

02/2011

Cabinet **LEXCELLIS**

CORRESPONDANCE :
300 rue Auguste Broussonet
Pavillon Est
34090 Montpellier
04 67 29 98 39 / fax : 09.71.70.15.20

ACTUALITES DE DROIT ECONOMIQUE laLettre**Lex**cellis 02 2011

Associés

DANIEL MAINGUY
Avocat au Barreau de Paris
DJCE, agrégé des facultés de droit
Professeur à la faculté de droit de Montpellier
dmainguy@lexcellis-avocats.fr

BRUNO SIAU
Avocat au Barreau de Béziers
Maître de conférences à la faculté de droit de
Montpellier
bsiau@lexcellis-avocats.fr

MALO DEPINCÉ
Avocat au Barreau de Montpellier
Maître de conférences à la faculté de droit de
Montpellier
mdepince@lexcellis-avocats.fr

CORINNE PICON-CABROL
Avocat au Barreau de Béziers
Institut d'Etude Judiciaire de Montpellier
cpicon-cabrol@lexcellis-avocats.fr

Consultants :

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

Retrouvez dans laLettre**Lex**cellis les rubriques :

DROIT SOCIAL

CONTRATS

RESPONSABILITÉ CIVILE

DISTRIBUTION

CONCURRENCE

**CONSOMMATION, PUBLICITE ET PROMOTION DES
VENTES**

**NOUS AVONS LE PLAISIR DE VOUS ANNONCER QUE
MAITRE ALEXANDRE LECEA, AVOCAT AU BARREAU DE
TOULOUSE, REJOINT LE CABINET LEXCELLIS**

Maitre Alexandre LECÉA

1, Rue Montardy

31000 Toulouse

Tél : 05 62 30 29 00

Fax : 05 62 30 00 55

WWW.LEXCELLIS-AVOCATS.FR

PARIS

45, avenue Montaigne
75008 Paris
01 47 20 23 72 / fax : 01 72 00 23 73

MONTPELLIER

300 rue Auguste Broussonet
Pavillon Est
34090 Montpellier
04 67 29 98 39 / fax : 09.71.70.15.20
Attention : Le numéro de fax a changé

BEZERS

Le Carré d'Hort
62 avenue Jean Moulin
34500 Béziers
04 67 28 50 04 / fax : 04.67.28.50.07

TOULOUSE

1, Rue Montardy
31000 Toulouse
Tél : 05 62 30 29 00 / Fax : 05 62 30 00 55

Association d'Avocats à Responsabilité Professionnelle
Individuelle (AARPI)

DROIT SOCIAL

Nul ne peut déroger aux dispositions impératives de la réglementation sociale

Cass. Civ. 2^{ème}, 1er juin 2011 (pourvoi n° 10-20.178, publié au bulletin)

L'on vante souvent les alternatives au contentieux judiciaire, réputées plus conformes à l'intérêt bien compris des parties. Il est vrai que les litiges entre employeur et salarié sont de plus en plus résolus par la conclusion d'une transaction, la juridiction prud'homale se limitant souvent au rôle d'une simple chambre d'enregistrement de l'accord intervenu dès sa saisine...

Ces modalités ne peuvent toutefois pas être répliquées en Droit de la sécurité sociale, et ce même si formellement la transaction est licite et efficace à mettre fin, par exemple, à la contestation par l'entreprise employeur d'un redressement des cotisations sociales par l'URSSAF. Impossible de transiger en effet, nous rappelle la Cour de cassation, en matière d'indemnisation de la faute inexcusable : par disposition expresse le salarié victime ne peut pas renoncer par contrat, à l'intégralité des droits résultants du Code de la sécurité sociale, dès lors qu'il en réclame l'application auprès de la caisse.

Bruno Siau

Le salarié ne peut prétendre à un avantage retraite ... avant de prendre sa retraite !

Cass. Soc. 31 mai 2011 (pourvois n° 09-71.350 et n° 09-71.504, publié au bulletin)

Le développement de la protection sociale complémentaire dans l'entreprise, génère des contentieux d'un nouveau genre ; il est vrai que les avantages offerts par ce type de prévoyance "quasi-facultative" deviennent précieux pour les assujettis sociaux, qui voient fondre depuis plusieurs réformes de la sécurité sociale, l'étendue de la couverture obligatoire... Toutefois l'employeur ne remplace pas encore le Régime Général !

Ainsi le salarié bénéficiant d'un complément de pension de retraite, financé par l'entreprise employeur, ne peut le réclamer que s'il prend effectivement sa retraite et voit son contrat de travail rompu pour cette raison : en aucune manière il ne peut (sauf disposition contraire de l'accord collectif ?) prétendre percevoir une quote-part

proportionnelle à cette pension, en cas de licenciement ou démission avant la retraite. En revanche, si son licenciement est illégitime, il peut réclamer l'indemnisation de la perte de chance d'obtenir éventuellement un jour ce complément de pension, dans le cadre des dommages-intérêts sollicités en conséquence de cette rupture abusive.

Bruno Siau

La responsabilité civile de l'employeur reste engagée en cas d'infraction pénale du salarié

Cass. Civ. 2^{ème}, 12 mai 2011 (pourvoi n° 10-20.590, publié au bulletin)

Le commettant est responsable des faits de son préposé ; énoncé comme cela, le principe de droit commun bien connu ne choque pas. Il convient de rappeler qu'il est d'une part garant de l'indemnisation de la victime par un auteur indirect mais solvable, et d'autre part qu'il est fondé idéologiquement sur la notion de *risque-profit*, consensuellement admis dans notre système juridique.

Ainsi l'entreprise employeur est seule à assumer les risques et les alea de la production ; elle doit donc notamment indemniser la victime d'un dommage causé par un salarié dans l'exercice de ses fonctions, aucune action récursoire n'étant admise à l'encontre de celui-ci. L'employeur n'engage pourtant pas sa responsabilité pénale, en principe, lorsque ledit salarié commet une infraction à l'occasion de son emploi.

Toutefois, il reste seul à devoir indemniser la victime de cette infraction, des préjudices causés dans ce contexte. Hormis lorsque le Juge accepte de reconnaître que le subordonné a agi "*bors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions*" (ce qui est rarement admis en pratique...), il devra verser des dommages-intérêts parfois causés par un comportement douteux, ainsi que l'arrêt commenté l'illustre ici.

Bruno Siau

Des subtilités du pouvoir disciplinaire de l'employeur

Cass. soc. 3 mai 2011, pourvoi n° 09-67.464

La Cour de cassation publie une série d'arrêts en date du 3 mai 2011, reprenant des solutions certes classique encadrant le pouvoir coercitif de l'employeur, mais qui illustrent des situations complexes sources de

contentieux. En effet cet aspect de la gestion des ressources humaines de l'entreprise, souvent passionnel, exige en son temps une froide analyse juridique, afin d'éviter des conséquences indemnitaires parfois lourdes.

L'espèce ici illustrée (Soc. 3 mai 2011, pourvoi n° 09-67.464) met en scène un salarié itinérant, dont les fonctions contractuellement précisées lui imposent de conduire un véhicule automobile. L'on sait que dans ce cas, si le salarié commet une infraction à la réglementation routière à l'occasion de l'exécution de ses prestations professionnelles, celle-ci peut être de plus sanctionnée disciplinairement par l'employeur.

Par ailleurs, un tel salarié qui perd l'usage de son permis de conduire peut voir son contrat de travail suspendu voire rompu, en raison de l'impossibilité dans laquelle il se trouve d'exécuter lesdites prestations professionnelles. Or ici, le salarié a effectivement perdu l'usage de son permis de conduire, par la perte totale de ses points ; son employeur procède effectivement à son licenciement : toutefois il décide pour ce faire, de sanctionner la faute disciplinaire grave constituée prétendument par cette perte du permis.

Le Juge disqualifie la résiliation ainsi illégitimement notifiée. En effet en premier lieu l'annulation du permis de conduire ne peut en soi être considérée comme une faute du salarié : seul les raisons de cette annulation, c'est-à-dire l'infraction pénale éventuellement commise par le salarié pourrait l'être.

Mais surtout, ces infractions ayant peu à peu entraîné la perte de l'usage du permis de conduire, avaient ici été commises par l'intéressé en-dehors de l'exécution de son contrat de travail. Or un événement tiré de la vie privée du salarié ne peut être disciplinairement sanctionné, car il n'est pas soumis au pouvoir de direction de l'employeur : comme on l'a rappelé ci-dessus, seules les répercussions objectives de cet événement sur le fonctionnement de l'entreprise pourrait le cas échéant, selon leur gravité, entraîner le licenciement pour motif personnel non-disciplinaire.

Bruno Siau

Précisions sur les élections professionnelles au sein de l'UES.

Cass. soc. 05 avril 2011 (pourvoi n° 10-18.523, publié au bulletin).

Le Droit du travail s'affranchit des structures sociétales : le territoire social est en effet plus vaste que les limites posées notamment par le Droit des sociétés. Centrée sur la notion de communauté de travail, laquelle recouvre précisément l'idée d'entreprise en Droit social, l'Unité Economique et Sociale (UES) est définie par la jurisprudence dès lors qu'existe entre plusieurs structures juridiquement distinctes, une concentration unique des pouvoirs de direction sur l'ensemble des salariés, lesquels sont soumis à des conditions de travail similaires, dans le cadre d'activités complémentaires entre lesdites structures.

Partant, l'article L 2322-4 du Code du travail prévoit que ce territoire informel doit être le siège du comité d'entreprise, commun aux entreprises constituant l'UES ; la jurisprudence étend depuis longtemps ce mécanisme aux autres Institutions Représentatives du Personnel, qu'il s'agisse des représentants élus (délégués du personnel, par ex.) ou syndicaux (délégué syndical, par ex.). Or dans ce cadre, l'ensemble des dispositions légales relatives à ces IRP sont applicables sur l'ensemble du territoire en question, et donc à l'ensemble des entreprises composant l'UES.

L'UES peut être constituée soit par accord collectif conclu entre les partenaires sociaux de toutes ses structures composantes, soit sur décision judiciaire commune à ces dernières. Souvent le contentieux apparaît à la suite de la revendication d'une organisation syndicale en vue de l'organisation d'élections professionnelles, soit à l'initiative d'une ou plusieurs entreprises à la suite de la désignation d'un délégué syndical commun.

Cette dernière hypothèse est le cas d'espèce abordé dans l'arrêt ici signalé. Cette décision est l'occasion pour la Cour de cassation de fixer de façon prétorienne, le régime des dispositions transitoires de la Loi du 20 août 2008 réformant la représentativité syndicale, en particulier dans « l'entreprise », au territoire de l'UES.

En effet un syndicat n'est aujourd'hui représentatif dans l'entreprise, que s'il y récolte au moins 10 % des suffrages exprimés au premier tour des élections du comité d'entreprise ; toutefois tant que des élections postérieures à la promulgation de la réforme susvisée (soit après le 21 août 2008) n'ont pas eu lieu, les anciennes règles de représentativité restent en vigueur s'agissant des présomptions profitant à quelques organisations syndicales historiques. Ainsi puisque les mandats électifs sont de quatre ans en principe, ce n'est

qu'à l'automne 2012 que la situation devrait être globalement stabilisée.

Dans le contentieux ici illustré, le syndicat CGT (présupposé représentatif sur le plan national avant la Loi du 20 août 2008) procède en 2009 à la désignation d'un délégué du personnel sur le territoire de l'UES composé, selon lui, de onze sociétés exploitant autant de restaurants sur « *Paris et proximité* »... Le Juge reconnaîtra en effet cette communauté de travail entre dix d'entre elles.

Pourtant les sociétés concernées persistent dans leur contestation, et développent subsidiairement un moyen selon lequel le syndicat CGT ne serait en tout état de cause pas représentatif sur l'ensemble des composantes de cette UES : en effet certaines d'entre elles ont déjà organisé des élections professionnelles soumises aux nouvelles règles de représentativité. Or le syndicat CGT n'y ayant pas présenté de candidat, il ne peut justifier de résultat lui conférant une quelconque représentativité dans ces sociétés.

Le raisonnement est inversé par la Chambre sociale. En effet elle rappelle tacitement que l'UES étant un territoire social homogène, la réglementation sociale doit lui être appliquée de façon synthétique : on ne peut donc pas, en l'espèce, dissocier le régime de la représentativité syndicale entre les différentes *entités non-autonomes* de cette structure informelle...

Or les dispositions transitoires de la Loi du 20 août 2008 s'imposent tant que les conditions d'application de la réforme ne sont pas toutes réunies. Aussi, puisque l'ensemble des entreprises composant l'UES n'ont pas organisé de nouvelles élections, il convient de considérer que les syndicats présumés irréfragablement représentatifs sous l'empire de l'ancienne réglementation, conservent ce bénéfice y compris dans celles n'ayant pas organisé d'élection !

Si l'on suit bien la logique de la Cour de cassation, on est conduit en revanche à constater par évidence les difficultés de mise en œuvre de cette solution : en effet pour les entreprises ayant effectivement opéré les nouvelles dispositions légales, ces dernières s'appliqueront bien en interne, mais pas dans le cadre de leurs relations au sein de l'UES. Notamment dans le cas d'espèce le syndicat CGT est représentatif pour désigner un délégué syndical au niveau de l'UES, lequel pourra donc exercer ses missions y compris dans les entreprises où ... il n'est plus représentatif suite aux dernières élections du comité d'entreprise !

Bruno Siau

Conflit collectif : légitimité de certaines occupations d'entreprise

Cass. soc., 09 mars 2011

On insiste souvent sur le nouveau (?) rôle de la jurisprudence en Droit français, notamment en Droit social, en visant de plus en plus celui du Juge du fond, lequel est le premier au contact de la réalité du litige. L'élaboration d'une solution spécifique au cas d'espèce, reste bien entendu la mission première de celui-ci, et la Cour de cassation peut alors le cas échéant généraliser l'innovation produite presque incidemment

Or quelques illustrations récentes, en Droit du travail, ont montré la possible résistance des Cour d'appel et autres juridictions de premier degré, lorsqu'elles estimaient le temps venu d'un revirement jurisprudentiel : contestation d'une évolution législative, ou au contraire constat d'un immobilisme de la Loi, les raisons *légitimes* d'une telle fronde courtoise sont diverses... Différente est la configuration de l'arrêt ici signalé : la Chambre sociale laisse le Juge local réagir souverainement à un événement ayant gravement perturbé le bassin économique où il est implanté.

Il s'agit en l'espèce d'une restructuration (parler de délocalisation, pour un éloignement de quelques centaines de kilomètres en France, serait déplacé...) menée de façon irrégulière par l'employeur : absence de consultation des représentants du personnel, entrave des salariés à l'accès à leur poste de travail, carence dans l'information individuelle des travailleurs, etc. Dans ce cas, si aucune dégradation des biens ou atteinte à la sécurité n'est causée par les salariés en colère, alors leur occupation des locaux de l'entreprise (même si cela doit être qualifié d'atteinte au droit de propriété de l'employeur) ne constitue pas, dans ce contexte, un trouble manifestement illicite que le Juge du fond saisi en référé doit faire cesser.

Bruno Siau

L'application de la Loi peut constituer une discrimination abusive.

Cass. soc., 16 février 2011

L'on sait que désormais la mise à la retraite d'un salarié ne constitue plus un mode de résiliation du contrat de travail à l'initiative de l'entreprise ; l'employabilité des seniors exige pareille protection, et ce alors même que l'on revendique souvent côté syndical, le droit à une

retraite au plus tôt. Par ailleurs toute mesure décidée par l'employeur en raison de l'âge du salarié, constitue une discrimination abusive, sanctionnée pénalement mais surtout civilement, par la nullité de l'acte : la victime choisira toutefois le plus souvent de valoriser financièrement cet abus.

Ainsi le salarié mis à la retraite de façon illégitime, pourra solliciter sur le fondement susvisé la disqualification de la rupture, et plutôt que de réclamer sa réintégration demander la condamnation de l'employeur à des dommages-intérêts comparables à ceux prononcés pour licenciement abusif. Cette solution est aisément admise.

Toutefois les dispositions transitoires des réformes récentes, comme le statut applicable à certaines entreprises publiques, autorisent encore la mise à la retraite des salariés soumis au Droit du travail : aussi la question de la qualification d'un abus résultant de la simple application de la Loi a-t-elle pu être posée. La Cour de cassation répond quant elle de façon rapide, en invoquant tant un fondement interne que communautaire : si les dispositions réglementaires ne sont pas en elles-mêmes abusives (?), leur application par l'employeur peut l'être quant à elle !

Reprenons : la seule raison d'être de textes organisant la mise à la retraite des salariés, est bien d'autoriser la rupture du contrat de travail en raison de la réunion de conditions personnelles à l'intéressé, dont l'âge atteint au jour de la rupture... Mais si l'employeur imagine simplement faire application de ces mécanismes, il commet une discrimination abusive.

En effet le Juge lui fait désormais obligation de justifier de la résiliation du contrat de travail pour des motifs objectifs, notamment des « difficultés économiques » ou une « restructuration » : autant dire que l'entreprise doit mettre en œuvre formellement la procédure de licenciement, notamment pour motif économique. Difficile à admettre, surtout que la Chambre sociale a démontré par le passé qu'elle pouvait le cas échéant écarter l'application de certaines dispositions réglementaires, dès lors qu'elle les jugeait contraire aux principes généraux du Droit social international ou local.

Bruno Siau

Licenciement économique et licenciement d'économie

Cass. soc. 1^{er} février 2011

L'employeur dispose d'un pouvoir absolu en termes de gestion de l'entreprise : nul ne peut en effet s'immiscer dans sa direction, ni le Juge, ni l'Administration, ni encore les partenaires sociaux. En revanche il assume seul la responsabilité de cette gestion, notamment en matière d'emploi : ainsi sa décision de licencier en raison de motifs économiques est-elle soumise à un contrôle visant à sanctionner le cas échéant tout abus.

En premier lieu justement, les représentants du personnel doivent être particulièrement associés au processus décisionnel, dès lors qu'un projet de licenciement économique se concrétise ; la décision de l'employeur peut être suspendue, voire annulée, s'il ne respecte scrupuleusement cette procédure formelle dans sa phase collective. Par ailleurs, nombres de formalités de publicité obligent l'entreprise à une certaine transparence de l'opération, spécialement à destination des pouvoirs publics.

En second lieu, l'employeur doit justifier d'un motif économique conforme à la définition qu'en donne la jurisprudence, sur la base des dispositions légales. Ainsi des difficultés économiques sensibles sont bien sûr accueillies le cas échéant à l'appui d'une compression de personnel ; mais la jurisprudence admet-elle aussi les cas de restructuration de l'entreprise, à la condition qu'il s'agisse de sauvegarder sa compétitivité.

Par ailleurs, après une dernière hésitation, le Juge a-t-il admis la fermeture définitive de l'entreprise, comme motif économique légitime : l'artisan partant à la retraite sans repreneur, et donc contraint de fermer son atelier (même florissant...), répond par évidence à ce cas de figure. En revanche les évolutions parfois subtiles des structures sociales peuvent se heurter ici à l'appréciation judiciaire de l'abus de droit...

La jurisprudence a déjà rappelé que c'est bien la cessation *totale et définitive* de l'entreprise *toute entière*, qui correspond à la définition susvisée : en aucune manière la fermeture d'un service, ou d'un établissement, ne suffit *à elle seule* à justifier un licenciement économique. Mais s'agirait-il de la fermeture de la société filiale d'un groupe, décidée au niveau de ce dernier, la Cour de cassation adopte la même position : l'employeur globalement considéré, soit celui qui exerce *effectivement* le pouvoir de direction, n'est ici *pas contraint* de procéder

aux licenciements, ces derniers devant être normalement pris comme *l'ultime remède* à la situation économique de l'entreprise.

Bien entendu la fermeture de ladite filiale peut être la conséquence d'une restructuration du groupe, décision dans laquelle nul ne peut s'immiscer : mais dans cette hypothèse il faut à l'employeur démontrer que les licenciements sont dus à la nécessaire sauvegarde de la compétitivité de l'entreprise, à défaut de difficultés économiques suffisantes dans les entreprises du groupe exerçant la même activité. C'est l'illustration donnée par la Chambre sociale dans l'arrêt ici éclairé.

Bruno Siau

L'employeur n'est pas présumé de bonne foi

Cass. soc., 12 janvier 2011

Le Droit du travail repose depuis presque un siècle sur un postulat exorbitant du Droit commun, à savoir le déséquilibre des rapports de travail subordonné, ce qui impose de déséquilibrer de façon inverse la relation juridique entre le salarié et son employeur. Bien sûr ce dernier bénéficie d'un pouvoir de direction considéré comme absolu, d'une autorité reconnue par la Loi ; en contrepartie il reste seul responsable tant des conséquences de la gestion de l'entreprise, que des préjudices de toute nature subis par le salarié à son service.

Notamment en ce qui concerne la sécurité physique du personnel, l'entreprise employeur supporte une obligation de résultat, et ce au-delà de sa responsabilité civile automatique en cas d'accident ou maladie professionnels. Par ailleurs l'employeur est fortement contraint dans la protection des intérêts économique de l'entreprise, lorsqu'il s'agit de la garantir contre les attaques commerciales des anciens salariés, informés des secrets et des stratégies élaborés avant la fin de leur préavis.

Ainsi le Juge (ou le Législateur, majoritairement inspiré par le Droit social communautaire ... cf. le harcèlement) depuis la dernière décennie a-t-il construit sur ces principes, de nombreux mécanismes processuels qui restreignent les capacités contentieuses de l'employeur dans le cadre du procès prud'homal. L'arrêt ici rapporté illustre les exemples donnés ci-dessus : le harcèlement peut ne pas engendrer une pression telle sur le salarié, que ce dernier soit obligé de s'éloigner de son poste de travail.

Ainsi cela reste à l'employeur de démontrer objectivement dans ce cas, que son comportement managerial n'est pas en soi constitutif d'un abus... Par ailleurs même si l'employeur, surpris par la solution jurisprudentielle récente ayant conduit à l'annulation de nombre de clauses de non-concurrence, souvent insérées dans des contrats anciens de plusieurs années, tente de revenir sur cette difficulté annoncée, il ne semble plus pouvoir s'opposer aux conséquences indemnitaires que le Juge du fond doit aveuglément prononcer, du moins sur le principe (dont on sait toutefois que la Chambre sociale exige une traduction pécuniaire tangible et non dérisoire...).

En effet le Juge prononçant la résiliation judiciaire du contrat de travail et annulant par ailleurs dans le même temps une clause de non-concurrence, doit indemniser sur ce dernier chef le salarié demandeur. On peut imaginer l'interprétation extensive que d'aucun pourront tirer de cette solution : ainsi même s'il exonère le salarié de toute obligation de non-concurrence, en raison de la nullité « intrinsèque » de la clause, et ce concomitamment à la rupture du contrat de travail, l'employeur pourrait devoir désormais un principe d'indemnisation.

Renversement de la charge la preuve, présomption de responsabilité de fait irréfragable, rétroactivité de la jurisprudence... La gestion des ressources humaines est décidément insécure, surtout pour les PME.

Bruno Siau

Nouvelles jurisprudences sur les élections professionnelles.

Cass. soc., 6 janvier 2011

Depuis les innovations radicales de la Loi du 20 août 2008, la Chambre sociale précise peu à peu les mécanismes qui dessinent aujourd'hui le visage de la représentation salariée dans l'entreprise. L'on sait notamment que seuls les syndicats légitimes ayant obtenu 10 % des voix exprimées lors du premier tour des dernières élections professionnelles, sont désormais représentatifs, ce qui leur permet de désigner le cas échéant un délégué syndical afin de participer à la négociation collective ; un score de 30 % les fait même bénéficier de la qualité de majoritaire, qui les autorise alors à conclure un accord collectif d'entreprise : en pratique toutefois, c'est un groupe de syndicats

représentatifs totalisant 30 % qui la plupart du temps signe un tel accord.

Or ce simple calcul du score électoral donne lieu à contestation, toujours virulente au regard des enjeux susvisés. La Cour de cassation rappelle ainsi opportunément, à l'occasion de plusieurs arrêts datés du 6 janvier 2011, quelques solutions désormais définitives.

Ainsi on constate que les voix à additionner à l'issue du scrutin du premier tour, sont celles obtenues par la liste, et non celles obtenues par chaque candidat figurant sur la liste : si les votes ici entendus ne sont que ceux exprimés (et pas les inscrits, ou les nuls, ou les blancs...), on ne prend en compte que la voix de l'électeur, pas son choix analytique concernant les divers candidats (personnes physiques). C'est pourquoi les ratures importent peu (1^{ère} espèce).

De même l'on ne peut retenir un mode de calcul par moyenne, divisant le nombre de suffrages obtenus par chacun des candidats d'une liste, par le nombre de candidat de la liste (2^{ème} espèce).

Enfin les élections dont s'agit sont bien les élections générales pour la désignation de la délégation salariale au Comité d'Entreprise (ou encore la délégation unique), et à défaut celle des Délégués du Personnel ; il faut ici comprendre les élections revenant tous les quatre ans en principe au sein de l'entreprise (tous les deux ans par dérogation), en aucune manière d'éventuelles élections partielles (3^{ème} espèce).

Bruno Siau

CONTRATS

Rétractation de la promesse unilatérale de contracter

Cass. Civ. 3^{ème}, 11 mai 2011

Dans un arrêt majeur, dont on entendra parler, la troisième chambre civile conforme le 11 mai 2011 une nouvelle fois sa jurisprudence : la rétractation de la promesse unilatérale de vente par le promettant est efficace et ne saurait faire l'objet d'une exécution forcée (D. 2011, p. 1458 note D. Mazeaud et 1460, note D. Mainguy) : « *la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse postérieurement à la rétractation du promettant excluant toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir, la réalisation forcée de la vente ne peut être ordonnée* ».

On ne saurait mieux dire que, malgré tout ce qui a été écrit la troisième Chambre civile persiste dans la logique qui est la sienne depuis 1993, presque 20 ans tout de même.

La nouveauté, s'il faut en retenir une, c'est le fait que la solution n'est plus fondée sur l'article 1142 du Code civil (et donc la question de l'exécution forcée d'une obligation, mais laquelle?) mais sur les articles 1101 et 1134 du Code civil et donc la formation de la convention (la seconde, la convention préparée par la promesse) et l'exécution d'un contrat (le premier, la promesse) : les choses sont très claires : la promesse unilatérale de contracter est un contrat, mais ce contrat ne contient pas de manière définitive le demi-consentement à la vente (pour les éléments techniques de justification : cf. D. Mainguy, RTDciv. 2004, p. 1).

C'est donc tout l'édifice construit, de manière totalement détachée de la réalité judiciaire, par la très grande majorité de la doctrine qui s'écroule (mais qui maintiendra très vraisemblablement ses critiques), et ce malgré les tentatives d'interprétation volontaristes d'arrêts précédents.

Daniel Mainguy

Le vice caché et sa disparition

Cass. com., 1^{er} fevr. 2011, n°10-11269

Le 1^{er} février 2011, la Cour de cassation s'est prononcée sur le fait de savoir si un contrat de vente peut faire l'objet d'une action rédhibitoire pour vice caché suite alors que la chose vendue, viciée avait été remise en état, d'une part, et si une indemnisation pouvait être réclamée au vendeur d'autre part.

En l'espèce, un contrat de vente a été conclu entre une société et un concessionnaire automobile. Le véhicule acheté tombe en panne quelques jours et quelques kilomètres après l'acquisition. L'acquéreur retourne alors chez son concessionnaire qui répare le véhicule. Suite à une nouvelle panne après réparation l'acquéreur assigne alors le vendeur en résolution du contrat de vente pour vice caché. Après avoir été débouté de sa demande, l'acquéreur se pourvoit en cassation. La Cour de cassation rejette cependant le pourvoi de l'acquéreur au motif que les « défauts du véhicule litigieux avaient été réparés et ne le rendaient plus impropre à l'usage auquel il était destiné ». La cour de cassation considère en effet que « l'acheteur d'une chose comportant un vice caché qui accepte que le vendeur procède à la remise en état de ce bien ne peut plus invoquer l'action en garantie

dès lors que le vice originaire a disparu mais peut solliciter l'indemnisation du préjudice éventuellement subi du fait de ce vice ».

I. L'action en garantie des vices cachés antérieurs à la vente

La garantie des défauts de la chose vendue est visée aux articles 1641 et suivants du code civil. Le vendeur est soumis à une obligation de résultat qui est de vendre un bien dénué de tous vices susceptibles de le rendre impropre à l'usage auquel il est destiné. Dans le cas contraire le vendeur est garant des vices cachés. Est considéré comme vice caché, un vice antérieur ou concomitant à la vente. En utilisant le terme de « vice originaire », c'est en effet l'antériorité du vice caché - l'origine du vice- qui est visé par les juges. *A contrario*, un vice successif –qui vient après- n'est pas *a priori* un vice originaire et ne peut donc être qualifié de vice caché. La Cour de cassation rappelle ainsi que le vendeur n'est responsable que des vices cachés antérieurs à la vente.

II. L'indemnisation du préjudice de l'acquéreur

Selon les dispositions de l'article 1646 du code civil, le vendeur de bonne foi qui ne connaissait pas les vices entachant la chose vendue doit restituer le prix de la chose à l'acquéreur et lui rembourser les frais occasionnés par la vente (seulement). De même que l'acheteur peut rendre la chose et se faire rembourser ou conserver la chose et se faire rembourser une partie du prix décidé par expert (C. civ., art. 1644). En revanche, si le vendeur est de mauvaise foi et qu'il connaissait l'existence des vices lors de la vente, il est alors tenu « outre la restitution du prix qu'il en a reçu, de tous les dommages et intérêts envers l'acheteur » (C.civ., art. 1645). *A priori* selon le code civil l'indemnisation n'est donc est due que par le vendeur de mauvaise foi qui avait connaissance des vices. La Cour de cassation semble pourtant faire une interprétation extensive de l'article 1646 du code civil. En l'espèce, la bonne foi du vendeur est en effet présumée du fait que l'acquéreur a conservé le bien et s'est fait rendre une partie du prix sous forme de réparation conformément à l'article 1646 du code civil. Aussi, tout en refusant la résolution de la vente, la Cour de cassation permet à l'acquéreur d'être indemnisé du préjudice éventuellement subi du fait du vice par le vendeur. C'est donc une vers une nouvelle interprétation de l'article 1644 du code civil que les juges semblent se diriger. Néanmoins, admettre l'indemnisation du préjudice d'un vice caché sur le

fondement de l'article 1644 du code civil consiste *a priori* à présumer la mauvaise foi du vendeur.

Audrey Pagot, Doctorante

Le conseil constitutionnel et le mariage homosexuel

Cons. Const., 28 janvier 2011

Comme on pouvait s'y attendre, le Conseil constitutionnel a rendu une décision, le 28 janvier 2011, sur le mariage homosexuel qui ne révolutionne en rien le droit actuel.

Reprenons la solution : *"Le dernier alinéa de l'article 75 et l'article 144 du code civil sont conformes à la Constitution"*.

Dans cette décision, comme dans bien d'autres cependant et hélas, la déception se situe moins dans le résultat (qui était attendu et comp. notre précédent commentaire), que dans la méthode, le raisonnement utilisé.

La question posée était la suivante :

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

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

On observe cependant que le point 3 de la décision était prometteur :

3. Considérant que la question prioritaire de constitutionnalité porte sur le dernier alinéa de l'article 75 du code civil et sur son article 144 ; que ces dispositions doivent être regardées comme figurant au nombre des dispositions législatives dont il résulte, comme la Cour de cassation l'a rappelé dans l'arrêt du 13 mars 2007 susvisé, « que, selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme » ;

C'était, en réalité, très exactement la question posée. Il ne s'agissait pas de savoir si l'alinéa 3 de l'article 75 et l'article 144 du Code civil sont ou non conformes à la constitution.

L'un l'article 75 dispose que :

« Le jour désigné par les parties, après le délai de publication, l'officier de l'état civil, à la mairie, en présence d'au moins deux témoins, ou de quatre au plus, parents ou non des parties, fera

lecture aux futurs époux des articles 212, 213 (alinéas 1er et 2), 214 (alinéa 1er) et 215 (alinéa 1er) du présent code. Il sera également fait lecture de l'article 371-1.

Toutefois, en cas d'empêchement grave, le procureur de la République du lieu du mariage pourra requérir l'officier de l'état civil de se transporter au domicile ou à la résidence de l'une des parties pour célébrer le mariage. En cas de péril imminent de mort de l'un des futurs époux, l'officier de l'état civil pourra s'y transporter avant toute réquisition ou autorisation du procureur de la République, auquel il devra ensuite, dans le plus bref délai, faire part de la nécessité de cette célébration hors de la maison commune.

Mention en sera faite dans l'acte de mariage.

L'officier de l'état civil interpellera les futurs époux, et, s'ils sont mineurs, leurs ascendants présents à la célébration et autorisant le mariage, d'avoir à déclarer s'il a été fait un contrat de mariage et, dans le cas de l'affirmative, la date de ce contrat, ainsi que les nom et lieu de résidence du notaire qui l'aura reçu.

Si les pièces produites par l'un des futurs époux ne concordent point entre elles quant aux prénoms ou quant à l'orthographe des noms, il interpellera celui qu'elles concernent, et s'il est mineur, ses plus proches ascendants présents à la célébration, d'avoir à déclarer que le défaut de concordance résulte d'une omission ou d'une erreur.

Il recevra de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme ; il prononcera, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, et il en dressera acte sur-le-champ » ;

L'autre, l'article 144 dispose que :

« L'homme et la femme ne peuvent contracter mariage avant dix-huit ans révolus »

Il n'y a aucun doute sur le fait que ces textes sont conformes à la constitution. La question est de savoir si ces textes, en tant qu'ils sont interprétés comme imposant le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme, est conforme à la Constitution. C'était donc l'action judiciaire qui était en jeu. Et, pour toute réponse, on nous refait le coup, robesperrien, du juge qui est "la bouche de la loi", vieille lune depuis longtemps couchée.

Ce que les citoyens attendent, qu'ils soient favorables ou opposés au mariage des homosexuels, c'est un débat articulé et une réponse qui tienne compte de l'ensemble des opinions, de manière à pouvoir se faire une idée précise de la pensée du juge.

La réponse, en fait d'articulation, est inaudible. Il y a d'abord tout un passage sur le fait que ces questions relèvent ou de l'article 34 de la constitution, et donc de la compétence de l'Assemblée nationale, un charabia processuel insupportable, qui occupe plus de la moitié

de la décision, le genre de formules qui fait détester le droit et la justice aux justiciables, et ensuite, s'agissant de la motivation réelle, rien, ou si peu que cela revient à rien dans les considérants 8 et 9.

Considérant 8 : le droit de mener une vie familiale normale est suffisamment réglé par les règles sur le concubinage ou le PACS. Un étudiant de première année ferait mieux ! En quoi est-ce suffisant? Quelles sont les règles dans ces institution, celles sur le concubinage ou celles sur le PACS, qui rendent comptent de la possibilité de "mener une vie familiale normale". Qu'est-ce qu'une vie familiale normale? Est-ce la possibilité de vivre à deux; Si c'est le cas, alors, effectivement, les règles existantes suffisent. Est-ce la possibilité de fonder une famille, il faudrait alors répondre aux questions liées à l'adoption. Est-ce la possibilité de régler les conséquences matrimoniales d'une vie à deux, et il faudrait le régime "pascal", l'organisation conventionnelle du concubinage et les régimes matrimoniaux, en terme de proportionnalité; Rien de tout cela n'est ni présenté, ni encore moins analysé.

Considérant 9 : le législateur, "en maintenant le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme" a "estimé que la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme peut justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille". A ceci près que le législateur, précisément, n'a rien estimé du tout ! C'était même l'essentiel de l'enjeu de la QPC : l'interprétation faite par la Cour de cassation et les juges en général, pas la règle légiférée, puisque celle-ci est indéterminée.

Et enfin, le fin du fin : "il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, en cette matière, de cette différence de situation". Voilà sans doute le seul d'exemple d'une institution qui renonce à son pouvoir de juger ! A quoi sert donc un conseil constitutionnel placé au-dessus de l'action législative si ce n'est pas, précisément pour se placer au-delà de l'action du législateur. Et répétons-le, ce n'est pas l'action du législateur qui incombait, mais l'interprétation de la Cour de cassation.

Décidément, le Conseil constitutionnel n'est pas à la hauteur des enjeux, pas à la hauteur de la gestion d'un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*.

Daniel Mainguy

RESPONSABILITÉ CIVILE

Précaution, champ électromagnétique, bovins et lien de causalité

Cour de cassation, 3^{ème} chambre civile, 18 mai 2011

Le principe de précaution a-t-il une influence sur le droit de la responsabilité civile ? La réponse est évidemment positive, mais il ne s'agit pas pour autant comme plusieurs auteurs l'avaient suggéré d'une révolution.

Le principe de précaution en ce qu'il intensifie les devoirs des opérateurs professionnels et multiplie leurs obligations permet de considérer de nouvelles fautes que les mécanismes de la responsabilité civile viendront sanctionner. Sans doute aussi vient-il restreindre la possibilité pour une personne civilement responsable d'invoquer une cause d'exonération. On pense évidemment à l'exonération pour risque de développement de l'article 1386-11 du Code civil pour la responsabilité du fait des produits défectueux.

Il n'est pas en revanche un principe qui permettrait un renversement de la charge de la preuve en matière civile pour imposer au professionnel de rapporter la preuve que son produit ou son activité ne sont pas dangereux, alors que c'est aujourd'hui à la victime qu'il appartient de rapporter la preuve de la dangerosité du produit. Le droit positif est en ce sens sans doute défavorable à la victime, mais on voit mal comment un professionnel pourrait en pratique rapporter la preuve que son activité n'est pas dangereuse. Cette preuve, négative, est impossible à rapporter. Plus encore dans le cas d'incertitudes scientifiques.

C'est ce que rappelle cet arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 18 mai 2011 : « *qu'ayant énoncé à bon droit que la charte de l'environnement et le principe de précaution ne remettaient pas en cause les règles selon lesquelles il appartenait à celui qui sollicitait l'indemnisation du dommage à l'encontre du titulaire de la servitude d'établir que ce préjudice était la conséquence directe et certaine de celui-ci et que cette démonstration, sans exiger une preuve scientifique, pouvait résulter de présomptions graves, précises, fiables et concordantes, la cour d'appel, qui a relevé que des éléments sérieux divergents et contraires s'opposaient aux indices existant quant à l'incidence possible des courants électromagnétiques sur l'état des élevage de sorte qu'il subsistait des incertitudes notables sur cette incidence et qui a analysé les circonstances de fait dans lesquelles le dommage s'était produit, a pu retenir, sans inverser la charge de la preuve,*

que, compte tenu de l'ensemble des explications et données fournies, l'existence d'un lien de causalité n'était pas suffisamment caractérisée et en a exactement déduit que les demandes d'indemnisation du GAEC ne devaient pas être admises ».

En l'espèce un éleveur se plaignait des troubles et des dommages causés à ses troupeaux placés sous des lignes à haute tension. Il avait assigné le Réseau de Transport d'Electricité en indemnisation de son préjudice, sur le fondement notamment du principe de précaution. Débouté en appel il avait formé un pourvoi en cassation qui est donc rejeté ici. La preuve directe de dangerosité des lignes à haute tension n'est pas exigée, puisque la preuve indirecte cette fois peut être fondée en droit commun sur un faisceau d'indices (« suffisamment graves, précis et concordants »). La Cour d'appel n'a pas considéré que les éléments qui lui étaient présentés constituaient ce faisceau d'indices, la Cour de cassation l'a approuvée sur ce point. Au contraire elle relève des avis contradictoires crédibles. Ce n'est donc que dans l'hypothèse où aucune autre explication ne peut être avancée, et alors que des théories scientifiques envisagent la possibilité d'un lien de causalité, que l'indemnisation peut être prononcée.

Sur ce point, le principe de précaution n'est pas novateur.

Malo Depincé

Responsabilité civile - La réparation des conséquences économiques d'un préjudice d'affection :

Civ. 2^e, 28 avril 2011, n°10-17.380

Le décès d'un être cher est générateur d'un préjudice particulier, le préjudice d'affection. Depuis longtemps, la jurisprudence admet la réparation de ce préjudice moral spécial (*Cass. req. 2 févr. 1931, DH 1931.113, JCP 1931.II.41, S. 1931.1.123, DP 1931.1.38, rapp. Pilon*). Les victimes de ce préjudice, qui le sont par ricochet, doivent pouvoir obtenir l'indemnisation de l'ensemble de leur dommage, selon le principe de la réparation intégrale du préjudice. Les difficultés interviennent lorsqu'il s'agit de connaître l'étendue de ce préjudice. Ainsi, dans un arrêt du 28 avril 2011, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation s'est prononcée sur le caractère réparable des conséquences économiques d'un préjudice d'affection.

En l'espèce, une jeune fille décède dans un incendie accidentel au domicile d'un tiers, causé par des bougies

oubliées lors d'une soirée festive. Le père de la victime, traumatisé par l'accident, tombe dans un état dépressif sévère. Demandant la réparation des préjudices matériels et moraux, il était débouté en appel.

La cour d'appel de Versailles, le 11 mars 2010, rejetait, dans un premier temps, l'action en responsabilité engagée contre l'occupante du domicile incendié estimant que son rôle « *ne pouvait avoir de conséquence directe de créer l'incendie mortel* ». La Cour de cassation confirme ce point. L'occupante des lieux, bien qu'à l'origine de la soirée, n'avait pas participé à la réunion des conditions matérielles nécessaires au déclenchement de l'incendie, sa faute n'était donc pas « *la cause directe du dommage* ».

Dans un second temps, les juges du fond refusaient la réparation du préjudice économique du père de la victime résultant de son invalidité au motif que « *cette invalidité était la conséquence d'un état psychologique réactionnel et qu'il s'agissait d'une conséquence médiate du décès de sa fille, du fait des souffrances psychologiques occasionnées par celui-ci, et non d'un préjudice exclusivement lié au dit décès* ». Le lien de causalité n'était par conséquent qu'indirect, ne permettant pas l'indemnisation. La Cour de cassation intervient sur ce point pour censurer l'arrêt d'appel considérant en réalité que « *l'état dépressif de M.Y était la conséquence de l'état psychologique réactionnel résultant du décès de sa fille, d'où il suit qu'il était la suite directe du traumatisme créé par l'accident* ».

C'est ce second point qui mérite une attention particulière. La Cour de cassation ici, nous indique finalement que le préjudice économique devra être indemnisé au nom du principe de la réparation intégrale.

Pourtant, cette analyse de la Cour de cassation semble faillible. En effet, elle conclue qu'il existe une causalité directe entre l'accident et l'état dépressif du père de la victime, tout en indiquant que l'invalidité du père est une conséquence du préjudice moral. Ainsi, l'accident aurait entraîné un préjudice moral et de ce préjudice moral serait née l'invalidité du père. Le préjudice économique semble être davantage en lien avec le préjudice moral qu'avec l'accident lui-même. « La Cour de cassation "compresse" la relation causale en évoquant un état psychologique "réactionnel" » (G. RABU, *Réparation intégrale : préjudice économique né d'un préjudice moral*, Dalloz actu, éd. du 12 mai 2011).

La Cour de cassation écarte ici la théorie de la causalité adéquate au profit de la théorie de l'équivalence des conditions. Suivant cette théorie, « tout événement peut être qualifié de cause du dommage dès lors que sans lui le dommage ne se serait pas produit » (A. VIGNON-BARRAULT, *Le lien de causalité, condition de la*

responsabilité, in *Lamy Droit de la Responsabilité*, coll. *Lamy Droit civil*, 2008, n°270-57). Appliqué au cas d'espèce, cela signifie que sans le décès de sa fille, Alain Y n'aurait pas été dans un état dépressif. La causalité entre l'incendie et l'invalidité du père est donc directe nécessitant une indemnisation. Même s'il est vrai que la théorie de l'équivalence des conditions est souvent préférée en matière de responsabilité subjective, notamment en raison de sa faveur envers les victimes, l'extension de la réparation aux conséquences économiques du préjudice d'affection est contestable. L'inconvénient majeur de cette théorie est qu'elle ne permet pas de fixer une limite à l'étendue de la responsabilité (Ph. LETOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 8^{ème} éd., 2010, n°1715). C'est par ce biais que la Cour de cassation a étendu la mesure du préjudice à ses conséquences économiques afin d'obtenir une réparation, a priori, équitable et pragmatique des dommages.

Cependant, même si la simplicité de cette analyse séduit, il ne faut pas voir dans cet arrêt de la Cour de cassation une systématisation de l'extension de l'assiette d'indemnisation par application de la théorie de l'équivalence des conditions, mais plutôt une application isolée, confirmée par le peu de publicité autour de cette décision.

Isabelle ALVAREZ, Doctorante, Allocataire-Moniteur, Université Montpellier 1.

DISTRIBUTION

Projet de loi renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs

Le projet de loi *renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs* vient d'être déposé, début juin. Typiquement un projet « auberge espagnole », il traite d'à peu près tout, de la concurrence dans le secteur de l'énergie ou des télécommunications à la protection des personnes âgées mais surtout un article 1^{er} qui fait suite à l'avis très documenté et très attendu de l'autorité de la concurrence du 7 décembre 2010 (n°10-A-26) relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire (not. points 113 sq). On peut rappeler que l'avis avait proposé plusieurs recommandations, relatives soit au foncier commercial soit aux relations entre les groupes de distribution et leurs affiliés et notamment la limitation de la durée des contrats d'affiliation à 5 ans, la limitation des clauses de non réaffiliation et de

concurrence postcontractuelles et enfin l'interdiction des droits de priorité au profit des groupes de distribution dans les contrats d'affiliation. Tout spécialiste, voire simple observateur, de ce secteur sait que ce sont ces dernières dispositions qui posent difficulté : tout le monde se moque de savoir s'il faut ou non proposer une définition du contrat d'affiliation ou du sort des clauses de non concurrence post contractuelles. De ce point de vue, le projet est d'une timidité rare : martial sur tous les points de peu d'intérêt, curieusement taisant sur ceux qui sont au cœur de la difficulté.

L'article 1er du projet de loi se propose de faire suite directement à ces recommandations :

Après le titre III du livre III du code de commerce, est inséré un titre IV ainsi rédigé :

« TITRE IV

« DES RÉSEAUX DE DISTRIBUTION

« Art. L. 340-1. – I. – Une convention d'affiliation est un contrat, conclu entre une personne physique ou morale de droit privé regroupant des commerçants, autre que celles mentionnées aux chapitres V et VI du titre II du livre I^{er}, ou mettant à disposition les services mentionnés au premier alinéa de l'article L. 330-3, et toute personne exploitant pour son compte ou pour le compte d'un tiers au moins un magasin de commerce de détail, afin de fixer celles des obligations auxquelles s'engagent les parties susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité de commerçant.

« II. – Cette convention est formalisée par un document unique dont un exemplaire est remis à l'exploitant, préalablement à la signature de tout contrat entre les parties énumérées au I du présent article. La convention d'affiliation naît de la signature de ce document unique par les deux parties.

« III. – Le document unique récapitule les stipulations applicables du fait de l'affiliation, regroupées selon des rubriques définies par un décret, pris après avis de l'Autorité de la concurrence, et fixe notamment :

« 1^o Les conditions de l'affiliation et de la participation au groupement ;

« 2^o Les conditions d'utilisation des services commerciaux apportés à l'exploitant, en particulier d'approvisionnement et d'usage des marques et enseignes ;

« 3^o Le fonctionnement du réseau ;

« 4^o Les conditions de renouvellement, cession et réalisation des contrats régissant les relations commerciales découlant de l'affiliation ;

« 5^o La nature des contraintes applicables après rupture des relations d'affiliation.

« La durée de chacun de ces engagements doit être précisée dans le document unique. Le terme final de la convention d'affiliation est expressément précisé.

« Art. L. 340-2. – La convention d'affiliation définie à l'article L. 340-1 est obligatoire lorsque l'exploitant gère au moins un magasin de commerce de détail, au sens de l'article L. 430-2, en libre service et dont le chiffre d'affaires hors taxes, hors carburant, provient pour plus du tiers de la vente de produits alimentaires.

« Un décret, pris après avis de l'Autorité de la concurrence, définit, en tant que de besoin, les secteurs d'activité pour lesquels et les seuils de surface et de chiffre d'affaires en deçà desquels il peut être dérogé à cette obligation.

« Art. L. 340-3. – I. – Dans les cas prévus au premier alinéa de l'article L. 340-2, le document unique visé au II de l'article L. 340-1 doit, à peine de nullité de la convention d'affiliation, être remis à l'exploitant dans un délai préalable à sa signature, fixé par décret, pris après avis de l'Autorité de la concurrence.

« II. – Pour les conventions d'affiliation obligatoires en application du premier alinéa de l'article L. 340-2, il ne peut être dérogé par voie contractuelle aux stipulations découlant de la convention d'affiliation que par modification de cette même convention.

« Un décret, pris après avis de l'Autorité de la concurrence, précise le délai dans lequel les conventions d'affiliation obligatoires peuvent être résiliées avant leur échéance, en fonction de leur durée.

« Ces conventions d'affiliation obligatoires ne peuvent être renouvelées par tacite reconduction.

« III. – Aucune stipulation, ni aucun contrat conclus dans le cadre ou pour la mise en œuvre de la convention d'affiliation ne peut faire obstacle à la mise en jeu des stipulations énoncées par cette convention, lorsqu'elle est obligatoire en application du premier alinéa de l'article L. 340-2.

« Art. L. 340-4. – Un décret pris après avis de l'Autorité de la concurrence fixe la durée maximale, qui ne peut être supérieure à dix ans, des conventions d'affiliation dont la signature est obligatoire en application du premier alinéa de l'article L. 340-2.

« À l'exception du contrat de bail commercial, dont la durée est régie par les dispositions de l'article L. 145-4, aucun contrat, conclu dans le cadre de la convention d'affiliation, ne peut produire d'effets au delà du terme final mentionné au dernier alinéa du III de l'article L. 340-1.

« Art. L. 340-5. – Lorsqu'une convention d'affiliation, obligatoire en application du premier alinéa l'article

L. 340-2, prévoit le versement de sommes constituant une condition préalable à l'établissement ou au renouvellement de la relation commerciale, le document unique mentionne la possibilité d'acquitter ces sommes, soit en totalité au moment de la signature du contrat, soit en plusieurs versements, les versements dus au titre de la dernière année ne pouvant excéder 20 % du total de ces sommes. En cas de non respect du présent article, les sommes dues à ce titre ne seront, d'ordre public, exigibles que dans la limite de 10 % par an de leur montant nominal initial, tel qu'il figure dans la convention d'affiliation.

« Art. L. 340-6. – Après l'échéance ou la résiliation d'une convention d'affiliation obligatoire en application du premier alinéa de l'article L. 340-2, aucune clause ayant pour effet de restreindre la liberté d'exercice par l'exploitant de son activité commerciale ne peut trouver application si elle n'est pas énoncée dans cette convention.

« De telles clauses ne peuvent produire leurs effets plus d'une année après cette résiliation ou cette échéance.

« Elles ne peuvent produire leurs effets que relativement aux biens et services objets de la convention d'affiliation et aux terrains et locaux à partir desquels celui qui a souscrit la convention unique d'affiliation a opéré, pendant la durée de cette convention.

« Art. L. 340-7. – I. – Les dispositions du présent titre sont applicables aux contrats conclus à compter du 1^{er} juillet 2012.

« II. – Les contrats de toute nature établissant une relation d'affiliation entrant dans le champ visé au premier alinéa de l'article L. 340-2, qui ont été conclus antérieurement au 1^{er} juillet 2012, devront être remplacés avant le 1^{er} janvier 2014 par une convention d'affiliation, conclue dans les conditions posées par le présent titre.

« III. – À compter du 1^{er} janvier 2014, à défaut de conclusion, dans le respect des règles fixées au présent titre, d'une convention d'affiliation, chaque partie peut mettre fin à une relation d'affiliation entrant dans le champ d'application du I de l'article L. 340-2, sans que lui soient opposables les accords, clauses ou contrats antérieurement conclus. Cette résiliation intervient à l'expiration du délai fixé au II de l'article L. 340-3, compté à partir de la notification à l'autre partie de la nécessité de se mettre en conformité avec les dispositions du présent titre. »

Mille remarques sont à formuler. L'intitulé du nouveau Titre IV en premier « réseaux de distribution », qui laisse à penser que cette notion de « réseau » présente une quelconque juridicité.

On observera que le projet d'article L. 340-1, I du Code de commerce propose une définition du contrat d'affiliation dont la clarté n'est pas la meilleure qualité : « *contrat, conclu entre une personne physique ou morale de droit privé regroupant des commerçants, autre que celles mentionnées aux chapitres V et VI du titre II du livre I^{er}, ou mettant à disposition les services mentionnés au premier alinéa de l'article L. 330-3, et toute personne exploitant pour son compte ou pour le compte d'un tiers au moins un magasin de commerce de détail, afin de fixer celles des obligations auxquelles s'engagent les parties susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité de commerçant* ».

En outre ce contrat est soumis à un formalisme accru : rédaction d'un document unique, contenu réglementé, etc., y compris s'agissant de sa durée, pas encore définie, qui le sera par décret sans pouvoir être supérieure à dix ans. Il conviendra donc que le texte soit immédiatement suivi d'un tel décret sauf à paralyser sa mise en œuvre.

En outre, les clauses relatives au droit d'entrée sont limitées, les clauses de non-réaffiliation et non-concurrence post-contractuelles ne pourront excéder une durée d'une année mais... rien sur les dispositions qui fâchent, celles relatives aux droits de priorité, préemption et préférence, celles qui posent véritablement difficulté...

Enfin, les dispositions du projet sont prévues pour être applicables aux contrats conclus à compter du 1^{er} juillet 2012 mais les contrats conclus postérieurement au 1^{er} juillet 2012 devront être en conformité avec les présentes dispositions avant le 1^{er} janvier 2014. À défaut « *chaque partie peut mettre fin à une relation d'affiliation entrant dans le champ d'application du I de l'article L. 340-2, sans que lui soient opposables les accords, clauses ou contrats antérieurement conclus* ».

Bien timide donc : s'il s'agissait de répondre aux recommandations de l'ADLC, c'est loupé.

D. Mainguy

CONCURRENCE

Projet de communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires (ADLC)

L'Autorité de la Concurrence vient de publier le projet de communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, objet d'une consultation

publique. Ce texte était attendu après les remous provoqués par l'affaire du « Cartel de l'Acier » et l'arrêt d'appel du 19 janvier 2010 et le rapport Folz rendu à la demande du ministère de l'Economie.

Les sanctions pécuniaires que l'ADLC peut être conduite à prononcer sont en effet considérables : 10% du CA mondial des entreprises en cause, calculé en fonction du « dommage causé à l'économie ». Le terme est fâcheux : « dommage causé à l'économie » : ce dommage serait ainsi « réparé » par la sanction pécuniaire, si l'on suit cette logique de vocabulaire, de sorte qu'il n'y aurait plus de préjudice à réparer, et notamment plus de préjudice privé. Il serait plus efficace de parler d'amende visant à sanctionner l'atteinte portée à l'économie pour ne pas par, sémantiquement, empiéter sur les questions portant véritablement sur la responsabilité consécutives à une infraction concurrentielle. Cette confusion n'est pas un fantasme, loin s'en faut. Ainsi le rapport Folz avait évoqué la possibilité de prendre en compte, comme circonstance atténuante, une part des indemnisations des victimes proposées directement par une entreprise dans le cadre de la procédure administrative devant l'ADLC. Le communiqué n'évoque pas ce point et c'est particulièrement heureux. Ce sont des questions qui n'ont rien à voir : dit-on que la sanction pénale doit tenir compte de l'existence d'une indemnisation de victimes ?

L'objectif du projet est la recherche d'une plus grande transparence sur la méthode suivie par l'Autorité et notamment l'introduction d'un débat contradictoire sur la question de la sanction, mais aussi sur les circonstances de nature à aggraver ou atténuer la sanction : la gravité de l'atteinte, celle des fautes, la durée des comportements, leur éventuelle réitération, l'individualisation de la sanction.

Il s'agit en outre de permettre à l'ADLC de coordonner ses pratiques avec celles retenues par les autres autorités nationales de concurrence de l'UE, appliquant ce faisant un principe de cohérence déjà posé par la CJUE dans un arrêt du 11 juin 2009 (C-429/07) : « l'effectivité des sanctions infligées par les autorités de concurrence nationales ou communautaires sur le fondement de l'article (103, paragraphe 2, sous a), TFUE) est une condition de l'application cohérente des articles (101 et 102 TFUE) ». Ce faisant, le projet de communiqué n'est guère éloigné des termes des lignes directrices de la Commission.

On retrouve les critères de l'article L. 464-2 C. com., à savoir le dommage à l'économie, sa gravité, l'individualisation et la réitération des comportements, mais point une grille précise, qui serait susceptible de faire l'objet d'une prévision, sous la forme d'une provision comptable exactement calculée, comme certaines l'espéraient, un peu naïvement il est vrai.

Le projet établit ainsi davantage une procédure claire de détermination des sanctions qu'une méthode comptable.

Le montant de base de la sanction : il est déterminé pour chaque entreprise, par une proportion de la valeur des ventes de produits ou de services concernés et réalisée par chaque entité impliquée et non en fonction du Chiffres d'affaires de chacune d'entre elle, critère jugé plus objectif.

La proportion de la valeur des ventes : elle tient compte de la gravité des faits et du dommage causé à l'économie et, ce faisant, la proportion de la valeur des ventes retenue s'établit entre 0 et 30 % (comme dans les lignes directrices de la Commission) et non de 5 à 15% (comme préconisé dans le rapport Folz). La distinction est fondamentale : le montant de base peut donc être nul et il peut être très important, pour tenir compte des deux critères rappelés. S'agissant d'un cartel par exemple, dont on admet en général qu'il s'agit de l'une des infractions concurrentielles les plus graves, la proportion de la valeur des ventes sera de 15% à 30% (projet, point 35), la pondération dépendant de la gravité de l'atteinte à l'économie. La gravité de la pratique dont dépend directement la proportion de la valeur des ventes est déterminée en fonction de critères individualisant et objectif, la nature et la qualité des entités (PME ou grandes entreprises).

La durée de l'infraction : cette donnée est essentielle car elle emporte une multiplication simple : le montant de base multiplié par le nombre d'années de mise en œuvre de la pratique. Est ici retenu une application dégressive : la proportion retenue est la valeur totale des ventes réalisées pendant l'année de référence pour la première année de commission de l'infraction, et à la moitié de cette valeur pour

chacune des autres années (projet, pt. 36). Quelle est la justification de cette solution de « clémence » ? Outre le fait que c'est la solution espagnole et qu'elle est invoquée par le rapport Folz, on voit mal pourquoi il serait nécessaire de retenir une solution différente des principaux pays et de la pratique de la Commission, tout en retenant des critères aggravant pour la détermination

de la proportion de la valeur des ventes. En quoi la gravité dépend-elle du nombre d'années écoulées ? On aurait même tendance à croire que la durée aggrave l'effet anticoncurrentiel – un cartel de long terme est sans doute plus préjudiciable qu'un cartel « one shot », ou, au mieux qu'elle emporte simplement un effet d'addition.

L'individualisation de la sanction : les circonstances aggravantes ou atténuantes sont ici prises en compte, entité par entité : rôle de leader ou de suiveur, l'existence de menace de rétorsion, de violences, notoriété, taille, influence, effet d'exemple de l'entreprise, implication de l'entreprise dans le secteur, existence d'un avantage concurrentiel existant (situation d'ancien monopoleur par exemple), comportement au contraire d'opportunité, voire encouragé par la puissance publique, comportement contraint, etc., mais encore l'effet de réitération, considéré comme un critère autonome.

Le montant définitif, tenant compte de ces éléments tient ensuite compte de deux autres points. En premier il s'agit des éventuelles atténuations ou exonérations, liées à la clémence, à la non contestation des griefs et au plafond légal de l'article L. 464-2, I. C. com., mais également la « capacité contributive » des entités, et notamment la question de l'impact de la crise. Celle-ci est procéduralisée : une demande écrite doit être formulée à l'ADLC au moment du rapport ou au plus tard un mois avant l'audience (l'une de celles prévues aux articles L. 463-3, 464-2 ou 463-7).

Rappelons enfin qu'il s'agit d'un communiqué soumis à consultation publique à laquelle on peut participer à l'adresse suivante :

http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/projet_communique_sp_17janvier2011.pdf

Daniel Mainguy

Le Conseil constitutionnel et l'article L.442-6 C. com.

Déc. cons. Conc., 13 janv. 2011, n°2010-85 QPC

Dans une précédente chronique, nous évoquions le contentieux portant sur l'application de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce qui avait été l'occasion d'une décision de la Cour de cassation renvoyant, le 15 octobre 2010, une QPC sur l'inconstitutionnalité supposée de ce texte à la DDH de 1789.

La décision a été rendue le 13 janvier 2011 (Déc. n°2010-85 QPC), et, sans surprise ni suspens, le texte de l'article L. 442-6, I, 2° a été considéré comme conforme à la constitution.

Rappelons que cet texte qui sanctionne, au titre d'un régime de responsabilité non défini le fait, entre commerçants, « de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties » mais que, en vertu du §III de ce même texte, une amende de 2 millions d'euros peut être prononcée, à la demande du Ministre de l'Economie ou du ministère public, ce qui peut être considéré comme intégrant ce texte dans le giron de la « matière pénale » au sens de l'article 6 de la CEDH, ou, comme c'était invoqué en l'espèce, au principe de légalité des crimes et des peines de l'article 8 DDH.

Pour le Conseil, le principe selon lequel les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales, posé par l'article 34 de la Constitution, ne fait pas obstacle à l'adjonction de peines ou d'amende présentant un caractère civil, mais pour autant qu'ils respectent les principes des articles 8 et 9 DDH et donc que les faits sanctionnés soient énoncés en des termes suffisamment clairs et précis, ce qui est une autre façon de présenter le problème posé en termes de QPC.

Ce qui est très surprenant, c'est le raisonnement entrepris pour valider le texte soumis au Conseil. Pour ce dernier, en effet, « pour déterminer l'objet de l'interdiction des pratiques commerciales abusives dans les contrats conclus entre un fournisseur et un distributeur, le législateur s'est référé à la notion juridique de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties qui figure à l'article L. 132-1 du code de la consommation reprenant les termes de l'article 3 de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 susvisée ; qu'en référence à cette notion, dont le contenu est déjà précisé par la jurisprudence, l'infraction est définie dans des conditions qui permettent au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire ». Et d'évoquer la possibilité de saisir la CEPC, miracle nébuleux puisque celle-ci n'est pas une juridiction. Cette fois on ne peut manquer d'être surpris : l'article L. 132-1 du Code de la consommation évoque, certes, les mêmes termes, mais dans des conditions différentes, radicalement différentes. Où l'article L. 132-1 du Code de la consommation se cantonne à des obligations accessoires, sans pouvoir atteindre l'objet ou le prix du contrat, l'article L. 442-6, I, 2° C. com. ne connaît pas pareille limitation. Pire, l'effet utile de ce texte, auquel on peut rattacher l'article L. 442-6, I, 1° C. com. porte précisément sur l'objet ou le prix du contrat, la cause, la proportionnalité, la lésion, mais autrement dits et

présentés. La corrélation faite entre ces deux textes, sans qu'aucun élément de la jurisprudence supposée avoir déjà déterminé les termes critiqués ne soient eux-mêmes identifiés au support de la démonstration du Conseil. Pourtant, le Conseil affirme d'une écriture péremptoire que, dans ces conditions, « *eu égard à la nature pécuniaire de la sanction et à la complexité des pratiques que le législateur a souhaité prévenir et réprimer, l'incrimination est définie en des termes suffisamment clairs et précis pour ne pas méconnaître le principe de légalité des délits* ».

Voilà, *ite missa est*, contentez-vous de cela, misérables privatistes. Merci, Ô sublime Conseil constitutionnel, pour cet oracle.

Daniel Mainguy

CONSOMMATION, PUBLICITE ET PROMOTION DES VENTES

Le droit des contrats peut-il être protecteur des consommateurs ?

Cass. civ.1^{ère}, 3 mars 2011

Evidemment oui

Un consommateur avait, lors de la visite d'une foire exposition, commandé une cuisine chez un agenceur spécialisé. En toute logique, et en application d'une jurisprudence établie, l'opération ne pouvait pas être considérée comme un acte de démarchage (Civ. 1^{re}, 10 juill. 1995, Bull. civ. I, n° 317, même si une partie de la doctrine n'est pas favorable à cette restriction, V. notamment J. Calais-Auloy et H. Temple, *droit de la consommation*, Dalloz 2010).

Quelques semaines plus tard, le technicien de l'entreprise se rend au domicile du client et établit un devis complémentaire qu'il accepte et signe le client. S'agissait-il d'un démarchage, auquel cas le client pouvait se rétracter conformément aux dispositions de l'article L. 125-19 du Code de la consommation, ce qu'il souhaitait d'ailleurs.

La Cour d'appel avait rejeté la demande s'en tenant à considérer que le nouveau « contrat » était en réalité un complément du premier et que la réglementation propre au démarchage n'était pas applicable au cas d'espèce.

La première chambre civile de la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel au motif que les juges d'appel n'avaient pas répondu à un moyen de droit soulevé par le pourvoi au moyen « *tiré de la nullité du contrat initial pour défaut d'accord sur la chose vendue, l'objet de la vente n'ayant pas*

été préalablement déterminé par un plan technique, approuvé par M. X..., tenant compte de la configuration de la cuisine de ce dernier ».

La pratique pouvait être considérée comme dangereuse puisqu'au jour de la foire exposition le professionnel n'avait pas les données exactes nécessaires à la réalisation de sa mission. Il ne pouvait dès lors établir avec certitude l'importance de sa prestation et la portée exacte de son engagement, tout comme de celui du consommateur (principalement le prix) ne pouvaient être déterminés au jour de la commande initiale. Or le Code civil ne reconnaît la validité d'un contrat que pour autant qu'il porte sur un objet certain. Fondé sur l'article 1108 du Code civil, la solution est par ailleurs transposable aux autres contentieux que ceux de consommation.

La Lecture du contrat signé par les parties aurait été intéressante car il semblerait que dans ce contrat devait figurer une clause (dont on pourrait s'interroger d'ailleurs sur le caractère abusif ou non) qui soumettait l'engagement du professionnel à une vérification des conditions du lieu.

Malo Depincé

Immeubles en timeshare, le formalisme très protecteur du consommateur

Cass. civ. 3^{ème}, 26 janvier 2011

Il est possible d'acquérir un immeuble à plusieurs, la technique la plus fréquente étant celle de l'indivision. C'est sous ce régime que bien des couples possèdent leur résidence commune. Ils en disposent l'un l'autre alors librement, dans les mêmes conditions et par définition l'occupent en même temps.

Il est également possible d'acquérir un immeuble "en temps partagé" (ou "timeshare") selon la formule commerciale généralement employée. Les différents "propriétaires" la plupart du temps ne se connaissent pas. Ils ont été sollicités par le même promoteur pour acquérir des parts d'une société civile qui leurs ouvriront droit à jouir d'un immeuble pour une période dans l'année fonction du montant de leur investissement.

On trouve généralement associé à cette offre commerciale un système de bourse d'échange. Contre sa semaine à la montagne, l'associé en timeshare peut échanger une semaine à la mer.

L'offre est tentante, mais elle a conduit à de trop nombreux abus et de plus grandes déceptions encore : la semaine achetée n'était pas si intéressante, les investisseurs n'y vont plus et personne ne veut la leur échanger.

La loi du 22 juillet 2009 *de développement et de modernisation des services touristiques* transposait en droit français la directive communautaire du 14 janvier 2009 dite "*directive Timeshare*".

Les articles L. 121-60 et suivants du Code de la consommation imposent au regard des risques encourus un formalisme, essentiellement informatif, lourd pour le professionnel (qui était déjà en place pour l'essentiel avant cette transposition).

Le Code prévoit une publicité encadrée, la remise d'un écrit avec de nombreuses mentions obligatoires ainsi qu'un droit de rétractation de 14 jours francs.

Ces dispositions sont, comme toutes celles du Code de la consommation, d'ordre public, qu'il s'agisse des dispositions aujourd'hui applicables ou de celles qui l'étaient au jour des faits de l'espèce (en 2000).

M. G. avait signé un contrat de réservation de parts sociales pour un appartement en timeshare. Le contrat de réservation ne contenait aucun coupon détachable pour l'exercice de son droit de rétractation et ne

comportait aucune des mentions informatives obligatoire exigées.

L'acte avait pourtant été "régularisé" devant notaire. L'acheteur pouvait-il néanmoins invoquer la nullité du contrat alors même que l'acte notarié était quant à lui conforme ?

La solution de la Cour de cassation est on ne peut plus claire : les dispositions en cause sont d'ordre public et le contrat frappé de nullité ne peut être confirmé devant notaire. Le consommateur est particulièrement protégé et la réitération devant notaire aussi parfaite soit-elle ne suffit pas à retirer au consommateur son droit de demander la nullité de l'acte.

L'arrêt est important, puisqu'il est sans doute transposable à d'autres hypothèses, et notamment celles de tous les autres contrats de vente immobilière annulables et que l'on tenterait de "régulariser" par devant notaire.

Malo Depincé

17 JUIN 2011