunistes !) relève davantage d'une peur irraisonnée que de l'observation praticienne ; ainsi l'on a pu craindre une mort annoncée de la collaboration libérale, avec une prochaine augmentation radicale de la part du salariat dans la profession d'avocat (Cf. "Vers la disparition de la collaboration libérale ?" – Catherine Puigelier, JCP éd. G n° 25-2009 du 15 juin 2009). Le temps passé à l'exercice du métier, les disparités entre les divers régimes sociaux, la cohabitation des deux statuts salarié et libéral pour une activité similaire (parfois au sein du même cabinet, comme dans l'arrêt commenté...), etc. peuvent il est vrai sembler préférable à certains d'assimiler tous les avocats collaborateurs, à un seul mode d'exercice bénéficiant de la protection du Droit social.

Ce serait ici faire peu de cas du bénéfice ressenti du statut de travailleur indépendant, par le professionnel

libéral, lequel a de plus en plus conscience d'être chef d'entreprise ; et il faut admettre que le statut salarié n'est pas universel. L'on peut se rassurer sur ce point, au regard de l'attachement sans cesse renouvelé des intéressés à ce mode d'exercice libéral, qu'il s'agisse d'ailleurs des collaborateurs (qui ne sont pas tous stagiaires...) ou des confrères avec lesquels ils exercent leur profession de façon indépendante ; en la matière les différentes institutions ordinales ou syndicales sont en phase avec la volonté commune.

La jurisprudence ne contrarie pas ce consensus, ainsi que le démontre *in fine* l'arrêt commenté. Revenons par contre à l'île de la tentation : l'arrêt de la chambre sociale du 3 juin 2009 a commis l'erreur d'oublier de caractériser la prestation avant son caractère subordonnée ; une confusion vers laquelle la première chambre civile ne s'est pas précipitée.

Cette décision ne confond pas, en effet, autorité de l'employeur et simple service organisé. Pour paraphraser Pierre-Yves Verkindt (Cf. "Debout, les damnés de la terre", précité), ce n'est pas parce que le collaborateur libéral subit des contraintes dans l'exercice de son activité au profit du cabinet auquel il collabore, qu'il est soumis à un lien de subordination avec ce dernier.

**Bruno Siau**

## CONTRATS

### Preuve d'un contrat de prêt et remise des fonds : 1315 contre 1315.

Cass. civ. 14 janvier 2010 (2 arrêts : n°08-18581 et n°08-13160)

Lorsque la cigale emprunte, la fourmi doit rembourser le prêt consenti. Le prêt d'argent : contrat réel ou contrat consensuel ? Qui doit prouver la remise des fonds et comment ? Cela dépend, aujourd'hui, de la nature de l'emprunteur, particulier ou professionnel.

1<sup>ère</sup> hypothèse et premier arrêt (Cass. civ. 14 janvier 2010, n°08-18581) : Daniel X, maria Z, (épouse X.), M. A et Mme Annie X. (épouse A) emprunte de l'argent à M. Alain X, et Annie Y (son épouse). Comme souvent, en famille, cela se passe de manière simple, par la conclusion d'une reconnaissance de dettes (pour un peu plus de 40 000 €, en plusieurs fois).

Vient alors la question du remboursement... et les débiteurs utilisent deux arguments pour se soustraire à leur obligation de payer. D'une part, le contrat de prêt, lorsqu'il est souscrit par un particulier, est un contrat réel (Cf. *Civ. 1<sup>re</sup>, 27 mai 1998, Bull. civ. I, n°186, D. 1999.14, note M. Bruschi, D. 1999, somm. 28, note M.-N. Jobard-Bachelier, Defrénois 1999, art. 36921, note*

*S. Piedelièvre ; Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mars 2000, JCP 2000, II, 10296, concl. J. Sainte-Rose, Adde D. Maingny, Contrats spéciaux, 6<sup>è</sup> éd., Dalloz, 2008, n°371*), alors qu'il est un contrat consensuel lorsqu'il est conclu par un établissement de crédit, de telle manière que le contrat de prêt est formé par la remise de la chose prêtée, des fonds donc et, par conséquent – application de l'article 1315, al. 1 du Code civil – c'est à celui qui prétend être débiteur de prouver que le contrat a été formé, ergo, que les fonds ont été remis. Mais voilà cette preuve est impossible voire difficile. L'argument de la preuve impossible aurait pu être invoqué (C. civ., art. 1318), mais le combat judiciaire s'engage sur le fond du droit des contrats. La cour d'appel déboute les demandeurs : « le prêt qui n'est pas consenti par un établissement de crédit étant un contrat réel supposant la remise d'une chose, il incombe à la personne se prétendant créancière d'une somme d'argent qu'elle aurait prêtée de rapporter la preuve du versement de celle-ci, nonobstant l'existence d'une reconnaissance de dette » ; la preuve n'étant pas rapportée, la demande est rejetée.

Cassation : « la convention n'est pas moins valable quoique la cause n'en soit pas exprimée, de sorte qu'il incombait à M. A... et M. Daniel X..., qui avaient signé les reconnaissances de dettes litigieuses et prétendaient, pour contester l'existence de la cause de celles-ci, que les sommes qu'elles mentionnaient ne leur avaient pas été remises » ; peu importe donc, la nature réelle ou consensuelle du contrat de prêt, la reconnaissance de dette présume la remise des fonds, de telle manière – application de l'article 1315, al. 2 du code civil – que c'est à celui qui prétend que les fonds ne lui ont pas été remis de le prouver.

On ne sait toujours pas, donc, si le contrat de prêt de somme d'argent, entre particulier, demeure, ou non, un contrat réel, mais voilà une décision propre à régler bien des différends familiaux.

2<sup>ème</sup> hypothèse, et second arrêt (Cass. civ. 14 janvier 2010, n°08-13160) : M. X (un autre X.), emprunte de l'argent à un professionnel du crédit, le Cetelem (50 000 francs en 1993). M. X., cigale, ne rembourse pas, et le Cetelem engage des actions judiciaires et présente la facture ; cette fois, pas de doute, le contrat de prêt consenti par un professionnel du crédit n'est pas un contrat réel (*Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mars 2000, JCP 2000, II, 10296, concl. J. Sainte-Rose et supra*), il suffit donc de présenter le contrat conclu, lequel repose sur l'offre de crédit acceptée, aux termes des règles du crédit à la consommation. Fort bien, mais encore convient-il, pour estimer que la part contractuelle de l'emprunteur demeure exécutée, que celle du prêteur l'ait été, et donc que le prêteur prouve la remise des fonds – application de l'article 1315, al. 1<sup>er</sup> du Code civil –, d'une manière acceptable pour permettre cette appréciation par le juge.

A défaut, la demande est rejetée, comme le valide la Cour de cassation : « *si le prêt consenti par un professionnel du crédit est un contrat consensuel, il appartient au prêteur qui sollicite l'exécution de l'obligation de restitution de l'emprunteur d'apporter la preuve de l'exécution préalable de son obligation de remise des fonds ; que la cour d'appel, qui a relevé que la signature d'une offre préalable de prêt n'emportait pas la preuve que l'emprunteur, qui contestait avoir reçu la somme prêtée, l'avait perçue et que faute d'apporter une telle preuve, la société de crédit n'apportait pas celle de sa créance, a légalement justifié sa décision* ».

Dans les deux cas, magnifique, imparable. De la belle justice.

**Daniel Mainguy**

### **Le devoir de conseil de l'entrepreneur constructeur de maison individuelle**

[Civ. 3<sup>e</sup>, 27 janv. 2010, FS-P+B, pourvoi n° 08-18026](#)

Les faits de l'espèce étaient les suivants : un couple avait confié à un entrepreneur les travaux de construction de sa maison individuelle. Aux premiers plans présentés par l'entrepreneur, les clients avaient préféré des plans dressés par un tiers. Le géomètre chargé du métrage et du bornage du terrain avait quant à lui commis une erreur qui avait conduit à un très important empiètement sur le terrain voisin.

Le maire ordonna l'interruption des travaux et le couple qui s'imaginait déjà propriétaire assigna l'entrepreneur et le traceur des plans pour obtenir indemnisation. La cour d'appel de Nîmes avait requalifié le contrat d'entrepreneur en un « contrat de construction de maison individuelle avec fourniture de plan » (Code de la construction et de l'habitation, art. L.231-1 : « Toute personne qui se charge de la construction d'un immeuble à usage d'habitation ou d'un immeuble à usage professionnel et d'habitation ne comportant pas plus de deux logements destinés au même maître de l'ouvrage d'après un plan qu'elle a proposé ou fait proposer doit conclure avec le maître de l'ouvrage un contrat soumis aux dispositions de l'article L. 231-2 »). L'entrepreneur rejetait quant à lui la responsabilité de ces erreurs sur le seul traceur des plans estimant qu'il ne pouvait être soumis aux dispositions des articles L. 231-1 et suivants à défaut d'avoir lui-même tracé les plans.

La Cour de cassation confirme ici l'importance du devoir de conseil de l'entrepreneur qui procède à la construction d'une maison individuelle, alors même que le client avait confié à un autre professionnel l'élaboration des plans : « quelle que soit la qualification du contrat, tout professionnel de la construction étant tenu, avant réception, d'une obligation de conseil et de

résultat envers le maître de l'ouvrage, la cour d'appel, qui a retenu que la société [...] avait procédé à une mauvaise implantation de la maison des époux [...] en s'abstenant de procéder à toute vérification au regard des règles du POS contrairement à ses obligations, et qui n'était pas tenue de procéder à d'autres recherches que ses constatations rendaient inopérantes, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ».

Dans l'obligation d'information de l'entrepreneur, il convient par conséquent d'inclure une information de conseil bien sûr mais aussi une obligation de surveillance et de contrôle de la possibilité juridique de parvenir aux souhaits du client.

**Malo Depincé**

### **DISTRIBUTION**

#### **Loi Doubin, quasi-exclusivité, étude de marché et responsabilité**

Cass. com., 19 janvier 2010, F-P+B, n° 09-10.980

Les faits sont assez courants. La société LCEC, distributrice de matériel électroménager, audiovisuel et informatique, sous enseigne *Expert*, souscrit auprès d'une banque un prêt pour les besoins de son activité. Les époux X, certainement dirigeants sociaux, se portent alors cautions solidaires des engagements de leur société. Ladite société devenant incapable de faire face aux remboursements d'emprunt, la banque agit contre les époux X en application de leur cautionnement. Ceux-ci appellent alors en garantie le groupement coopératif de commerçants indépendants, la société *Expert*, lui reprochant d'avoir établi une étude de marché fautive à l'origine de la défaillance de la société LCEC.

La Cour d'appel d'Orléans, par un arrêt du 27 novembre 2008, fait droit aux époux X. Faisant application de l'article L.330-3 C. com. (loi Doubin), l'arrêt d'appel retient que la société *Expert*, en délivrant une étude de marché réalisée de manière fort légère, avait contracté de mauvaise foi avec la société LCEC et que ces fautes précontractuelles étaient en lien direct avec le préjudice subi par les époux X. La société *Expert* se pourvoit alors en cassation. Le pourvoi est rejeté aux motifs que l'article L.330-3 C. com. est applicable, que si ce texte n'impose pas une étude prévisionnelle, dès lors que celle-ci est fournie elle doit être une présentation sincère du marché, que tel n'est pas le cas et qu'enfin ces fautes ont un lien de causalité directe avec les préjudices subis par les époux X en tant que caution.

Au cœur de l'affaire est donc cette étude prévisionnelle de marché qui pose la question de l'applicabilité de

l'article L.330-3 du Code de commerce puis celle des effets de son application.

**Quant à l'applicabilité de l'article L.330-3 C. com.**, la société Expert soutenait que cet article ne s'applique qu'en présence d'une exclusivité d'activité imposée au distributeur or la société LCEC avait la possibilité d'exploiter d'autres activités non concurrentes et n'était donc pas tenue à son égard d'une exclusivité d'activité.

La chambre commerciale de la Cour de cassation écarte l'argument au motif que s'il existe bien pour les adhérents au réseau Expert une possibilité d'exploiter des activités non concurrentes, ils sont, pour les produits couverts par la convention, tenus à une quasi-exclusivité et que dès lors c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que l'obligation d'information précontractuelle prévue par l'article L. 330-3 du code de commerce était applicable. A quelle exclusivité le législateur fait-il donc référence ?

Cette question soulevée par la société Expert est parfaitement pertinente (*Rappr. Lutz et Wagner, Pourquoi la loi Doubin n'est pas applicable aux contrats de bière ?*, D. 2001. 1708 ; G. Blanc, *Les contrats de distributions concernés par la loi Doubin*, D. 1993. Chron. 218).

L'article L.330-3 C. com. dispose que : « Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause ».

L'expression retenue par le législateur est « un engagement d'exclusivité ou de quasi exclusivité pour l'exercice de son activité ». La Cour de cassation retient à l'instar de la Cour d'appel d'Orléans que l'activité à considérer est celle relative aux produits ou services couverts par le contrat. Si la Cour semble aller au-delà de la lettre de la loi, elle nous semble pourtant en extirper et respecter le sens car l'activité retenue, c'est à dire celle objet de l'exclusivité, est bien celle qui est la contrepartie à la mise à disposition de l'enseigne ou de la marque. Le critère d'application de l'article L.330-3 C. com. est donc qu'une exclusivité soit exigée concernant l'activité contractuelle et non pas nécessairement l'activité globale du distributeur (*en ce sens, C.A. Agen, 12 mars 2008, CCC 2008, n° 199, obs. M. Malaurie-Vignal*).

**Quant à l'application de l'article L.330-3 C. com.**, s'agissant de l'étude prévisionnelle de marché, celle-ci peut paraître *a priori* curieuse puisque, comme le soulignait société Expert l'article L. 330-3 du Code de commerce ne met pas à la charge du bénéficiaire de l'exclusivité l'obligation de réaliser une étude de marché

local ou un état des comptes prévisionnels et que dès lors si de tels documents sont néanmoins communiqués au distributeur, ils ne le sont pas en application de cette disposition. L'argument est balayé en les termes suivants : « si la loi ne met pas à la charge de l'animateur d'un réseau une étude du marché local et qu'il appartient au candidat à l'adhésion à ce réseau de procéder lui-même à une analyse d'implantation précise, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que dans le cas où une telle information était donnée, ce texte met à la charge du franchiseur une présentation sincère du marché local ». Comment une hypothèse non couverte par un texte peut-elle pourtant y trouver son imputation ? Le raisonnement de la Cour peut à ce titre sembler curieux. Il ne l'est pourtant pas. La loi Doubin poursuit un objectif, à savoir que le débiteur d'exclusivité puisse s'engager en connaissance de cause ; elle impose pour ce faire des moyens que sont les documents et informations devant être communiqués préalablement à la conclusion du contrat. Il nous semble que d'une part, l'objectif prime les moyens et que, le texte n'interdit pas de produire d'autres informations, d'autre part. Mais si tel est le choix du créancier d'exclusivité, en l'espèce le franchiseur, alors les éléments communiqués ne doivent pas porter atteinte à l'objectif d'engagement en connaissance de cause. S'agissant d'une étude prévisionnelle, l'article L.330-3 C. com. met donc « à la charge du franchiseur une présentation sincère du marché local ». Rien de surprenant. En effet, ce n'est pas parce qu'un document n'est pas prévu par la liste des informations précontractuelles à communiquer pour servir au consentement éclairé du distributeur, que ledit document peut, par un raisonnement *a contrario* bien mal venu, aller à l'encontre de cet objectif. Une différence de 36 % entre les prévisions et les chiffres réalisés démontre le caractère léger et donc fautif de l'étude prévisionnelle.

Les conséquences de cette lecture sont capitales : « les fautes commises par les sociétés Expert dans leur obligation précontractuelle d'étude et de renseignement à l'égard du futur adhérent, qui ont privé celui-ci des éléments d'appréciation lui permettant de se former valablement une opinion sur l'opportunité de son investissement, ont un lien de causalité directe avec la liquidation judiciaire de la société LCEC et donc les préjudices subis par les époux X... du fait de la mise en œuvre de leur cautionnement par la BRO ». La Cour retient ainsi que le caractère fautif de l'étude violant les exigences de l'article L.330-3 C. com. qui n'a pas permis à la société franchisee de se former valablement une opinion sur l'opportunité de son investissement, est ainsi la cause directe des déconvenues de celle-ci et des déboires subis par les époux X, en leur qualité de caution.

Cet arrêt est important : en effet, si la violation de l'article L.330-3 du Code de commerce ne présente guère d'utilité quant au sort du contrat, en particulier son annulation (V. D. Mainguy et J.-L. Respaud, *Comment renforcer l'efficacité de la Loi Doubin ? : Contrats-Conc.-Consom.*, mars 2003, p. 5), la méconnaissance de ces exigences peut être redoutable quant à la responsabilité de son auteur.

Jean-Louis Respaud

## CONCURRENCE

### Voyage SNCF.com condamnée en appel [CA Paris, 23 février 2010](#)

La SNCF exploite le réseau des chemins de fer, bientôt ouvert à la concurrence pour les voyageurs, mais également des marchés d'aval, comme celui de la commercialisation de billets, de séjours, notamment à travers son site-agence, Voyage-sncf.com que tous les voyageurs connaissent.

Toute la difficulté, alors, est d'éviter toute critique dans l'exploitation d'un tel marché, soit sur le fondement de la théorie des infrastructures essentielles, soit sur le fondement d'une entente anticoncurrentielle. Voyage SNCF.com avait notamment créé l'Agence voyage sncf.com, en partenariat avec la Expedia. Certaines fonctionnalités de l'agence ou de la SNCF étaient cependant réservées à cette agence, comme la faculté d'imprimer son billet, ou bien la communication d'offres proportionnelles, du type, « dernière minute » ou bien les billets de TGV à prix discount, à la colère de ses concurrents et notamment, les exploitants des sites, Promovacances, lastminute ou Switch qui avaient saisi, par plusieurs saisines successives, une enquête diligentée par la DGCCRF, le conseil de la concurrence en 2002 pour obtenir une décision du Conseil de la concurrence le 5 février 2009 ([Déc. n°09-D-06 du 5 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc. dans le secteur de la vente de voyages en ligne](#)) après le rejet de mesures conservatoires en 2004 ([Déc. n° 04-D-51 du 4 novembre 2004 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Lastminute.com](#)).

Malgré des engagements pris par la SCNF, relatifs à l'accès aux promotions et la possibilité d'imprimer les billets en ligne, la SNCF, qui n'avait pas contesté les griefs avait été condamnée, sur le fondement d'une entente et d'un abus de position dominante à payer une amende de 5 millions d'euros, et Expedia pour 500 000 €.

Appel était interjeté, principalement par Expedia, puis par la SCNF, notamment pour obtenir une réduction de l'amende : le recours est rejeté par la [Cour d'appel dans](#)

[son arrêt du 23 février 2010](#), retenant notamment que « le conseil n'est pas tenu, et la Cour n'est pas tenue non plus, de constater que les engagements souscrits par la SCNF donnent toutes les garanties d'une concurrence pleine et effective », ni de « constater que les engagements souscrits par la SNCF répondent à toutes les préoccupations de concurrence susceptibles de naître de l'affaire soumise à l'examen de la Cour pour le passé comme pour l'avenir, (...) ni enfin d'exiger que les engagements soient de nature à mettre un terme définitif aux pratiques illicites (...) ». Gageons, que sur ce fondement, un pourvoi sera engagé.

D. Mainguy

### Du retour (manqué) de la motivation dans la rupture d'un contrat

Cass. com. 26 janv. 2010 (n°09-65086)

Généralement, la question de l'obligation de motivation de la rupture d'un contrat vient de la jurisprudence en matière de contrat de distribution ; une fois n'est pas coutume, c'est du côté des contrats bancaires qu'une appréciation de l'obligation de motivation préalable à la rupture (pour la rejeter) survient.

Une banque consent des ouvertures de crédit, via des contrats de compte courant, décide d'y mettre fin et notifie sa décision, moyennant le respect d'un préavis de 90 jours. La réaction ne se fait pas attendre, en responsabilité pour rupture abusive de crédit fondée sur le fait que le banquier aurait dû, pour justifier sa décision de rupture, motiver sa décision « par des considérations propres à sa structure interne ou à son fonctionnement ou afférentes au mode de fonctionnement du compte » sauf à commettre une faute.

Non, décident, en cœur, une cour d'appel et la cour de cassation : « en l'absence de disposition légale particulière, toute partie à un contrat à durée indéterminée peut, sans avoir à motiver sa décision, mettre fin unilatéralement à celui-ci, sauf à engager sa responsabilité en cas d'abus; que l'arrêt retient que, si elle considère que cette faculté de résiliation discrétionnaire et arbitraire constitue une source potentielle de discrimination, la société Riviera n'établit pas ni même ne prétend que la décision de la banque qui a été assortie d'un délai de préavis de 90 jours suffisant à permettre à sa cliente de retrouver un nouveau banquier procéderait d'un motif illégitime ou d'une volonté de nuire ».

On retrouve le principe selon lequel il peut être mis fin à un contrat à durée indéterminée, de manière unilatérale, et ce sans avoir à motiver sa décision (Cf. *Civ. 1<sup>re</sup>, 3 avr. 2001, Bull. civ. I, n° 98, D. 2001, somm. P. 3240, obs. D. Mazeaud, Defrénois 2001, p. 1048, obs. E. Savaux, RTD civ. 2001, p. 584, obs. J. Mestre et B. Fages*). Première leçon, donc, l'absence de motivation ne présume pas l'abus. Il convient donc de le prouver, et il ne suffit pas

d'invoquer le caractère discrétionnaire et discriminatoire de la mesure, le préavis lorsque sa durée est suffisante valant reconversion (Cf. *Com.*, 6 mai 2002, JCP, éd. G, 2002, II, 10146, note Ph. Stoffel-Munck, D. 2002, somm. 2942, obs. D. Mazéaud, *Contrats, conc. consom.*, 2002, n° 134, obs. L. Leveneur : « le concédant n'est pas tenu d'une obligation d'assistance du concessionnaire en vue de sa reconversion ». Adde J.-L. Respaud, « Préavis, assistance et reconversion du distributeur évincé », *Cab. dr. entr.* 2002/5, p. 19. V. encore, *Com.* 3 avr. 2002 (3 arrêts), *Cab. dr. entr.* 2003/3, p. 22, obs. J.-L. Respaud, sur le lien entre exigence d'investissements et abus dans la rupture du contrat).

L'obligation de motivation fait débat (Cf. M. Fabre-Magnan, « L'obligation de motivation en droit des contrats », *Mélanges J. Ghestin*, 2001, p. 301 ; « Pour la reconnaissance d'une obligation de motiver la rupture des contrats de dépendance économique », in « La motivation et le pouvoir contractuel », RDC 2004, p. 573, X. Lagarde, « La motivation des actes juridiques », *Trav. Ass. H. Capitant, La motivation*, 2000, p. 73 ; D. Mainguy, « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », *Mélanges M. Cabrillac*, 1999, p. 165, D. Mainguy, *Contrats spéciaux, Dalloz*, 2008, n°458), mais pas devant la cour de cassation.

**Daniel Mainguy**

### **iPhone : Sursaut ou sursis dans la guerre entre opérateurs ?**

Cass. com., 16 févr. 2010, n°09.11968 et 09-65440

Nouvel épisode, dans la guerre que se livr(ai)ent(?) les opérateurs de téléphonie mobile à propos de la commercialisation de l'iPhone.

Tout récemment, [l'Autorité de la concurrence rendait une décision](#), le 11 janvier 2010, de nature à combler tout le monde et surtout à apaiser la situation, devenue bien moins conflictuelle, quoique, en la matière, un iPad chassant un iPhone chassant un iPod, en une nouvelle application d'un darwinisme technologique toujours plus âpre, toute étincelle peut ranimer un incendie qu'on croyait trop vieux.

La décision de l'ADLC avait, tout en martelant les points qui lui auraient permis de rendre, sans doute, une décision sévère, avait donc, le 11 janvier 2010 entériné les engagements formulés par Orange.

Cette décision, au fond, s'inscrivait cependant dans un contexte judiciaire plus lourd puisqu'elle faisait suite à une série de décisions rendues à la suite de celle du Conseil de la concurrence du 17 décembre 2008 (n°08-MC-01 du 17 décembre 2008), confirmée par la Cour d'appel de Paris, le 4 février 2009 ([Paris 4 février 2009](#)).

Or cette décision avait fait l'objet d'un pourvoi en cassation formé par Orange, reçu par la Cour qui casse l'arrêt de la Cour de Paris du 4 février 2009.

Deux moyens au pourvoi, l'un portant sur la recevabilité de celui-ci mais surtout, l'un, fondé sur les articles 81§& (devenu 101§1 TFUE) et L. 420-1 du Code de commerce, qui est à la base de la cassation.

La Cour d'appel avait repris les éléments présentés « à charge » contre elle, la double voire triple exclusivité, la longueur de l'exclusivité consentie par Apple, la position leader d'Orange sur le marché, etc., mais l'arrêt est censuré sur un autre terrain, Orange avait fait valoir un argument auquel la Cour n'avait pas répondu :

« En se déterminant ainsi, sans rechercher (...) si l'existence de terminaux concurrents de l'iPhone fabriqué par Apple n'était pas de nature à permettre à des opérateurs de téléphonie mobile concurrents d'Orange, de proposer aux consommateurs des offres de services de téléphonie et internet haut débit mobiles associées à des terminaux concurrents de celles proposées par Orange avec l'iPhone, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».

Enfin, dernier élément pris en compte, sur le fondement de l'article 81§3 TCE (101§3 TFUE), permettant de justifier la pratique anticoncurrentielle, la Cour d'appel avait écarté l'argument de nature à « sauver » le contrat, fondé sur la nécessité d'amortir les investissements consentis, alors que la Cour d'appel retient que le bénéfice net réalisé par Orange révèle le caractère disproportionné de l'exclusivité (3 ans) consentie par Apple :

Cassation : « En se déterminant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la prise en compte de l'intégralité du chiffre d'affaires généré par les communications mobiles des acheteurs d'iPhones, et non d'un revenu additionnel, ne revenait pas à considérer qu'Orange aurait perdu ou n'aurait pas gagné l'intégralité des clients ayant souscrits à ses offres de services de téléphonie mobile comprenant un iPhone si elle n'avait pas commercialisé ce terminal, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».

Que retenir de cette décision, d'importance à n'en pas douter. D'une part que la Cour de cassation demeure inflexible quant au respect d'une politique visant à limiter fortement les mesures conservatoires en droit de la concurrence. Mais surtout, elle semble reprocher à la Cour d'appel, et au Conseil de la concurrence, d'avoir cédé aux sirènes des propos tenus par les concurrents d'Orange, dont SFR et notamment de la campagne lancée par ce dernier opérateur pour le Smartphone Storm de Blackberry, lancé à peu près au même moment que l'iPhone avec Orange, mais avec nettement moins de succès ; or, la Cour de cassation refuse en quelque sorte que les juridictions soient les comptables des bons ou mauvais choix commerciaux des opérateurs : bon

choix pour Orange, mauvais choix pour SFR. Il reste donc à présenter de nouveaux arguments devant la cour d'appel (de Paris toujours). Affaire à suivre, donc.

Daniel Mainguy

### A propos de l'utilisation en justice de documents couverts par le secret de l'instruction devant le Conseil de la concurrence

Cass. com. 19 janv. 2010 (n°08-19761).

L'affaire semble, au premier regard, assez banale. Un fournisseur de produits audiovisuels, JVC, fournit à la société Semavem, un acteur célèbre du droit de la concurrence, divers produits qui servent à approvisionner divers magasins sous les enseignes Logimarché, Intermarché ou Station marché, en accordant à la société Semavem diverses remises qualitatives en échange de services à rendre aux consommateurs (on imagine : présentation des produits, mise en avant, etc.). le fournisseur estime cependant que ces services n'ont pas été réalisés et engage une action en remboursement des sommes versées et en indemnisation de son préjudice contre la société Semavem (qui appelle en garantie les revendeurs).

La Cour d'appel (Paris 2 juillet 2008) fait droit à la demande (et accorde un peu plus de 1 600 000 € sans compter l'intérêt légal courant depuis 1991) et écarte la demande reconventionnelle de la société Semavem portant d'une part sur la nullité (ce qui est original pour un document unilatéral) des conditions de vente du fournisseur et d'autre part sur l'admission d'un certain nombre de pièces, rejetées par la Cour d'appel, celles-ci provenant d'une instruction par le Conseil de la concurrence et étant couverte par le secret professionnel.

Rejet du pourvoi : *« le principe du respect des droits de la défense ne justifie la divulgation, dans un procès civil, d'informations couvertes par le secret de l'instruction devant le Conseil de la concurrence devenu l'Autorité de la concurrence, que si cette divulgation, incriminée par l'article L. 463-6 du code de commerce, est nécessaire à l'exercice de ces droits ; que la société Semavem et les revendeurs, qui n'ont pas discuté l'existence d'une divulgation, n'ont ni justifié, ni même allégué, de cette éventuelle nécessité pour s'opposer à la demande de la société JVC de retrait de certaines pièces des débats ».*

Leçon : la divulgation de telles pièces doit être nécessaire à l'exercice des droits de la partie qui les produit, d'une part, et c'est à cette dernière de démontrer les éléments propres à justifier cette nécessité.

Daniel Mainguy

## CONSOMMATION, PUBLICITE ET PROMOTION DES VENTES

**La « Class action » à la française a toujours du mal à s'imposer.** [A propos de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 22 janvier 2010, Pôle 5, 11<sup>ème</sup> chambre, RG n° 08/09844](#) et de l'action de groupe dans le cartel de la téléphonie mobile.

A l'heure où, aux Etats-Unis, une [action de groupe contre Vivendi](#) vient d'aboutir et qu'une nouvelle y est lancée contre Toyota, le débat décline, très fortement, en droit interne, comme l'arrêt rendu dans l'affaire de la téléphonie mobile le démontre.

Le conseil de la concurrence avait considéré, par une décision du 30 novembre 2005 déjà, que les trois opérateurs français de téléphonie mobile s'étaient accordés pour stabiliser leurs parts de marché respectives et homogénéiser leurs politiques commerciales (pour pratiquer des prix identiques). Le Conseil avait ainsi relevé une entente prohibée parce qu'anticoncurrentielle (C. com., art. L. 420-1 et TCE, art. 81). Il relevait surtout que les pratiques en cause avaient facilité *« la mise en place [...] de mesures défavorables aux consommateurs telles que la hausse du prix des communications et l'instauration de la facturation par paliers de 30 secondes après la première minute indivisible, enfin infligé pour ce seul grief une sanction de 442 millions d'euros en tenant compte de l'atteinte au surplus du consommateur »*. La condamnation est aujourd'hui définitive, malgré les recours des trois opérateurs.

Sur la base du constat opéré par le Conseil de la concurrence lui-même, un premier consommateur s'estimant lésé (mais dans cette affaire, quel consommateur ne l'était pas ?) a assigné son opérateur devant le tribunal de commerce de Paris. Les sommes en jeu sont, prises individuellement, relativement modestes (67,20 € « à parfaire » au titre des dommages et intérêts et 150 € au titre de l'article 700 du CPC), mais potentiellement colossales si l'on multiplie par le nombre d'utilisateurs de téléphones mobiles (des centaines de millions d'euros).

L'association UFC Que Choisir, qui était par ailleurs à l'origine de la dénonciation au Conseil de la concurrence de cette entente, était intervenue à l'instance, pour obtenir du même opérateur paiement de dommages et intérêts à hauteur de 55 559,22 € cette fois (7000 € au titre de l'article 700). D'autres consommateurs (3750 personnes pour être tout à fait exact) sont également intervenus à la procédure pour demander indemnisation dans des proportions similaires à celles du premier demandeur. Sur la forme néanmoins, toutes ces personnes avaient le même avocat.

Le tribunal de commerce, mais qui s'en étonnera au regard des tentatives jusqu'à présent toujours abouties des représentants des entrepreneurs en France de faire avorter tout mécanisme d'action de groupe (en faveur de l'action de groupe, voir les billets d'humeur [ici](#)), déclara le 5 octobre 2007 l'assignation elle-même mais également toutes les interventions postérieures irrecevables. Le tribunal avait alors estimé que les intervenants avaient été démarchés pour se joindre à la procédure, ce qui est prohibé par une loi du 31 décembre 1972 (modifiée) : en l'occurrence l'association avait présenté sur son site Internet un calculateur permettant à chacun d'évaluer son préjudice personnel ce qui l'incitait à se rapprocher de l'association pour engager une action en justice.

L'action engagée ne pouvait être évidemment une véritable « class action » à défaut d'être une forme d'action reconnue par le droit français (voir une analyse [ici](#)), seule restait par conséquent à l'association la possibilité de se joindre par voie d'intervention avec tous les consommateurs lésés à une action déjà engagée par un premier consommateur, sur le fondement donc des articles L. 421-1 et L. 421-7 du Code de la consommation.

Pis-aller évidemment pour l'association mais écarté à nouveau par le cour d'appel qui dans l'un des considérants de sa décision affirme : « *l'association UFC Que Choisir, qui savait ne pouvoir agir en introduisant l'instance, et qui très rapidement avait pris conscience du caractère très limité du préjudice individuel de chaque abonné, ce qui ne pouvait que les dissuader d'introduire l'instance en indemnisation, s'est efforcé d'organiser et d'orchestrer l'assignation et les interventions volontaires des abonnés, au mépris des interdictions de démarchage et d'appel au public qui y faisaient obstacle tandis qu'il s'évince à l'évidence, spécialement au regard des contrats d'engagement souscrits par les abonnés intervenant volontaires que le mandat donné apparemment à leur conseil n'avait aucune réalité puisque dans ces contrats d'engagement l'association UFC que choisir indiquait supporter toute la procédure et la conduire en sorte qu'elle était le véritable mandant de ces conseils* ». L'arrêt révèle ici avec éclat l'impossibilité pratique d'indemniser de tels dommages de masse sous la « direction » d'une association : en pratique le droit processuel français ne propose par conséquent que deux solutions absolument irréalisables, laisser chacun engager seul une action pour récupérer trois francs six sous (ce qu'il ne fera évidemment jamais eu égard aux coûts à engager) ou que chaque victime (qui devrait avoir été informée par elle-même puisque le démarchage est interdit) mandate l'association mais sans que cette dernière puisse librement diriger la procédure dans l'intérêt de ses mandants.

Toutes les demandes sont donc jugées irrecevables dans cette affaire, y compris la première déposée par un consommateur isolé dont les juges présument le caractère frauduleux, ce qui est plus critiquable.

On en retiendra malheureusement qu'il y a des préjudices en France qui ne sont toujours pas réparés. Les rapports de consommation ne sont pas les seuls concernés par ce constat : l'affaire Vivendi rappelle elle aussi que les petits actionnaires ne sont pas toujours indemnisés des conséquences de la violation par une société cotée de ses obligations légales de même que le préjudice environnemental, souvent diffus, n'est pas souvent indemnisé lui non plus autant que le nombre de victimes indirectes le justifierait.

Malo Depincé

### **énième proposition pour les consommateurs (vente à distance)**

L'Assemblée Nationale a adopté le 20 janvier 2010 une nouvelle proposition de loi, 13ème législature, AN n° 395, à l'initiative comme sa dénomination l'indique des députés et non du Gouvernement, qui si elle était définitivement adoptée, viendrait modifier la réglementation de la vente à distance.

L'enjeu est de pouvoir interdire à un professionnel de recevoir paiement avant la livraison intégrale du produit ou l'exécution de la prestation de service pour deux mois (interdiction renouvelable par périodes d'un mois). Tous les contrats à distance ne seraient pas visés, seule une décision nominative de la DGCCRF (prise après une procédure contradictoire dont les modalités ne sont pas encore précisées) mettrait en œuvre cette interdiction, au cas par cas donc et pour semble-t-il ne viser, du moins l'espère-t-on, que certains professionnels trop abusifs.

L'autorité administrative pourrait également imposer que la mesure soit annoncée dès la page d'accueil du site Internet du professionnel

Malo Depincé

### **Le juge national peut soulever d'office les mesures protectrices du consommateur**

CJUE 17 décembre 2009, aff. n° C.227/08 (Martin)

Une consommatrice espagnole, démarchée à domicile, avait signé un contrat l'engageant à acquérir par moins de quinze livres, cinq DVD et le lecteur pour lire ces disques à une société d'édition.

Étant, comme souvent, revenue sur sa décision, cette consommatrice espagnole n'avait pas payé les factures qui lui avaient été adressées. Le professionnel a alors logiquement introduit une procédure en injonction de

paiement devant les juridictions espagnoles. Condamnée en première instance, la consommatrice a fait appel et c'est cette seconde juridiction qui a posé la question préjudicielle suivante à la Cour de Justice de l'Union européenne :

*« L'article 153 CE [...] la directive, notamment en son article 4, doit-il être interprété en ce sens qu'il permet à la juridiction saisie d'un appel contre une décision de première instance de déclarer d'office la nullité d'un contrat relevant du champ d'application de la directive susmentionnée, alors que cette nullité n'a à aucun moment été invoquée par le consommateur défendeur au litige, que ce soit dans le cadre de son opposition à la demande d'ouverture d'une procédure d'injonction de payer, lors de l'audience du jugement ou dans le recours en appel ? ».*

La question posée concernait par conséquent la possibilité pour le juge de soulever d'office un moyen de droit que le consommateur, négligeant ou mal informé, n'aurait pas fait valoir. Cette question était d'importance ici puisque le moyen en cause, l'absence d'information complète et préalable du consommateur sur l'intégralité de ses droits, pouvait conduire le juge à annuler le contrat. La question ne se poserait plus en droit interne français de la consommation puisque depuis la loi du 3 janvier 2008 l'ensemble de la matière est d'ordre public, mais l'arrêt permet d'apprécier la conformité des dispositions nationales au regard du droit communautaire.

En l'occurrence ici, sans en faire un principe qui s'impose aux États-membres, la Cour considère que *« l'article 4 de la directive 85/577/CEE du Conseil, du 20 décembre 1985, concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, ne s'oppose pas à ce qu'une juridiction nationale déclare d'office la nullité d'un contrat relevant du champ d'application de cette directive au motif que le consommateur n'a pas été informé de son droit de résiliation, alors même que cette nullité n'a à aucun moment été invoquée par le consommateur devant les juridictions nationales compétentes »*. Le juge national, dans le cadre d'un litige à propos d'un démarchage à domicile, peut par conséquent soulever d'office les dispositions du droit communautaire de la consommation.

### **Malo Depincé**

#### **Publicité comparative, concurrence déloyale et grande distribution : une nouvelle illustration**

Cass. Com, 2 février 2010, n°09/13242, Sté Neudis c/ Sté Aldi Marché

Le recours à la publicité comparative est fréquent. Méthode marketing largement utilisée, les entreprises apprécient particulièrement son efficacité redoutable à

faire prévaloir un produit ou un service sur celui d'un autre, concurrent.

Les dispositions portant sur la publicité comparative sont issues de la loi n°92-60 du 18 janvier 1992, dite « loi Neiertz » et de l'ordonnance du 23 août 2001, ayant transposé en droit français la directive 97/55 du 6 octobre 1997 (JOCE 23 octobre 1997, n° L.290), dans une démarche globale visant à harmoniser l'ensemble des législations nationales en la matière.

Cet outil commercial doit néanmoins être manié avec précaution ; la licéité de la publicité comparative étant soumise à certaines conditions strictes.

La réglementation sur la publicité comparative – et notamment l'article L. 121-8 du Code de la consommation – tend à s'appliquer à toute publicité mettant en comparaison des biens ou services en identifiant, implicitement ou explicitement, un concurrent ou des services offerts par un concurrent.

La publicité comparative doit porter sur des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif.

En l'espèce, le litige opposait cette fois-ci deux magasins de grande distribution : la société Neudis, exploitant à Genay un magasin sous l'enseigne « Leclerc », et la société Aldi Marché exploitant un magasin situé à trois kilomètres de là.

Au cours de l'année 2007, la société Neudis a apposé à l'entrée de son magasin une affiche comportant le slogan « Eco + pour faire plus d'économies ». Mais cette affiche avait surtout la particularité de représenter un podium, au sommet duquel était mis en valeur un assortiment de produits de consommation courante provenant de ses rayons, tandis que l'on voyait à sa base un assortiment de produits similaires commercialisés par deux autres enseignes, dont Aldi Marché. En outre, les produits d'Aldi Marché étaient surmontés de la mention « 6,59% plus chers que E. Leclerc Genay, soit 3,33€ plus chers, 27,75% de produits en moins, constat d'huissier de justice effectué le 22 janvier 2007 ».

Sans surprise, la société Aldi Marché, estimant cette publicité comparative illicite, a assigné la société Neudis en indemnisation de son préjudice et a sollicité la publication et l'affichage de la décision.

Le jugement rendu en première instance l'ayant déboutée de ses réclamations, la Cour d'appel de Lyon l'a infirmé le 19 février 2009, se reportant à l'article L. 121-8 du Code de la consommation en matière de publicité comparative :

« Toute publicité qui met en comparaison des biens ou services en identifiant, implicitement ou explicitement, un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent n'est licite que si :

1° Elle n'est pas trompeuse ou de nature à induire en erreur ;

2° Elle porte sur des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif ;

3° Elle compare objectivement une plusieurs ou caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens ou services, dont le prix peut faire partie. »

Il fut donc retenu par la juridiction d'appel que « l'affiche litigieuse, qui a présenté un groupe de produits, arbitrairement constitué, en prenant pour seul critère le prix global des différents assortiments, ne répondait pas aux exigences de pertinence et d'objectivité posées par le Code de la consommation en matière de publicité comparative de produits concurrents ».

A ce titre, les juges du fond ont condamné la société Neudis à verser à la société Aldi Marché l'euro de dommages et intérêts qu'elle sollicitait, et ont ordonné l'affichage de l'arrêt pendant huit jours à l'entrée principale du magasin Leclerc.

Une nouvelle fois, le critère de l'objectivité de la comparaison a donc été mis en avant, et sera confirmé par la Cour de cassation qui disposera que « la publicité comparative litigieuse, qui ne répondait pas à l'exigence d'objectivité posée à l'article L. 121-8, alinéa 1, 3°, du Code de la consommation, était illicite ».

En effet, l'objet de la comparaison doit porter sur une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives des biens ou services en question. Nonobstant ceci, la publicité comparative illicite tombe sous le coup du principe général d'interdiction de la publicité trompeuse, sanctionné à l'article L. 121-1 du Code de la consommation.

Le fait est que la société Neudis n'a avancé aucun critère de choix précis quant à la sélection des produits représentés sur son affiche publicitaire ; il s'agirait simplement du « panier type de la ménagère », composé en l'occurrence de 34 produits (tandis que le panier type de la ménagère faisant ses courses chez Aldi Marché n'en comporterait que 32...). Sélection arbitraire donc, mais non irréflectée puisqu'il est apparu que les produits « Eco + » représentés comportaient des quantités moindres que les produits concurrents ; de même, la présentation sur l'affiche d'un prix global inférieur des produits « Eco + » était visiblement déterminée sur la base de leur conditionnement par lots (conditionnement qui différait d'une marque à l'autre : bouteille de vin en plastique pour l'une, bouteille de vin en verre pour l'autre...).

La comparaison ainsi effectuée était donc de nature à créer une confusion dans l'esprit d'une clientèle « induite en erreur » pour reprendre les termes de l'article L. 121-

8 du Code de la consommation. Clairement, la comparaison effectuée sans objectivité ne permettait pas au consommateur intéressé par l'achat d'un produit « Eco + » de vérifier si celui-ci était effectivement moins cher qu'un produit concurrent.

Les juges ne changent donc pas de ligne de conduite concernant les critères à prendre en compte afin d'apprécier la licéité ou l'illicéité d'une publicité comparative, s'en tenant rigoureusement aux dispositions du Code de la consommation en la matière. En revanche, la question de l'affichage de la décision à l'entrée du magasin « fautif » a soulevé des émules. Accepté par la Cour d'appel à la requête de la société Aldi Marché, les juges de la Cour de cassation s'y sont quant à eux simplement opposés. Simplement car la formule est brève : « une telle mesure n'entre pas dans les prévisions du texte susvisé (L. 121-14 du Code de la consommation) » ; le magasin Leclerc ne sera pas mis au pilori en place publique. Et en effet, rien de tel n'est prévu dans les dispositions relatives à la publicité comparative illicite. En revanche, la publication de la décision en cas de condamnation est autorisée par l'article L. 121-4, ainsi que la diffusion « d'annonces rectificatives » afin d'informer le public de ladite décision (notons à ce propos que les modalités de cette diffusion sont fixées par le jugement) ; de là à l'affichage de la décision à l'entrée du magasin, il n'y a finalement qu'un pas...

**Fleur DUBOIS LAMBERT et Marion MURCIA,**  
Doctorantes de l'Université Montpellier 1.

### **Une campagne publicitaire trompeuse en raison de l'indisponibilité des produits**

Crim., 24 mars 2009, n°08-86.530, Sté LIDL

La publicité joue un rôle essentiel dans la commercialisation des produits. Son utilisation, bien que soumise au principe de la liberté d'expression, n'est pas totalement libre. De nombreuses dispositions l'encadrent, notamment dans un souci de protection du consommateur. Ainsi, comme souvent, la Cour de cassation a reconnu la responsabilité d'une personne morale en raison d'une publicité trompeuse.

En l'espèce, suite au lancement par la société Lidl d'une campagne promotionnelle, les agents de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) ont constaté l'indisponibilité de plusieurs articles, objets de cette publicité. La société Lidl a été déclarée coupable du délit de publicité fautive ou de nature à induire en erreur. Cette dernière reproche cependant à l'arrêt d'appel (CA Colmar 4 juillet 2008) de ne pas avoir respecté les règles

relatives à la charge de la preuve, de ne pas avoir relevé quelle personne physique aurait agi pour le compte de la personne morale et de ne pas avoir caractérisé l'élément moral de l'infraction.

Cependant, la Cour de cassation a estimé que c'est à bon droit que la Cour d'appel avait confirmé la condamnation de la société Lidl. En effet, la simple constatation de l'indisponibilité des produits faisant l'objet d'une campagne promotionnelle suffit à établir « l'élément matériel du délit prévu par l'article L.121-1 du Code de la consommation, dans sa version applicable à l'époque des faits comme dans sa version issue de la loi du 3 janvier 2008 ». L'élément moral, quant à lui, n'a pas besoin d'être attribué à la personne physique représentant la société puisqu'il est directement imputable à la personne morale en ce qu'elle n'a pas « veillé à la véracité du message publicitaire ». Les juges sont ainsi dispensés de rechercher l'organe ou le représentant, personne physique, qui a commis l'infraction puisque l'indisponibilité des produits relève d'une « politique commerciale (V. même argument retenu : Cass. crim., 25 juin 2008, n° 07-84.839 : *JurisData* n° 2008-043861 ; Bull. crim. 2008, n° 167 ; Dr. pén. 2008, comm. 140, note M. Véron : « Les infractions retenues s'inscrivent dans le cadre de la politique commerciale des sociétés en cause et ne peuvent, dès lors, avoir été commises, pour le compte des sociétés, que par leurs organes ou représentants ») voulue et organisée » par la personne morale elle-même (J.-H. Robert, *Politique commerciale d'indisponibilité*, Dr. Pén. n°6, juin 2009, comm. 84). La personne morale répond par conséquent, de sa propre faute constituée par une pratique commerciale trompeuse.

**Isabelle ALVAREZ**, Doctorante, allocataire-moniteur  
Université de Montpellier 1

### **Publicité comparative, publicité trompeuse et médicaments génériques.**

Cass. Com., 7 juillet 2009, n°08-11.660, Sté Sandoz c/ Sté AstraZeneca et a.

L'éternelle querelle entre les industriels de la pharmacopée ne cesse d'enrichir la jurisprudence en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative dans le cadre des recours en concurrence déloyale et en contrefaçon. Aujourd'hui pourtant, les entreprises du secteur s'emparent pleinement de celles-ci.

Dans une affaire en date du 7 juillet 2009, les juges de la Cour de cassation ont une nouvelle fois (TGI Paris, 23 septembre 1991, Renault c/ Volkswagen – T. Com. Salon de Provence, 21 avril 1993 – TGI Paris, 1<sup>er</sup> avril 1998, NRJ c/ Europe 1), appliqué les dispositions du

Code de la consommation et, plus précisément, confirmé l'existence de la condition d'objectivité comme exigence de validité et de licéité d'une publicité comparative ainsi que le caractère implicite de la comparaison en matière de médicaments génériques.

Interdite jusqu'au début des années 1990, la publicité comparative a fait son entrée dans les pratiques commerciales grâce à la loi n°92-60 du 18 janvier 1992, dite « loi Neiertz » et la directive n°97/55/CE du 6 octobre 1997 (*JOCE 23 octobre 1997, n° L.290*), transposée en France par l'ordonnance n°2001-741 du 23 août 2001 (*JO, 25 août 2001*). La matière est régie par les articles L. 121-8 et suivants du Code de la consommation. L'article L. 121-8, dans sa dernière version du 5 janvier 2008 définit d'ailleurs la publicité comparative comme « toute publicité qui met en comparaison des biens ou services en identifiant, implicitement ou explicitement, un concurrent ou des biens ou services offerts par un concurrent ».

De plus, pour être licite, une publicité comparative doit répondre à certaines conditions (*En matière de droit de la santé, les médicaments peuvent également faire l'objet d'une publicité et ce sous certaines conditions. Ce sont les articles L. 5122-1 et suivant qui organisent cette réglementation relative à la publicité des médicaments. La publicité pour un médicament fait d'ailleurs l'objet, sous huit jours suivant sa diffusion, d'un dépôt à l'Agence française de sécurité des produits de santé (AFSSAPS). On parle généralement de « visa » pour sa publicité. G. Viala, De nouvelles règles pour la publicité pharmaceutique, RTD sanit. et soc., 1997, p. 75 – J. Calvo, Publicité comparative et médicaments, LPA 1997, n°57, p.4*) et notamment celle prévue par le 3<sup>e</sup> de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article L. 121-8 du Code de la consommation qui prévoit que la publicité doit comparer « objectivement une ou plusieurs caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens ou services ».

S'agissant des pratiques commerciales trompeuses, l'article L.121-1 du Code de la consommation ouvre le bal des définitions. Cet article prévoit qu'une pratique commerciale est trompeuse lorsqu'elle crée une confusion avec un autre produit (bien, service, marque, nom commercial, etc.) et notamment « lorsqu'elle repose sur des présentations (...) de nature à induire en erreur ».

L'arrêt dit « Sandoz » s'inscrit dans cette mouvance. En l'espèce, le litige est né du lancement d'une campagne publicitaire par la société Sandoz. A cette occasion, quatre brochures destinées aux professionnels de santé annonçaient la commercialisation d'une spécialité pharmaceutique dénommée « Oméoprazole GNR 20mg » en tant que générique du médicament princeps, le « Mopral 20mg ». La société Astrazeneca, titulaire de

la marque « Mopral », a, alors, tenté d'obtenir la condamnation de la société Sandoz pour contrefaçon en raison de l'utilisation de la marque dans les documents promotionnels, et en concurrence déloyale fondée sur une publicité comparative illicite puisque présentant l'« Oméoprazole GNR 20mg » comme un générique avant son inscription au répertoire de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS).

Les juges du fond (*CA Versailles, 6 septembre 2007, n°06-02.795, confirmant la décision rendue par TGI Nanterre, 9 mars 2006*), se prononçant en faveur de la société Astrazeneca, ont retenu les actes de contrefaçon à l'encontre de la société Sandoz pour l'utilisation d'une publicité comparative illicite et un usage non nécessaire de la marque, ainsi que l'infraction de publicité trompeuse en raison de l'absence d'inscription du médicament générique au répertoire de l'AFSSAPS.

L'arrêt est cassé sur ces deux fondements.

Les juges de la Cour de cassation devaient donc se prononcer notamment sur le fait de savoir si la comparaison d'un médicament générique à son médicament de référence, dans une brochure publicitaire distribuée aux professionnels de santé, constituait ou non une publicité comparative licite au regard de l'article L.121-8, alinéa 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup> du Code de la consommation. Et si l'emploi du terme « générique » dans une publicité pouvait induire en erreur des professionnels de santé, leur laissant penser que le médicament est immédiatement substituable (*L'inscription au répertoire des génériques, au terme de l'article L.5121-1, b° du Code de la santé publique, est obligatoire afin que le pharmacien réalise son droit de substitution, à savoir proposer et délivrer aux clients un médicament générique à la place du médicament de référence. Si le générique n'est pas inscrit dans ce répertoire, il peut tout de même être commercialisé mais ne bénéficiera pas de la qualité dite « substituable » qui permet entre autres, aux pharmaciens de la proposer*), relevant ainsi de la publicité trompeuse au sens de l'article L.121-1 du Code de la consommation.

Dans un premier temps, la chambre commerciale a retenu la licéité de la publicité comparative effectuée par la société Sandoz. Elle affirme que le fait pour une société d'utiliser le nom de marque du médicament *princeps* pour promouvoir son générique est licite. La société peut, ainsi, comparer son médicament générique au médicament de référence et cette comparaison peut être considérée comme objective car elle est fondée sur la définition même du générique, élaborée par le Code de la santé publique. Ils ont d'ailleurs, pour fonder leur solution, utilisé et combiné dans le visa de l'arrêt, les articles L.121-8 du Code de la consommation et L.5121-1, 5<sup>o</sup> du Code de la santé publique.

En effet, en présentant l'« Oméoprazole GNR 20mg » comme un générique du « Mopral 20mg », il découle de la définition même du médicament générique que la publicité procédait à une comparaison objective des « caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces produits » au sens de l'article L. 121-8 alinéa 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup>, du Code de la consommation. La définition légale du générique le présente comme une spécialité ayant « la même composition qualitative et quantitative en principe actif, la même forme pharmaceutique que la spécialité de référence » et dont la « bioéquivalence avec cette spécialité » est démontrée, en vertu de l'article L. 5121-1, 5<sup>o</sup>, b) du Code de la santé publique. Ainsi, les caractéristiques propres aux médicaments génériques justifient que la seule référence au *princeps* s'analyse comme une comparaison. La licéité de la publicité tient à la parfaite identité entre ces deux spécialités, voulue par la loi elle-même.

Par ailleurs, les juges font état d'information « du public » alors qu'il s'agissait en l'espèce d'une publicité adressée aux professionnels de santé. Mais cette expression doit s'entendre au sens large puisque les juges de la Cour de cassation rappellent, classiquement, que les dispositions relatives à la publicité comparative destinées aux consommateurs s'étendent aux professionnels (*L'article 4-1 de la directive n°97/55/CE du 06 octobre 1997 vient asseoir cette extension puisqu'elle prévoit que les dispositions relatives à la publicité comparative sont applicables « dans l'intérêt des consommateurs aussi bien que dans celui des concurrents et du public en général »*. En droit communautaire, c'est une solution constante : CJCE, 23 février 2006, C-59/05, Siemens, Rec. CJCE, I, p. 2147, BRDA 2006, n°6, p. 27, Europe 2006, comm. 124, obs. E. Bernard – CJCE, 19 septembre 2006, C-356/04 Lidl Belgium, D. 2006, p. 2394, obs. E. Chevrier). Ces dispositions ne sont effectivement pas limitées aux seuls consommateurs, même si certains persistent dans cette voie (T. Com. Paris, 14 septembre 1992, RJDA 1992, n°12, n°1181 – CA Paris, 23 octobre 2006, GP 1997, 1, som., p. 352).

Les juges se sont d'ailleurs prononcés à plusieurs reprises sur une publicité destinée aux professionnels du milieu médical et ont énoncé que « les parties devaient se référer aux dispositions tant du Code de la consommation que du Code de la santé publique » (*CA Versailles 06 avril 1998, cité par A. Laude, La publicité comparative en matière de médicaments, RDSS 1998, p. 513. Confirmé par CA Versailles 10 septembre 1998, BRDA 1998, n°22, p.14, LPA 1999, n°236, p.17, note L. Etner – CA Versailles, 18 février 1999, LPA 1999, n°142, p.18. Confirmé par Com., 26 mars 2008, n°06-18.366, D. 2008, p.1139, obs. C. Rondey ; p. 1524, note J. Azéma ; D. 2009, p.393, obs. E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; JurisData n°2008-*

043352 ; *Contrats conc. consom.* 2008, *comm.* N°171, G. Raymond ; *Rev. Lamy dr. des médias et de la communication* 2008, *chron.* Samyn et Mateljan-Delafaye).

De plus, même si les juges n'utilisent pas expressément le vocable "objectif", ils rappellent qu'il s'agit bien « d'une comparaison des caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces produits », ce qui revient à effectuer une comparaison objective des caractéristiques des produits, et à relever l'objectivité de la comparaison.

Dans un second temps, les juges de la Cour de cassation, sur la base d'un moyen relevé d'office, ont également écarté la qualification de publicité trompeuse, sur le fondement de l'article L.121-1 du Code de la consommation, au motif que les juges du fond n'ont pas recherché si un nombre important de pharmaciens ont effectivement acheté ou non le générique dans la croyance erronée que celui-ci était déjà inscrit au répertoire des génériques. Il appartiendrait aux juges du fond de vérifier, en cas de suspicion de publicité trompeuse, que les conditions posées par le texte précité sont bien remplies et que le message a bien trompé, induit en erreur le public auquel il s'adressait.

La Cour de cassation n'écarte pas cette condition, mais semble exiger des juges du fond une motivation accrue de leurs décisions. Il est possible d'y voir une sorte de rappel à la lettre de la loi adressé aux juges du fond, qui consisterait à exiger d'eux qu'ils caractérisent la publicité comme ayant entraîné une croyance générale fautive à l'attention du public.

Ainsi explicité, l'arrêt du 7 juillet 2009 confirme la position de la Cour de cassation sur la possibilité de comparer un médicament générique à son princeps, et renforce l'extension résultant du caractère implicite de la comparaison.

Les juges confirment, de la sorte, l'application de la législation relative à la publicité comparative au domaine plus spécifique de l'industrie pharmaceutique. Cet arrêt s'inscrit dans la tendance actuelle qui est de favoriser l'usage des médicaments génériques. La validité de cette publicité entraîne et encourage intrinsèquement la concurrence entre professionnels, et crée une certaine dynamique positive sur le marché.

**Isabelle ALVAREZ et Alexandra PAULS,**  
Doctorantes de l'Université Montpellier1

### **En France, les prix des partitions musicales sont libres**

Cass. civ. 1, 28 janvier 2010, pourvoi n° 08-70026

La loi Lang du 10 août 1981 qui impose un prix unique du livre édité, en l'occurrence celui fixé par l'éditeur,

n'est pas applicable aux partitions musicales, comme vient de le confirmer la première chambre civile de la Cour de cassation. On rappellera que la loi impose au détaillant de livres de ne pratiquer qu'un prix conforme à celui fixé par l'éditeur ou au plus inférieur de 5% à celui-ci.

Si la loi Lang ne donne pas de définition du livre, il pouvait être tentant d'en retenir une définition large et ce faisant de multiplier les prix imposés en ce domaine. Le syndicat de la librairie française, demandeur au pourvoi, retenait précisément une conception large de la notion.

Il n'a pas été suivi par la Cour de cassation qui, réaffirmant le principe de liberté des prix, considère que toute exception à celui-ci ne peut être interprétée que de manière stricte. Elle rejette par conséquent le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel qui avait refusé de sanctionner un libraire qui consentait sur la vente des partitions musicales des rabais supérieurs à ceux autorisés par cette loi et faisait de la publicité sur ces rabais hors de son lieu de vente, d'ordonner la cessation de ces pratiques et le paiement de dommages-intérêts.

L'arrêt d'appel était allé plus loin encore dans la démonstration, cherchant la volonté du législateur quand il entendit protéger les éditeurs de livres : pour la cour d'appel, de par les faibles volumes distribués par les éditeurs de partition et la bien moindre concurrence dans le secteur, ce dernier ne pouvait prétendre aux mêmes mesures de protection que les éditeurs de livres à défaut de courir les mêmes risques.

**Malo Depincé**

### **AGROALIMENTAIRE, ENVIRONNEMENT, SANTE**

#### **Plus d'autorisation pour les auxiliaires technologiques alimentaires ?**

[CJUE, 28 janvier 2010, aff. n° C-333/08, Commission contre France](#)

La CJUE sanctionne la législation française non conforme à l'article 28 du Traité instituant la Communauté européenne. Les « auxiliaires technologiques » sont des « *des substances qui interviennent dans le processus d'élaboration ou de fabrication d'une denrée alimentaire et dont le but est d'obtenir un certain effet technique durant ce processus* » (décision, §2). Dans un langage moins technique, il s'agit de substances variées, utilisés dans la fabrication d'aliments mais qui ne sont plus présents en principe dans le produit fini ou plus exactement dont la fonction n'est pas de rester dans le produit fini. Leur fonction, qui n'est donc qu'accessoire, est néanmoins

variée, il peut s'agir d'antimousses, d'agents de clarification, de décolorants, etc...

En France, la commercialisation de ces produits demeure pour partie régie par un décret de 1912 pris en application de la célèbre loi sur les fraudes et falsification de 1905 qui est aujourd'hui encore un pilier essentiel du droit alimentaire français. Le décret dispose qu'« il est interdit de détenir en vue de la vente, de mettre en vente ou de vendre toutes marchandises et denrées destinées à l'alimentation humaine lorsqu'elles ont été additionnées de produits chimiques autres que ceux dont l'emploi est déclaré licite par les arrêtés pris de concert par le ministre de l'agriculture et du développement rural, le ministre de l'économie et des finances, le ministre du développement industriel et scientifique et le ministre de la santé publique, sur l'avis du Conseil supérieur d'hygiène publique de France et de l'académie nationale de médecine ». En 2001, un nouveau décret, spécifique à certaines denrées alimentaires, était pris, disposant qu'« un arrêté des ministres chargés de la consommation, de l'agriculture, de la santé et de l'industrie pris après avis de l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments fixe, pour les catégories mentionnées à l'annexe au présent décret :

1° La liste des auxiliaires technologiques dont l'emploi est autorisé, et, le cas échéant, les conditions de leur emploi et les limites maximales de résidus admissibles;

2° Les critères d'identité et de pureté auxquels ils doivent répondre;

3° Les règles concernant les substances utilisées comme produits de support ou de dilution.

Les auxiliaires technologiques doivent être utilisés dans le respect des bonnes pratiques d'hygiène et de fabrication, notamment dans le cas où aucune condition d'emploi n'est imposée par l'arrêté prévu au présent article.

La dose d'auxiliaires technologiques utilisée ne doit pas dépasser la quantité strictement nécessaire pour obtenir l'effet désiré et ne pas induire le consommateur en erreur.

Les éléments de nature à établir que ces substances ont été utilisées dans le respect des bonnes pratiques de fabrication doivent être tenus à la disposition des agents de contrôle par les fabricants ».

Le système institué, particulièrement ancien dans ses principes, repose par conséquent sur un régime d'autorisation préalable donné par le gouvernement (la compétence est répartie entre les différents ministères en fonction des types d'emploi du produit). Ce système a été contesté par la Commission européenne au regard du principe fondamental de libre circulation des

marchandises affirmé par les traités (TCE, art. 28 devenu aujourd'hui TFUE, art. 36) qui a, devant le refus de la France de modifier sa réglementation, saisi la Cour de justice de l'Union européenne.

Cette dernière vient dans cette affaire de rendre sa décision, considérant, au regard de l'article 28 TCE et de divers règlements et directives européens que « *en prévoyant, pour les auxiliaires technologiques et les denrées alimentaires pour la préparation desquelles ont été utilisés des auxiliaires technologiques provenant d'autres États membres où ils sont légalement fabriqués et/ou commercialisés, un régime d'autorisation préalable ne respectant pas le principe de proportionnalité, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 28 CE* ».

La France devra par conséquent modifier sa réglementation pour permettre aux auxiliaires technologiques autorisés sur le territoire de n'importe lequel des 26 autres États-membres d'être commercialisés sur son propre territoire. Cela n'implique pas bien évidemment qu'il ne saurait plus y avoir aucune autorisation préalable pour l'ensemble de ces produits, mais simplement que l'autorisation donnée dans un autre État membre par l'administration dument habilitée s'impose à la France. Il faudra par conséquent assurer désormais une veille des autorisations administratives non plus uniquement à l'échelon français mais également à l'échelon européen.

**Malo Depincé**

### **La taxe carbone, une usine à gaz (défectueuse?)**

Coup de tonnerre le 29 décembre 2009, alors même que beaucoup se remettaient à peine du Réveillon de Noël et que chacun se préparait doucement au réveillon suivant : le Conseil constitutionnel déclarait contraire à la Constitution l'article 7 de la loi de finances pour 2010 établissant la fameuse « taxe carbone ».

Le motif en était que les exemptions prévues, trop nombreuses et trop larges, « *sont contraires à l'objectif de lutte contre le réchauffement climatique et créent une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques* ».

En clair, le Conseil constitutionnel, appuyant le principe de la taxe carbone sur le fondement de l'objectif à valeur constitutionnelle de protection de l'environnement, considérait sa mise en œuvre comme inégalitaire et finalement trop peu efficace. Il fallait donc au gouvernement revoir sa copie. C'est aujourd'hui chose faite, au moins en partie puisque le Ministère de l'écologie a lancé une consultation sur l'adaptation de la contribution carbone ([cf le site du Ministère](#)).

Un commentateur averti de la question a parlé, avec un regret évident, d'un « replâtrage » du texte par le gouvernement ([Arnaud Gossement](#)).

Le texte mérite-t-il pour autant une telle critique, un ministre n'est-il qu'un simple plâtrier appelé après un faible séisme à refaire les enduits, à « boucher les trous » pour laisser à sa construction encore quelques années d'existence ?

Quelques remarques liminaires s'imposent : la décision du Conseil constitutionnel n'a pas été une petite secousse. Pire, elle a en réalité sapé les fondements mêmes du projet gouvernemental.

Derrière des aspects techniques, de redistribution ou d'exonération fiscale en l'occurrence, se cachent effectivement des enjeux sociétaux fondamentaux. En exonérant certaines activités, le gouvernement avait choisi de ménager certaines énergies qu'il considère comme peu ou pas polluante (discuter au fond de cette opinion est un autre débat que nous ne soulèverons pas ici).

L'option retenue maintient alors une conception ancienne déjà de la protection de l'environnement, parce que plus confortable que toute autre, qui consiste à considérer que pour répondre aux défis du réchauffement climatique (et à d'autres encore), il faut rechercher des énergies dites propres.

Une autre option, bien plus contraignante mais peut-être plus efficace quant à ses effets, aurait pu être de chercher à diminuer les besoins en énergie. Or pour diminuer les besoins en énergie, il faut rendre la consommation d'énergie plus onéreuse et ce quelle qu'en soit la provenance (fossile, électrique, hydro motrice, ou que sais-je encore), par exemple par la fiscalité ; c'est le projet de "taxe carbone".

Qu'en est-il du nouveau projet du gouvernement ? Qu'est-ce qui reste, qu'est-ce qui change ? Se rapproche-t-on dorénavant de l'objectif fixé par le Grenelle de l'environnement, certes assez vague d' « intégrer les effets des émissions de gaz à effet de serre dans les systèmes de prix » et garantir que la taxe carbone « sera strictement compensée par une baisse des prélèvements obligatoires de façon à préserver le pouvoir d'achat des ménages et la compétitivité des entreprises » ?

**Ce qui reste :** le taux de la contribution (17 euros par tonne de CO<sub>2</sub>), longtemps critiqué parce que trop bas, est sans surprise maintenu. Le dispositif pour les ménages reste inchangé, en contrepartie de leur contribution carbone (compter environ 2 euros de plus pour un plein d'essence) leur sera reversé une partie de la contribution sous forme de crédit d'impôt ou de chèque du Trésor forfaitaires (et donc absolument pas fonction du comportement des ménages, si ce n'est que les ménages les plus éloignés des transports en commun recevront un crédit plus important ; et donc que le ménage qui consomme peu d'énergie, moins que le

chèque reçu, gagne de l'argent, à la différence de celui qui consomme beaucoup).

Les secteurs professionnels réputés sensibles bénéficieront de taux transitoires, comme pour l'agriculture, la pêche et les transports de marchandises. Le transport en commun de passager par la route reste totalement exonéré.

De la même manière, la production d'électricité reste imposée de manière inégale : plus que d'inciter à moins consommer, le système veut inciter à la production d'énergies dites propres et donc à les privilégier (la production à partir des centrales nucléaires serait exonérée). Et, pire encore diront certains, la production d'électricité imposée bénéficiera d'un taux très réduit.

**Ce qui évolue en revanche :** les industries soumises au régime des quotas de gaz à effet de serre verraient leur contribution augmenter. Le gouvernement avait prévu jusqu'à la décision du Conseil constitutionnel une exonération complète de la taxe carbone, le nouveau projet propose en réalité trois options :

1. Une contribution pleine mais dont on déduirait le coût d'achat de ces quotas,

2. L'instauration d'un taux réduit pour les secteurs les plus exposés à la concurrence internationale.

3. L'instauration, comme pour les ménages, d'une restitution forfaitaire ou d'un bonus-malus. L'imputation sur la taxe carbone serait alors fonction soit, de l'évolution des émissions de l'entreprise, soit de « l'intensité carbone du secteur ». Cette troisième option inciterait les entreprises à investir dans les productions plus sobres en émissions.

Pour l'essentiel pourtant, tout n'est pas encore décidé et il appartient aux représentants des professionnels concernés de chiffrer l'impact économique de cette nouvelle taxe, comme les défenseurs de la taxe carbone chercheront les arguments pour en faire à nouveau un outil de réduction de la consommation énergétique.

**Malo Depincé**

**Comme le veut une jurisprudence constante, c'est au dernier exploitant qu'incombe la charge de dépolluer un site industriel.**

Cass. civ. 3ème, 2 décembre 2009, pourvoi n° 08-16563  
Une clause de non-garantie ne permet pas d'écarter le principe de la charge de la dépollution sur le dernier exploitant. Il ne peut donc s'en exonérer par contrat. En l'espèce, une première société avait acquis en mars 2001 d'une seconde, le vendeur, un terrain sur lequel avait été exercée une activité de production de textile jusqu'en 1981. Le site avait entre temps été classé et en 2001 l'administration enjoignait au propriétaire de procéder à des travaux de dépollution. Evidemment, l'acquéreur

avait assigné la société venant aux droits du vendeur en remboursement des travaux de dépollution.

L'arrêt offre une synthèse intéressante en matière de dépollution des sites pollués, tant en ce qu'il définit la notion d'exploitant qu'en ce qui concerne les effets d'une clause de non-garantie en cas de cession d'un site pollué. Sans surprise, le responsable de la dépollution est bien le dernier exploitant, et non le propriétaire du terrain.

C'est en vain que la société venant aux droits de l'ancien exploitant essayait de se prévaloir d'exceptions au principe (affirmé notamment par CE 11 avril 1986, Rec. p. 89, RJE 1986,II, p.292) : selon le vendeur cette charge pèserait « sur le propriétaire du terrain, soit quand le dernier exploitant est introuvable ou insolvable, soit quand l'acheteur du terrain a acquis le site en connaissance de son éventuel passif environnemental, en s'engageant dans l'acte à faire son affaire personnelle des arrêtés préfectoraux prescrivant les mesures nécessaires ». La proposition est subtile, elle vise à considérer que ce qui est une obligation administrative peut être, conventionnellement, laissé à la charge de l'une des parties au contrat.

Subtile mais logiquement rejetée dans la mesure où un tel contentieux ne saurait être complètement aménagé par des stipulations contractuelles (Cf. déjà Cass. civ. 3<sup>ème</sup>, 16 mars 2005, JCP 2005, II, 10118, note F.-G. Trébulle). Le juge exclut alors toute perspective contractuelle pour ne plus envisager, malgré les prévisions des parties, qu'une responsabilité délictuelle du dernier exploitant à l'égard du nouveau propriétaire qui s'est vu enjoindre de procéder à des travaux de dépollution par le préfet.

L'optique retenue par la Cour de cassation dans cet arrêt a le mérite de la clarté dans la considération de l'impératif en cause : « la charge de la dépollution d'un site industriel incombe au dernier exploitant et non au vendeur dès lors que cette obligation légale de remise en l'état n'a pas seulement pour objet la protection de l'acquéreur mais un intérêt collectif touchant à la protection générale de l'environnement ».

L'impératif de protection de l'environnement, à valeur constitutionnelle faut-il le rappeler, justifie pleinement une interprétation du droit positif qui laisse à la charge du dernier exploitant, « le dernier pollueur », les frais de remise en l'état. Les relations de droit privé sont alors pleinement imprégnées de cet impératif.

Quant à l'évaluation de l'indemnisation due par le dernier exploitant au propriétaire qui s'est vu enjoindre de réaliser des travaux, la Cour a là encore retenu une solution plus défavorable au pollueur originaire ou plus exactement à son ayant droit.

Elle approuve la cour d'appel d'avoir évalué l'indemnité due « *non pas en fonction de l'usage futur du site remis en l'état*

*mais d'un nouvel usage industriel en retenant le coût de travaux nécessaires pour atteindre le seuil de dépollution et la durée de surveillance des eaux souterraines fixées par la DRIRE et l'autorité administrative* » (la portée de leurs injonctions n'en prend que plus d'importance).

**Malo Depincé**

### **Responsabilité médicale : indemnisation de la perte de chance de voir limiter une infirmité cérébrale**

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 28 janvier 2010 (n°08-20755 08-21692).

Après les affaires dites « Perruche » et leur suite, entre 2000 et 2006, il reste bien des questions à traiter en termes d'indemnisation du fait d'un handicap lié à la naissance d'un enfant.

Dans cette affaire, Vincent A. est né avec un polyhandicap sévère lié à des atteintes neurologiques. Ses parents ont engagé la responsabilité du médecin généraliste, du médecin gynécologue-obstétricien et du Centre hospitalier dans lequel l'accouchement avait été réalisé, leur reprochant une faute consistant à avoir retardé le diagnostic de souffrance fœtale et ce faisant, d'avoir empêché de mettre en place à temps des mesures visant à limiter les conséquences de l'hypoxie (oxygénation insuffisante) et d'avoir retardé les opérations de réanimation. Les fautes ayant été établies, la question se posait d'une part de la responsabilité *in solidum* des acteurs mais également de l'établissement du lien de causalité entre ces fautes et le préjudice consistant en une perte de chance, pour l'enfant, de voir limitée son infirmité cérébrale.

La Cour d'appel ayant admis l'existence de ces fautes, du préjudice, et du lien de causalité et ayant apprécié la part des responsabilités de chacun des acteurs, la Cour de cassation rejetait le pourvoi : « **tous les comportements qui ont retardé le diagnostic de souffrance fœtale ont contribué directement au préjudice subi par les consorts B... du fait du handicap de Vincent en ce qu'ils ont fait obstacle à la mise en place de mesures adaptées pour empêcher ou limiter les conséquences de l'hypoxie à l'origine des déficits et qu'il en est de même des fautes commises lors de l'accouchement qui ont contribué à prolonger la souffrance fœtale ou à différer les manœuvres utiles de réanimation, a à juste titre déclaré M. X..., M. Y... et le CMC, dont les fautes avaient, au moins pour partie, été à l'origine du dommage, responsables in solidum de la perte de chance subie par Vincent A... de voir limiter son infirmité cérébrale, peu important que l'origine première du handicap soit affectée d'un degré d'incertitude** ».

C'est là une application de la question de l'aggravation du préjudice en application de la théorie des

prédispositions : l'hémophile blessé, le borgne qui perd un œil, etc. sont indemnisés, sur le fondement de l'application de l'équivalence des conditions, ici préférée à la thèse de la causalité adéquate (*comp. D. Mainguy et J.-L. Respaud, Droit des obligations, Ellipses, 2008, n°376*), de telle manière que l'aggravation du dommage, peu important que l'origine de celui soit incertaine (en l'espèce, on ne savait trop si les anomalies provenaient de déficit de coagulation chez la mère) dès lors qu'il est établi que les fautes, soit de diagnostic soit de surveillance à l'occasion de l'accouchement (l'enfant était resté plusieurs heures dans un état d'hypoxie) ont contribué à son aggravation.

**Daniel Mainguy**

## **DROIT CIVIL**

### **Le juge judiciaire toujours compétent pour les troubles de voisinage**

Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 13 janvier 2010

Le juge judiciaire est bien compétent pour connaître d'un préjudice personnel contre un auteur personne privée, même dans l'hypothèse de pouvoirs spéciaux des autorités administratives.

Un couple avait construit une digue sur un cours d'eau qui traversait son terrain, ce qui avait abouti selon les demandeurs à l'inondation d'un fonds voisin. La question centrale dans ce litige, question si particulière à notre système juridique, était celle du juge compétent, judiciaire ou administratif ?

En l'occurrence, mais sans doute de manière trop rapide la cour d'appel saisie avait déclaré la demande d'indemnisation des propriétaires du fonds voisin

irrecevable, au motif que « *les travaux concernant le domaine fluvial, dont la mise en l'état des rives, relèvent de la police administrative des cours d'eaux et ne sont pas de la compétence de l'ordre judiciaire* ».

La Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel puisque « *le fait que l'autorité administrative soit chargée de la conservation et de la police des cours d'eau ne prive pas le juge judiciaire, saisi d'un litige entre personnes privées, de la faculté d'ordonner toutes mesures propres à faire cesser le dommage subi par le demandeur et engageant la responsabilité de l'autre partie* ».

La solution n'est pas surprenante : la cour d'appel avait en quelque sorte retenu une compétence alternative, qui en cas de compétence spéciale des autorités administratives, retirerait toute possibilité de poursuites judiciaires. Or les juges judiciaires admettent depuis longtemps déjà une acceptation bien plus large de leur compétence, qui reçoit les demandes fondées par des personnes privées contre d'autres personnes privées sur le fondement du droit privé. L'exemple des troubles anormaux du voisinage est sans doute le plus significatif (le plus répété également devant les juridictions judiciaires) : le fait que le défendeur bénéficie d'une autorisation administrative (ICPE, permis de construire pour des antennes relais par exemple) ne prive pas celui qui s'estime victime de la situation de la possibilité de saisir le juge judiciaire. Quitte à ce que dans les faits parfois, la décision administrative soit grandement remise en cause par celui à qui il est pourtant défendu d'en connaître.

**Malo Depincé**