

Droit des affaires

La sélection Lamy

L'avenir du Code civil... européen ?

Chronique par **Pauline Rémy-Corlay**

Marchés publics et concurrence : liberté, égalité, transparence

Chronique par **Jean-Christophe Grall et Erwan Le Morhedec**

Les entreprises publiques à l'épreuve du droit OHADA

Chronique par **Benjamin Boumakani**

Doing business 2005, le cru de la réconciliation ?

Entretien avec **Marc Jobert**

La Cour de cassation décide que l'application du statut des agents commerciaux n'est pas subordonnée à l'inscription sur un registre spécial (Cass. com., 7 juill. 2004, n° 02-17.107).

Il incombe au salarié de prouver que l'employeur, qui devait avoir conscience du danger auquel il était exposé, n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver (Cass. 2^e civ., 8 juill. 2004, n° 02-30.984).

Un règlement communautaire est directement applicable en droit interne et ne laisse aucun pouvoir d'appréciation aux autorités nationales pour la mise en œuvre des règles qu'il fixe (CE, sect., 12 mai 2004, n° 236834, Société Gillot).



CHRONIQUES

- L'avenir du Code civil... européen ? . . . p. 5
 Marchés publics et concurrence : liberté, égalité, transparence p. 15
 Les entreprises publiques à l'épreuve du droit OHADA p. 25

JURISPRUDENCE

- Sociétés et autres groupements. p. 32
 Fonds de commerce et baux commerciaux p. 33
 Propriété industrielle p. 36
 Concurrence. p. 37
 Distribution p. 38
 Consommation. p. 40
 Crédit et garanties du crédit p. 40
 Paiement p. 41
 Redressement et liquidation judiciaires p. 42
 Droit de l'informatique et des réseaux p. 43
 Droit des médias et de la communication p. 45
 Droit des assurances p. 47
 Droit immobilier. p. 49
 Droit international p. 51
 Contrats et marchés publics p. 51

VEILLE JURIDIQUE

- Textes officiels p. 54
 Autres textes p. 58

L'ESSENTIEL

4691

FUSION ET DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ ABSORBÉE

Cass. com., 12 juill. 2004, n° 03-12.672
 La transmission universelle à la personne morale absorbante du patrimoine de la personne morale absorbée est indissociable de la dissolution de cette dernière et ne peut se réaliser tant que cette personne morale n'est pas dissoute. p. 33

4692

PRESCRIPTION DE L'ACTION EN FIXATION DU LOYER : QUEL POINT DE DÉPART ?

Cass. 3^e civ., 30 juin 2004, n° 03-10.661
 Le point de départ de la prescription biennale appliquée à l'action en fixation du loyer commercial est la date d'effet du nouveau bail et non de la date d'acceptation du principe du renouvellement du bail. p. 33

4704

PORTÉE DE L'IMMATRICULATION DE L'AGENT COMMERCIAL AU REGISTRE SPÉCIAL

Cass. com., 7 juill. 2004, n° 02-17.107
 L'article 1^{er} de la loi du 25 juin 1991 ne subordonne pas l'application du statut des agents commerciaux à l'inscription sur le registre spécial qui est une mesure de police professionnelle. p. 39

4707

PLURALITÉ DE GARANTIES : LE CRÉANCIER EST LIBRE DU CHOIX DES SURETÉS DONT IL DISPOSE

Cass. com., 2 juin 2004, n° 01-15.140
 La Cour de cassation affirme pour la première fois la liberté du créancier dans la mise en œuvre des garanties qui se proposent à lui pour obtenir paiement de sa créance. p. 41

4709

BAIL COMMERCIAL NON EN COURS LORS DE L'EXERCICE DE L'OPTION DE L'ADMINISTRATEUR

Cass. ass. plén., 7 mai 2004, n° 02-13.225
 Le bail commercial renouvelé après délivrance d'un congé est un nouveau bail, le précédent cessant par l'effet du congé ; il en résulte qu'il ne constitue pas un contrat en cours dont l'administrateur du redressement judiciaire du preneur peut exiger l'exécution. p. 42

4722

FAUTE INEXCUSABLE DE L'EMPLOYEUR ET CHARGE DE LA PREUVE

Cass. 2^e civ., 8 juill. 2004, n° 02-30.984
 Il incombe au salarié de prouver que l'employeur, qui devait avoir conscience du danger auquel il était exposé, n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver. p. 48

4724

L'INDEMNITÉ D'OCCUPATION ET L'ANNULATION DE LA VENTE

Cass. ch. mixte, 9 juill. 2004, n° 02-16.302
 Le vendeur n'est pas fondé, en raison de l'effet rétroactif de l'annulation de la vente, à obtenir une indemnité correspondant à la seule occupation de l'immeuble. p. 49

4729

ABSENCE DE RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT DU FAIT D'UN RÈGLEMENT COMMUNAUTAIRE

CE, sect., 12 mai 2004, n° 236834, Société Gillot
 Un règlement communautaire est directement applicable en droit interne et ne laisse aucun pouvoir d'appréciation aux autorités nationales pour la mise en œuvre des règles qu'il fixe. Ces dernières sont donc tenues, aussi longtemps que la juridiction communautaire compétente n'a pas constaté l'invalidité de ces règles, de les appliquer. p. 51

REVUE LAMY
Droit des affaires

Éditée par LAMY SA
 au capital de 1 800 000 €
 21/23, rue des Ardennes
 75019 Paris
 RCS Paris 305 254 161

Principaux actionnaires : Wolters Kluwer France, Groupe Liaisons SA et Wolters Kluwer International Holding
 Président directeur général/ Directeur de la publication : Jean-Paul Novella
 Rédactrice en chef : Julie Vasa (01 44 72 45 78)
 Rédacteurs : H. Alves ; D. Chemin ; L. Costes ; R. David ; C. Demunck ; A. Marchand ; P. Mendak ; L. Toury ; J. Vasa
 Réalisation PAO : F. Barreau ; L. Krief
 Imprimerie Delcambre - 45, rue Delizy - 93500 Pantin
 N° Commission paritaire : 0105 K 77982
 Dépôt légal : à parution
 N° ISSN : 1279-840
 Abonnement annuel : 360 € HT (TVA 2,10 %), 367,56 € TTC
 Prix au numéro : 45 € HT (TVA 2,10 %).
 Information et commande : Tél. : 0 825 08 08 00
 Fax : 01 44 72 13 88 - Internet : <http://www.lamy.fr>

Toute reproduction ou représentation intégrale ou partielle par quelque procédé que ce soit, des pages publiées dans la publication, faite sans autorisation de l'éditeur est illicite et constitue une contrefaçon. Les noms, prénoms et adresses de nos abonnés sont communiqués à nos services internes et organismes liés contractuellement avec la publication, sauf opposition motivée. Dans ce cas, la communication sera limitée au service abonnement. Conformément à la loi du 06/01/78, ces informations peuvent donner lieu à l'exercice d'un droit d'accès et de rectification auprès de Lamy SA - Direction commerciale.

► Secret professionnel et antiblanchiment : les avocats voient rouge



Une lutte dans la lutte antiblanchiment : les avocats se battent actuellement pour leur secret professionnel remis en cause par la politique antiblanchiment européenne. D'une part, ils ont défendu le 30 septembre au Parlement européen leur pétition contre la 2^e directive pour demander leur exclusion de son champ d'application ; les eurodéputés ont décidé de rester saisis de la question. D'autre part, la proposition de 3^e directive, datée du 30 juin et déjà amendée le 13 septembre, aggrave leurs obligations de vigilance. Notamment, ces dernières seraient déclenchées par l'existence d'une « relation d'affaires » ; sobrement défini

comme « une relation d'une certaine durée », la notion pourrait étendre les obligations de l'avocat, actuellement limitées à la rédaction d'actes, à la consultation juridique et même à l'activité de défense. Par ailleurs, le texte supprime le *tipping off*, soit la possibilité pour l'avocat d'informer son client qu'il a procédé à une déclaration de soupçon à son encontre. Les avocats ont alerté leurs confrères européens, ainsi que le Gouvernement français qui s'est engagé à les défendre à Bruxelles. Il y a urgence pour eux : le texte, priorité de la présidence actuelle de l'Union européenne, est censé être définitivement voté avant la fin de l'année.

► Avocats et CPI : bientôt associés ?

Lors de la rentrée du Conseil national des barreaux le 17 septembre, Dominique Perben a annoncé un projet de création de sociétés interprofessionnelles d'exercice libéral regroupant avocats et conseils en propriété industrielle. « L'objectif est de pouvoir offrir au public un service plus complet allant de l'acquisition à la défense des droits devant les tribunaux », a-t-il insisté. Cette orientation est indispensable pour répondre tant aux besoins des

entreprises qu'à la concurrence de certains cabinets étrangers qui assurent déjà l'ensemble de ces prestations de manière intégrée ». La voie privilégiée par la Chancellerie est celle de l'interprofessionnalité, même si elle « n'est pas exclusive de la fusion à laquelle elle pourrait ultérieurement conduire ». Le ministre a tenu à préciser que les nouvelles sociétés constitueraient « un dispositif souple puisque simplement optionnel ».

► Un médiateur très net

Le Forum des droits sur l'Internet a lancé son service de médiation en ligne, MédiateurDuNet, avec la bénédiction des pouvoirs publics. Objectif : traiter des conflits impliquant l'usage de l'Internet et soulevant « un problème juridique et non technique ne relevant pas de l'ordre public ». Une

fois le dossier accepté et l'accord de l'autre partie acquis, un médiateur indépendant est proposé pour une mission ne dépassant pas trois mois. Gratuit jusqu'à la fin de l'année, le service deviendra payant pour couvrir les frais de fonctionnement (mediateurdunet.fr).

Rapport Magendie : la justice jugée

Le 6 septembre, le président du Tribunal de grande instance de Paris, Jean-Claude Magendie, a remis au garde des Sceaux son rapport « Célérité et qualité de la justice. La gestion du temps dans le procès ». Le respect du délai raisonnable visé par la Cour européenne des droits de l'Homme est le fil rouge de l'étude. Entre autres mesures phares : au civil, intégrer le respect de la loyauté processuelle aux principes directeurs du procès, restreindre la production de pièces nouvelles devant la cour d'appel, limiter à trois mois le délibéré ; au pénal, supprimer la règle « le pénal tient le civil en l'état » pour limiter les plaintes dilatoires, et réformer la plainte avec constitution de partie civile.

ENTRETIEN AVEC

Marc Jobert

La Banque mondiale classe la France championne de la création d'entreprises dans *Doing business in 2005*. La réaction émue des autorités et juristes français, dont les avocats, face aux erreurs du rapport 2004 a donc été fructueuse. Point de vue de Marc Jobert, représentant le Conseil national des barreaux dans les contacts avec la Banque.



De quelle manière les avocats ont-ils répondu à *Doing business 2004* ? Assez directement : nous avons décroché notre téléphone pour discuter des erreurs du rapport sur le droit français avec l'équipe en charge à la Banque mondiale.

Êtes-vous satisfait du cru 2005 ? Notre action de l'an dernier a apparemment porté ses fruits. D'une part, les formulations sont plus neutres : on ne vise plus un système juridique national mais on parle de droit civil. D'autre part, les points sur lesquels nous avons réagi ont été améliorés. Ainsi, le rapport n'affirme plus que la création d'une SARL impose de passer par un notaire ! Ni qu'elle nécessite 53 jours, mais 8 jours – même si le délai est en réalité plus proche des 3 ou 4 jours. De même, nous avons fait comprendre à la Banque mondiale qu'il ne fallait pas 250 jours en France pour recouvrer un chèque sans provision. Cette année, elle nous en attribue 75, ce qui demeure excessif car il s'agit plutôt de 20 à 25 jours.

Quelles autres suites seront données à *Doing business* ?

Une commission interministérielle comprenant notamment des représentants des professions juridiques travaille depuis l'an dernier sur une réponse globale à la Banque mondiale. Au-delà de *Doing business*, il s'agira de montrer, dans un esprit scientifique, quasi universitaire, l'intérêt du droit français, surtout civil, pour d'autres pays.

► Bibliographie

• **La transmission de la PME** (par Jérôme Bonnard, Hachette Supérieur, 2004, 256 p., 26,80 €). Résolument tourné vers la pratique, l'ouvrage fait le point dans un secteur marqué par la diversité des situations et l'absence d'unité des mécanismes juridiques de la transmission de l'entreprise. Professeur à l'Université Paris VIII Saint Denis, l'auteur aborde donc les aspects à la fois juridiques, fiscaux et sociaux de la question.



• **Le guide des sociétés de capital-investissement**, 5^e édition (par Jean-Baptiste Hugot et Jean-Philippe Mocci, Les Éditions du Management, 2004, 688 p., 67 €). Dans sa nouvelle édition, le guide poursuit son évaluation exhaustive des professionnels du capital-investissement tout en intégrant les mutations du secteur. 22 nouveaux opérateurs ont été inclus.



• **L'annuaire des juristes d'affaires**, 13^e édition (Lamy, La Lettre des juristes d'affaires, 2005, 934 p., 99 €). Plus de 200 cabinets d'avocats et 3 000 avocats d'affaires sont répertoriés dans ce guide, ainsi que les études notariales les plus importantes et les conseils en propriété industrielle. Un mémo fournit également les noms et coordonnées des responsables juridiques et fiscaux des plus grandes entreprises, banques et compagnies d'assurance.

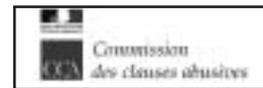


► Crédit immobilier : clauses épinglées

Une recommandation de la Commission des clauses abusives a été publiée au *Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes* le 30 septembre. Elle préconise d'éliminer des contrats de prêt immobilier dix clauses, dont celles ayant pour objet ou effet : de laisser au

seul prêteur le choix de la variation du taux d'intérêt ou de conférer à son organe de direction un pouvoir de décision en cas de différend ; d'autoriser le prêteur à compenser une créance qu'il invoque avec toutes sommes qu'il pourrait devoir à l'emprunteur ; d'obliger l'emprunteur à domicilier l'ensemble de ses

revenus dans l'établissement prêteur pendant toute la durée du prêt sous peine de déchéance du terme sans prévoir de contrepartie individualisée.



► Le démarcheur et le CIF réglementés

Le décret d'application de la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 concernant le démarchage bancaire ou financier a été publié le 29 septembre et celui relatif au conseiller en investissements financiers le 30 septembre. Les deux textes précisent notamment les conditions d'exercice des deux activités, les niveaux minimaux de garantie du contrat d'assurance de responsabilité civile professionnelle et les modalités de

tenue du fichier. Ils seront prochainement complétés par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers (AMF). Par ailleurs, l'AMF a publié la synthèse de sa consultation lancée en juin dernier sur le statut de CIF. Une inquiétude s'est particulièrement exprimée dans les réponses, concernant la distorsion de concurrence vis-à-vis des réseaux bancaires qu'entraînerait l'exigence de transparence des rémunérations.

► Mouvements et nominations

Florence Roussel est le nouveau secrétaire général adjoint de l'Autorité des marchés financiers. Le substitut général de Bordeaux, **Pierre-Yves Couilleau**, a été nommé conseiller pour les affaires pénales au cabinet de Dominique Perben. **Françoise Aubert** est la nouvelle vice-présidente du Conseil de la concurrence. L'ancienne présidente du Conseil de la concurrence, **Marie-Hélène Hagelsteen**, a été nommée présidente adjointe de la section du contentieux au Conseil d'Etat.

Rendez-vous

• L'Association française des juristes d'entreprise et le Centre de recherches en droit des affaires de l'Économie de Paris organisent le 27 octobre un colloque sur le thème « *Le juriste d'entreprise face aux nouveaux défis du Code civil : comment constituer, conserver et utiliser la preuve en 2004* » à la Sorbonne.

Contact : AFJE, Axelle de Borger, 01 42 61 01 80



• La Computer law association, en partenariat avec l'Association pour le développement de l'informatique juridique, tient sa conférence européenne annuelle à Amsterdam les 18 et 19 novembre sur les problématiques juridiques liées aux NTIC.

Contact : www.cla-amsterdam.com, 01 41 31 62 62



L'avenir du Code civil... européen ?

L'avenir de notre Code civil, au moins pour le droit des obligations, est-il européen ? Quel avenir pour un Code civil européen ?

C'est de cette branche du droit – entendue de façon assez large – dont on discute aujourd'hui principalement l'europeanisation. Cette étude se limitera donc à l'avenir européen du droit des obligations.

4685

- CODE CIVIL EUROPEEN
- DROIT DES OBLIGATIONS

Le Code civil français a 200 ans. Il est (ou était) la véritable constitution de la France (Demolombe avait dit « *constitution de la société civile française* » ; Giraud [précis de l'ancien droit coutumier français, préface p. V, rapporté par Larnaude in *Le Code civil et la nécessité de sa révision*, Livre du centenaire, II, p. 901] a dit « *vraie constitution civile* » et « *véritable constitution politique de la France* » ; le doyen Carbonnier ajoute que cette « *constitutionnalité* » s'entend « *sociologiquement* » [Carbonnier J., *Le Code civil*, in Nora P., *Les lieux de Mémoire*, 1993, II, 2, p. 293, reproduit désormais dans *Le Code civil 1804-2004 - Livre du bicentenaire*, Litec, Jurisclasseur, Dalloz, 2004, p. 17] ; cf. Rémy Ph., *Regards sur le Code*, in *Le Code civil 1804-2004 - Livre du bicentenaire*, précité, p. 99), « *l'autel des lois* » (Carbonnier J., précité). Constitution civile parce qu'il avait su allier le pré-révolutionnaire et le révolutionnaire, l'ancien et le nouveau ; l'ancien pour les solutions techniques, le droit savant, le nouveau pour la philosophie, les principes fondamentaux animant cette nouvelle société profondément française et non plus régionale (cf. Rémy Ph., in *La décodification*, à paraître).

Si un Code civil européen peut voir le jour, pourrait-il être cela ? « *Un Code civil n'est pas un instrument communautaire* » (Cornu G., *Un Code civil n'est pas un instrument communautaire*, D. 2002, p. 351) répond la doctrine française (cf., dans le même sens, Lequette Y., *Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de M. von Bar*, D. 2002, p. 2202 ; et, du même auteur, *Vers un Code civil européen ?*, *Pouvoirs*, 2003, n° 107, p. 97 ; Terré F. et Outin Adam A., *L'année du bicentenaire*, D. 2004, p. 12 ; plus nuancée : Fauvarque-Cosson B., *Faut-il un Code civil européen ?* *RTD civ.* 2002, p. 475 ; favorable : Witz Cl., *Plaidoyer pour un Code européen des obligations*, D. 2000, p. 79 ; cf., également, l'ensemble des réactions de la doctrine française jusqu'en 2003 recueillies in *Pensée juri-*

dique française et harmonisation européenne du droit, Dir. Fauvarque-Cosson B. et Mazeaud D., *Soc. Législation comparée 2003*, coll. *Droit privé comparé et européen*). Un Code imposé par l'Union, sans souci de l'ancien, sans réflexion sur le nouveau, ne pourrait être le ciment de l'Europe. Il est bien plus facile pour un juriste d'imaginer sans humeur une constitution européenne que d'admettre un Code civil qui ne serait qu'un recueil de textes désordonnés, sans systématisation, sans souci de l'ancien (cf. Rémy Ph., *La décodification*, précité) ; un droit venu de « *nulle part* » (Carbonnier J., *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 47).

Un tel Code ne serait d'ailleurs pas à proprement parler « *européen* ». Dans un livre remarquable, Rémi Brague démontre que le propre de l'Europe, son identité, vient de sa latinité, de sa romanité, c'est-à-dire de sa capacité à transmettre ce qui a été reçu du passé : « *nous ne sommes et ne pouvons être "grecs" et "juifs" que parce que nous sommes d'abord "romains"* » (Brague R., *Europe, la voie romaine*, Gallimard, 1999, spécialement p. 41) ; « *ce n'est que par le détour de l'antérieur et de l'étranger que l'Européen accède à ce qui lui est propre* » (Brague R., précité, spécialement p. 172). En ce sens, le Code civil français était véritablement européen. S'il pouvait être considéré comme la véritable constitution de la France, c'est parce qu'il avait puisé aux sources de l'ancien et de l'étranger (cf. Thireau J.-L., *Le comparatisme et la naissance du droit français*, *Rev. hist. des Facultés de droit* 1990, p. 153 ; Wijffels W., *Arthur Duck et le jus commune européen*, *Rev. hist. des Facultés de droit* 1990, p. 193). Mais européen de naissance, le Code civil français est devenu profondément nationaliste, « *manifestant à la fois l'unité de la nation et la puissance de l'Etat-législateur* » (Rémy Ph., *La décodification*, précité). Il a été dès lors sacralisé et s'est tourné sur lui-même : d'abord l'étude du Code pour le Code (avec les exégètes) et puis l'étude de la jurisprudence sur le Code (à partir de la fin du XIX^e

▶ Pauline Rémy-Corlay

Université Paris XI

Faculté Jean Monnet

jusqu'à nos jours ; l'étude du Code a été remplacée par des « *cours de droit civil* » et des traités qui ne reprenaient plus le plan du Code). Mais d'un siècle à l'autre, le positivisme nationaliste n'a pas bougé. C'est toujours le droit français qui est étudié et enseigné ; ce n'est plus l'ancien ; ce n'est plus l'autre (encore ce positivisme nationaliste s'est-il dangereusement accentué en France depuis quarante ans - cette « *seconde révolution française* » que constitue mai 68 et qui a voulu abolir le passé comme l'avait voulu la Grande Révolution. L'histoire du droit n'est plus enseignée que de façon marginale, quelle que soit la période en cause ; elle n'est d'ailleurs enseignée que comme « *Histoire* », c'est-à-dire ce qui appartient au passé, ce qui a vécu, et non pour enrichir le présent. Quant au droit comparé, il n'est pour ainsi dire pas enseigné de manière systématique... en général, une option semestrielle sur les « *Grands systèmes étrangers* »... ; voir *infra*). Depuis deux siècles, le Code civil - ou le droit civil - n'est plus en France européen. La France juridique s'est « *déseuropéanisée* ».

On condamne aujourd'hui sa « *ré-européanisation* » : le « *beau droit français* » serait désysématisé sous l'influence cumulée du droit communautaire et du droit européen conventionnel (cf., spécialement, Lequette Y., *Le Code civil et la prolifération des sources internationales*, in *Le Code civil 1804-2004 - Livre du bicentenaire*, précité, p. 171). Il est certain que ces deux droits « *européens* » ont profondément troublé notre droit. L'un parce qu'il est intervenu de façon ponctuelle et utilitariste, sans souci de cohérence, sans souci de l'ancien ; il a, en particulier, fortement perturbé notre droit des obligations. L'autre parce qu'au nom de « *droits fondamentaux* » conçus largement, la Cour européenne des droits de l'Homme est intervenue directement pour condamner notre droit interne ; c'est le droit de la famille au sens large (y compris le droit patrimonial de la famille) qu'elle affecte principalement en droit civil, sans souci de l'autre. L'affaire *Mazurek* en est un exemple saisissant qui condamne, au nom de l'égalité, la France dont certaines dispositions relatives au droit des successions seraient « *inégalitaires* » vis-à-vis de l'enfant adultérin (cf. CEDH, 1^{er} févr. 2001, n° 34406/97, *Mazurek c/ France*). Mais le souci français de préserver les intérêts de la famille, la « *paix familiale* », n'est-il pas aussi légitime que celui de l'égalité successorale ? Quelle est l'égalité recherchée ? Les articles 760 et 915 du Code civil ont cependant été modifiés. On comprendrait l'interventionnisme « *européen* » si les droits dont il s'agit étaient véritablement fondamentaux, tels qu'ils ont d'ailleurs été conçus. Mais l'interprétation qu'en fait la Cour européenne n'en fait pas des valeurs universellement partagées (ou partageables !). Il devient dès lors très contestable de donner à la Convention européenne un effet « *extra-territorial* », c'est-à-dire une application générale, indifférente au fait que l'Etat en cause ne soit pas partie à la Convention européenne, sous prétexte que l'Etat d'accueil de la situation ne devrait pas « *prêter la main* » à une violation des droits de l'Homme (cf. CEDH, 7 juill. 1989, n° 1/1989/161/217, *Søerig c/ Royaume-Uni*, Jurispr. CEDH, Berger, Sirey, 7^e éd.).

Mais justement, il ne s'agit pas d'une véritable « *ré-européanisation* » du droit, mais uniquement d'une « *déseuromatisme* ».

Or, penser un Code civil européen, c'est réorganiser en tenant compte à la fois de l'ancien - ce qui existe, l'acquis national, évolutions législatives et jurisprudentielles - et de l'étranger - ce qui existe ailleurs, dans les divers pays de la Communauté, ou dans la Communauté elle-même, l'acquis communautaire (sans compter les modèles plus éloignés).

Que le Code soit ensuite de source formelle communautaire ou nationale est une autre question. Peut-être la Communauté européenne n'a-t-elle ni la compétence, ni les moyens de faire un Code civil même

limité au seul droit des obligations. Peut-être l'avenir européen des Codes est-il pour l'instant national : l'Allemagne nous a montré l'exemple en reprenant la partie relative au droit des obligations (principalement son Livre 2), et spécialement son concept d'inexécution, sous l'influence

cumulée du droit communautaire et du droit savant européen (les propositions de la doctrine comparatiste, comme les Principes du droit européen des contrats). Peut-être l'avenir du Code civil européen n'est-il pour l'heure que doctrinal, qu'une pensée savante du droit, un nouveau *jus commune*, qui se propagerait par l'enseignement et l'attention que lui prêterait législateurs et praticiens (juges et avocats)... avant de redevenir national, d'une nation non encore constituée qui serait l'Europe. Quoi qu'il en soit, c'est bien en termes européens qu'il faut penser le Code. Pas seulement le Code d'ailleurs, mais également le droit civil : c'est-à-dire l'enseignement du droit et son application.

L'avenir européen du Code est une nécessité (I). Mais une fois cette nécessité déterminée, encore faut-il définir les voies de l'europanisation du droit des obligations. Voie *savante* ou voie *légale* (II) ?

I. - LA NECESSITE DE L'EUROPEANISATION DU DROIT DES OBLIGATIONS

L'europanisation du Code civil en matière de droit des obligations se présente à la fois comme le prolongement de la communautarisation du droit et - de façon assez contradictoire - comme un frein à cette communautarisation.

1. L'europanisation du Code civil se présente d'abord comme la suite logique de la communautarisation. L'influence du droit communautaire sur le droit civil dans des domaines variés - qu'ils soient ou non intégrés au Code civil - est certaine : les frontières entre les différentes branches du droit ne sont pas étanches et les concepts promus dans un domaine s'étendent souvent à un autre. Or, le droit communautaire, en s'intéressant au droit de la consommation, au droit du travail, au droit des

« Depuis deux siècles,
le Code civil - ou le droit
civil - n'est plus en
France européen.
La France juridique s'est
« *déseuropéanisée* ». »

sociétés, au droit de la concurrence, au droit des assurances..., élabore des règles qui ne peuvent laisser indifférentes celles connues du droit des obligations français (cf. Putman E., *L'évolution des rapports entre le droit communautaire et le droit privé français*, RRJ 2003, n° 1, p. 98). C'est d'ailleurs ce que reconnaît la doctrine réticente à l'europanisation du Code (cf., en particulier, Lequette Y., *Le Code civil et la prolifération des sources internationales*, précité, spécialement p. 176 et s.) : cette doctrine démontre, de façon très convaincante, que les dispositions d'origine communautaire ne peuvent s'intégrer purement et simplement dans notre Code civil parce qu'elles constituent un corps étranger, que les concepts qui sont utilisés sont des concepts communautaires, la Cour de justice étant seule maîtresse de ses définitions et de l'interprétation des concepts. La démonstration flagrante en serait la condamnation de la France par la Cour de justice des Communautés européennes à la suite d'un recours en manquement effectué par la Commission sur la transposition de la directive sur la responsabilité des produits défectueux (cf. CJCE, 25 avr. 2002, aff. C-52/00, *Commission c/ France*).

Ceci est parfaitement exact : les concepts communautaires ne sont pas (ou pas toujours) les concepts français, et l'intégration des directives ne peut manquer de troubler le droit existant.

Mais, plutôt que de rejeter ces concepts communautaires – ou de tenter de les cantonner dans les limites du champ d'application de la directive en cause, ce qui conduit évidemment à la désystématisation du droit – pourquoi ne pas prendre de ces concepts ce qu'ils ont de bon et adapter notre système au système communautaire ? Le droit communautaire existe, il est de plus en plus envahissant, touche des domaines de plus en plus nombreux ; n'est-il pas dangereux de ne vouloir le prendre en compte qu'à la marge ? C'est d'ailleurs notre Code civil qui se marginalise ainsi ! Il a été démontré que, sous la multitude et le détail des règles élaborées par les directives et règlements européens, se cachaient des principes et des règles plus générales (cf., sur ce point, les travaux du Groupe Acquis Communautaire) qui peuvent servir à une relecture de notre théorie générale des obligations et spécialement du droit des contrats (cf. Aubry H., *L'influence du droit communautaire sur le droit français des contrats*, PUAM, 2002). Nous pensons que ce n'est pas seulement à une relecture qu'il faut procéder, mais à une remise en ordre – au moins pour certaines parties du Code : tout ce qui vient du Code n'est pas à rejeter, bien au contraire, mais il serait utile que certains pans du droit des obligations soient reconsidérés au regard des règles développées par les instruments communautaires (comp. Fauvarque-Cosson B., *Faut-il un Code civil européen ?* précité, p. 463, selon laquelle « *les inconvénients liés à cette démarche sectorielle* [la démarche jusqu'ici adoptée par la Communauté] *concernent surtout le droit de la consommation, et appellent davantage une clarification du droit communautaire existant qu'une vaste entreprise de codification* ». Nous avons vu que la démarche « *sectorielle* » touchait cependant le droit civil, et donc le Code civil. La conclusion cependant atteinte est la même : l'harmonisation du droit des contrats est nécessaire, elle doit se faire progressivement).

Il est certain que la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux, qui permet le cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle (cf. Dir. Cons. CEE n° 85/374, 25 juill. 1985, JOCE 7 août, n° L 210, p. 29, art. 13) – car c'est bien ici d'une responsabilité délictuelle qu'il s'agit, le producteur (pas le contractant) étant responsable, indifféremment de l'existence d'un contrat – oblige à repenser notre concept de responsabilité délictuelle, trop largement conçu à l'article 1382 et à l'article 1384 ; la distinction qui est faite (à l'article 9 de la directive) entre les dommages causés à la chose elle-même (qui ressort du domaine contractuel) et les dommages causés par la chose (qui appartient au domaine délictuel et ressort naturellement de la directive) est une distinction rationnelle que la jurisprudence française a eu bien du mal à atteindre et qui démontre la nécessité de repenser nos distinctions entre responsabilité contractuelle et délictuelle. Nous avons intégré la directive au Code civil en tentant de l'adapter aux concepts français : réparation intégrale (qui n'est pas nécessairement un concept français : la réparation limitée existe dans de nombreux domaines, par exemple en droit du transport, traditionnellement également en droit du travail [IPP...], avant de repenser la notion de faute inexcusable...), responsabilité ni contractuelle, ni délictuelle (pour ne pas y voir un cumul ? ou seulement parce que nous avons de ces deux responsabilités une vue bien déformée ?), limite à l'exonération pour risque de développement en raison de notre notion large de faute. Mais nous n'avons pas tenté d'adapter les concepts du Code à la directive (ce qui aurait évidemment supposé une réforme d'ampleur). De même, la directive n° 1999/44/CE sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, peut inviter à repenser notre garantie des vices cachés (cf. Dir. Parl. et Cons. CE n° 1999/44, 25 mai 1999, JOCE 7 juill., n° L 171, p. 12 ; Pimont S., *Commentaire de l'avant-projet de transposition de la Directive n° 1994-44 du Parlement européen et du Conseil du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation*, RJ com. 2003, p. 393), sinon notre droit de l'exécution du contrat (comme l'ont fait les allemands, dans leur loi réformant le droit des obligations du 26 novembre 2001, intégrée au BGB et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2002, adoptant par là même un concept unique d'inexécution, eux qui jusque-là distinguaient trois types d'inexécution ayant chacun un régime particulier. Cf., sur l'explication historique de cette conception, Zimmermann R., *The Law of Obligations, Roman foundations of the civilian tradition*, OUP, 1996, spécialement p. 809 et s. ; cf., sur cette réforme, Witz Cl., *La nouvelle jeunesse du BGB insufflée par la réforme du droit des obligations*, D. 2002, p. 3156) : le concept de conformité au contrat n'est pas inadapté à la vente, les différents remèdes ouverts à l'acheteur sont ordonnés et rationnels... Tout n'est pas à jeter dans le droit communautaire.

Certes, on peut craindre dès lors l'emprise de la Cour de justice sur des pans de plus en plus grands de notre droit (cf. Lequette Y., *Le Code civil et la prolifération des sources internationales*, précité, spécialement p. 179) : la Cour de justice deviendrait concurrente de la Cour de cassation dans des domaines où celle-ci a normalement compétence. Si la Directive Garantie des biens de consommation est étendue et intégrée dans notre Code civil, la Cour de cassation devrait-elle, pour les relations entre professionnels, retenir l'interprétation faite par la Cour de justice pour les relations

avec des consommateurs ? Si oui, il s'agit d'une soumission de la Cour de cassation et d'une perte de souveraineté pour la France ; si non, le Code civil perd son harmonie... Pourtant, la perte d'harmonie n'est-elle pas plus grande si c'est non pas l'interprétation d'un concept qui est distincte, mais celle de la garantie des biens toute entière qui est détruite – ce à quoi conduit l'insertion dans le Code de la consommation de cette directive ? Ce n'est pas le Code civil qui est touché, mais c'est bien le droit civil ! Il faudrait, dans ces hypothèses, pour préserver notre système, distinguer selon que la question posée à la Cour de justice concerne une protection spécifique du consommateur et selon que la réponse donnée est adaptée à un litige entre professionnels... mais tant que faire se peut, oui, aligner l'interprétation française sur l'interprétation communautaire.

2. L'euphémisation peut se présenter également, et cette fois contradictoirement, comme un frein à la communautarisation – ou à la bruxellisation (cf. Rémy Ph., Réviser le Titre III du Livre Troisième du Code civil ?, RDC 2004, à paraître). Le droit communautaire n'est ni complet, ni systématique ; si certains concepts, certaines idées, peuvent y être puisés, on ne peut y prendre un système entier ; il ne peut servir seul à l'élaboration d'un Code européen. Les directives et règlements ne peuvent continuer à se développer sans cadre, sans système. C'est donc en dehors du droit communautaire qu'il faut systématiser – rôle traditionnel de la doctrine, et que la doctrine européenne prépare déjà depuis de longues années (cf. Sacco R., Définitions savantes et droit appliqué dans les pays romanistes, RID comp. 1965, p. 612 ; Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe, Dir. Cappelletti M., Steijhoff et Bruylant, 1978, spécialement l'article de David R., Le droit continental, la Common law et les perspectives d'un jus commune, p. 113 et s.), voix perdues dans la nuit jusqu'aux réactions politiques aux interventions communautaires.

L'une des propositions faites dans le plan d'action de la Commission pour un droit européen des contrats plus cohérent du 12 février 2003 (cf. Communication Comm. CE n° 2003/C 63/01, JOCE 15 mars 2003, n° C 63, p. 1) est l'amélioration de l'acquis communautaire par la création d'un cadre commun de référence (pouvant aboutir à l'adoption d'un « *instrument optionnel* », voir *infra*) dans le domaine du droit européen des contrats. La création de ce cadre commun lierait d'une certaine façon les différentes institutions de la Communauté qui devraient veiller davantage à la cohérence de leurs propositions : « *l'objectif poursuivi est d'adopter des dispositions en matière de droit européen des contrats qui présentent un degré élevé de cohérence, tant en ce qui concerne la formulation que la mise en œuvre et l'application* » (plan d'action, point 56). Les concepts élaborés – non pas par les administrateurs de la Communauté mais par la doctrine et les praticiens (« *le contenu détaillé du cadre commun de référence sera fixé sur la base des recherches et contributions des opérateurs économiques* ») – devraient être respectés. Même si ce « *cadre commun de référence* » n'avait pas de valeur normative, il aurait du moins une force persuasive (la Commission n'y voit qu'un « *document accessible au public qui devrait aider les institutions communautaires à assurer une*

plus grande cohérence de l'acquis actuel et futur dans le domaine du droit européen des contrats » [plan d'action, point 59] – sur la valeur normative d'un instrument optionnel éventuellement adopté, voir *infra*).

On peut concevoir de façon différente ce « *cadre commun* » : simple récapitulatif des concepts utilisés par les institutions communautaires, relecture des divers règlements et directives pour les coordonner entre eux. On peut aussi y voir l'occasion d'une véritable systématisation du droit européen des contrats, avec les concepts communautaires, au-delà des concepts communautaires. Si l'élaboration de ce cadre est le fruit de travaux doctrinaux (financés ou non par la Commission), le droit élaboré devrait être du droit savant ; il va sans dire que le projet élaboré par la doctrine *élue* par le 6^e programme-cadre et bénéficiant d'un financement communautaire devrait, avant toute adoption sous forme de « *document officiel* » faire l'objet de discussions savantes... La Communauté elle-même n'est donc pas hostile à une remise en ordre du droit communautaire s'appuyant sur du droit savant. Un Code *formel*, de source nationale ou communautaire, s'appuyant sur ces mêmes travaux souffrirait nécessairement moins de désysématisation.

Dans le même ordre d'idées, l'euphémisation pourrait être un frein à la « *fondamentalisation* » du droit. Le Professeur Y. Lequette dénonce très justement « *l'irruption des droits fondamentaux au sein du droit civil* », la subjectivisation de celui-ci (cf. Lequette Y., Le Code civil et la prolifération des sources internationales, précité, spécialement p. 187 et s.). Or, cette *fondamentalisation* ne touche pas uniquement le droit de la famille ou le droit patrimonial de la famille, mais également, dans une moindre mesure pour le moment, le droit des obligations (cf. Cass. 1^{re} civ., 21 mars 2000, n° 98-11.982, Bull. civ. I, n° 97, p. 65, D. 2000, p. 593, note Atias C., RTD civ. 2000, p. 592, obs. Gautier P.-Y. : c'est le bref délai de l'action en garantie des vices cachés qui était remis en question au regard de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ; la Cour de cassation répond que « *la notion de bref délai énoncée par l'article 1648 du Code civil, si elle est imprécise, n'en est pas moins claire dans son objectif et d'application simple, selon une jurisprudence constante et ne saurait constituer une restriction inadmissible au droit d'agir. Elle est donc compatible avec l'exigence d'un procès équitable au sens de l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme* », mais il n'en reste pas moins que le droit civil des obligations est examiné à l'aune de la Convention – et que la Cour de cassation ne s'appuie pas uniquement sur le texte du Code, mais sur sa propre jurisprudence ; combien de temps nos règles seront-elles considérées comme suffisantes ? ; cf., également, Cass. 3^e civ., 18 déc. 2002, n° 01-00.519, RDC 2003, p. 220, obs. Marais A. ; Cass. 3^e civ., 12 juin 2003, n° 02-10.778, RDC 2004, p. 231, obs. Rochfeld J. ; Cass. 3^e civ., 19 mars 2003, n° 01-03.730, Bull. civ. III, n° 65, p. 59, RDC 2004, p. 457, obs. Debet A. et p. 618, obs. Rochfeld J. ; sur l'ensemble de cette question, cf. Debet A., L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil, Dalloz, 2002). Ici encore, le droit forgé sur un *jus commune* serait sans doute moins susceptible d'encourir les foudres de la Cour européenne. D'autres raisons sont parfois avancées – en particulier par les instances communautaires – à l'unification du droit des obligations (elles ne semblent valables que pour justifier l'unification, non la simple harmonisation des droits) : l'atteinte au fonctionnement du Marché intérieur, la

répercussion des disparités nationales sur l'économie européenne, le coût des transactions pour les particuliers. Mais la communautarisation a un coût pour les Etats et pour les personnes ; il est certain que l'europanisation du droit français aurait également un coût important (l'europanisation du droit des obligations allemand, œuvre de longue haleine [« c'est en 1978 que le Ministre de la justice allemand en posa les premiers jalons » : Witz Cl., Pourquoi la réforme, RID comp. 2002, p. 935], ne s'est pas faite sans coût elle-même). On peut d'ailleurs soutenir, dans une optique libérale, que les disparités nationales créent un état de concurrence favorable à une économie saine (cf., par exemple, Kerber W., *Interjurisdictional Competition within the European Union*, Fordham Int. Law., Journ. 2000, p. 217 ; Muir-Watt H., L'expérience américaine, in Les conflits de lois et le système juridique communautaire, Dir. Fuchs A., Muir Watt H. et Pataut E., Dalloz, Thèmes et commentaires, 2004, p. 145). On ne sait pas davantage dans quelle mesure le coût des transactions serait réduit pour les parties si un instrument unique de droit des contrats était adopté ; l'incertitude liée à l'imprévisibilité du droit applicable ne serait pas nécessairement réduite dans la mesure où il faudrait encore s'assurer d'une interprétation conforme, ce d'autant plus que les principes communs adoptés pourraient être larges (cf. Collins H., *Transaction costs and Subsidiarity in European Contract Law*, in An Academic Green paper on European Contract Law, Dir. Grundmann S. et Stuyck J., Kluwer Law International, 2002, p. 269 et s.). Ces raisons économiques ne nous semblent donc pas déterminantes (cf., dans le même sens, Racine J.-B., Pourquoi unifier le droit des contrats en Europe, Plaidoyer en faveur de l'unification ERA-Forum 2-2002, Special issue on European Contract Law, p. 67) ; c'est d'ailleurs pourquoi ce qui est préconisé ici est non pas nécessairement l'adoption d'un Code civil européen mais, du moins, l'europanisation du Code civil.

II. – LES VOIES DE L'EUROPEANISATION

Deux voies sont possibles à l'europanisation du droit, la voie *savante* d'un côté, la voie *légale* de l'autre : *bottom up* ou *top down*. L'une lente, qui repose sur la circulation des idées ; l'autre rapide, qui impose l'unification des droits. L'une préservant la souveraineté des Etats, l'autre forçant la fédéralisation du droit. L'une et l'autre ne sont cependant pas aussi éloignées qu'on pourrait le croire de prime abord. La voie *savante*, dans les pays légalistes comme le nôtre, ne peut être efficace que dans la mesure où elle imprègne l'ensemble des artisans du droit, et donc la loi elle-même. La voie *légale* – du moins telle qu'elle est envisagée actuellement par la Commission dans son plan d'action – n'imposerait pas nécessairement l'unification des droits.

1. **L'europanisation du Code peut se faire par la voie savante**, c'est-à-dire par l'utilisation générale du droit comparé (le droit comparé se présente ainsi comme une méthode pour accéder au jus commune – sur les différentes acceptions du *jus commune*, cf. Gaudemet J., Du Jus Commune au droit communautaire, in Clés pour le siècle, Panthéon-Assas, 2000, p. 1011). Le droit comparé comme source de réforme du Code civil n'est certes pas une idée nouvelle. Larnaude, en 1904, rappelait que P. Gide en 1866 notait, « après

avoir observé que nos Codes ont étendu leur influence ou leur empire sur tout le centre et le midi de l'Europe, au commencement du XIX^e siècle [que] les lois de ces Etats, formées d'abord à l'école de la nôtre, s'étaient développées, émancipées et qu'elles pourraient (...) fournir en retour, au législateur français, plus d'un enseignement » (cf. Larnaude, précité, spécialement p. 907 ; sur le droit comparé depuis la création de la Société de législation comparée en 1869, cf. Ancel M., Cent ans de droit comparé en France, in Livre du centenaire de la société de législation comparée, p. 7 ; cf. David R., Renaissance de l'idée de jus gentium, in Le droit comparé, droits d'hier, droits de demain, Paris, Economica, 1982, p. 321 ; cf. Oppetit B., Droit commun et droit européen, L'internationalisation du droit, Mélanges Y. Loussouarn, p. 311). Le droit comparé est devenu indispensable aujourd'hui (cf. Glenn H.-P., Vers un droit comparé intégré ?, in L'avenir du droit comparé, un défi pour les juristes du nouveau millénaire, Soc. Législation comparée 2000, spécialement p. 105 ; Fauvarque-Cosson B., L'enseignement du droit comparé, RID comp. 2002, p. 293 ; et, du même auteur, Droit comparé et droit international, amis ou ennemis ? La réponse, RID comp. 2003, p. 530) : l'ouverture des frontières européennes, la mondialisation du commerce et des dommages rendent nécessaires non seulement la connaissance des autres droits, mais encore l'adaptation des droits les uns aux autres. Certes, on pourrait soutenir que le droit international privé suffit à pallier l'inadaptation des droits – il a des mécanismes propres qui le lui permettent (qualification, renvoi, fraude à la loi, etc. ; cf. Sonnenberger H.-J., L'harmonisation du droit des contrats est-elle nécessaire ? Le pour et le contre, in Special Issue on European Contract Law, Era-Forum 2002-2, p. 62) ; et nous ne pensons pas que la complexité du droit international privé le rende inapte à régir les relations entre personnes privées ressortissant d'Etats différents. Certes, le droit international privé souffre actuellement d'une grande « complexification » et, ce, en raison, au moins en partie à la communautarisation du droit : d'une part, le droit communautaire a, depuis le Traité d'Amsterdam, compétence (ou pris compé-

« On ne sait pas davantage dans quelle mesure le coût des transactions serait réduit pour les parties si un instrument unique de droit des contrats était adopté (...) »

tence) pour unifier le droit international privé des Etats membres ; d'autre part, par le biais de directives, il perturbe très souvent les règles de conflit établies (cf., sur la communautarisation du droit international privé, Fuchs A., Muir-Watt H. et Pataut E. [Dir.], Les conflits de lois et le système juridique communautaire, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2004. Pour une façon de traiter ces relations difficiles, dans le sens de l'europanisation, cf. Rémy-Corlay P., Contrats à distance et conflits de lois, in RED consom. 2004, à paraître). L'ignorance des droits étrangers, la difficulté, voire la réticence, que juges et praticiens éprouvent à appliquer les règles de droit international privé sont bien réelles ; l'unification des règles de conflit, dans l'ordre international

ou européen et, en matière contractuelle, depuis la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, entrée en vigueur en avril 1991, pourrait rendre moins périlleuses ces difficultés ; pourtant, les règles de conflit unifiées sont, me semble-t-il, bien plus délicates à appliquer que les règles de conflit issues de la jurisprudence française fin XIX^e et pendant une bonne moitié du XX^e siècle sous l'influence de la doctrine. Cependant, un tel argument militerait davantage pour une application générale de la *lex fori* (retour à une territorialisme primaire) que pour une modification de notre propre droit sous l'influence de droits étrangers – qui peut être également difficile à mettre en œuvre pour les praticiens et sera très certainement coûteuse (cf. Lequette Y, Quelques remarques à propos du projet de Code civil européen de von Bar M., précité). Enfin, nous ne pensons pas que l'europanisation du droit abolisse tout recours au droit international privé (cf. Fauvarque-Cosson B., Droit comparé et droit international, amis ou ennemis ? La réponse, précité, p. 530).

Mais il n'empêche que les droits des Etats membres doivent s'europaniser, c'est-à-dire se construire en contemplation les uns des autres – et non pas en luttant chacun pour ses propres concepts ; ce qu'il faut, c'est que « *d'un débat entre intelligences multiculturelles du droit, une même voix finisse par s'exprimer, la voix d'un droit juste* » (cf. Carbonnier J., Réflexions marginales, in Académie des privatistes européens, Code européen des contrats, Avant projet, Coord. Gandolfi G., Livre I, Milan, Giuffrè, 2004, XVII). Si le conflit de lois occupe une place importante aux Etats-Unis, malgré le fédéralisme, on observe cependant une grande communauté de droit d'un Etat à l'autre ; c'est cette communauté qui permet la reconnaissance automatique, par la *full faith and credit clause*, des décisions d'un Etat à l'autre, et donc la circulation aisée des jugements. La Communauté est en train d'imiter cela, à sa façon, d'une part, en favorisant la circulation des jugements par l'élaboration de Règlements sur le conflit de juridiction et la reconnaissance et l'exequatur des jugements (cf. Règl. Cons. CE n° 44/2001, 22 déc. 2000, JOCE 16 janv. 2001, n° L 12, p. 1, dit « *Règlement Bruxelles I* » ; Règl. Cons. CE n° 2201/2003, 27 nov. 2003, JOCE 23 déc., n° L 338, p. 1, dit « *Règlement Bruxelles II bis* », abrogeant Règl. Cons. CE n° 1347/2000, 29 mai 2000, JOCE 30 juin, n° L 160, p. 19, dit « *Règlement Bruxelles II* » ; Règl. Cons. CE n° 1346/2000, 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité, etc.) ; d'autre part, par le développement du principe de reconnaissance mutuelle qui serait exprimé dans diverses directives par le recours à ce qu'il est convenu d'appeler la loi d'origine. Ce dernier principe ne jouerait que dans le domaine coordonné, ou harmonisé (on peut y voir le jeu d'une règle de conflit simplifiée, spéciale à l'ordre communautaire, ordre interne – cf. Rémy-Corlay P., précité). L'europanisation des droits des Etats membres serait donc naturelle dans la mesure où se développe cette « *fédéralisation* » du droit. Elle permettrait en outre de simplifier le droit international privé dans les relations intra-communautaires (nouvel ordre interne ; les règles de conflit intra-communautaires pouvant retrouver leur « *neutralité* » nécessaire puisque le droit substantiel serait harmonisé).

L'europanisation du droit ne peut se faire sereinement que par l'utilisation, pour parler à la manière

du Professeur H.-P. Glenn, d'un droit comparé intégré (cf. Glenn H.-P., précité), c'est-à-dire présent dans l'œuvre législative, jurisprudentielle et doctrinale.

C'est le droit comparé qui devrait servir à la réforme du Code civil, envisagée semble-t-il en matière de droit des obligations et des sûretés. Les objets de la comparaison seraient multiples, puisque outre les droits étrangers il faudrait tenir compte à la fois du droit communautaire et des propositions doctrinales de droit commun (qui tiennent compte elles-mêmes cependant et des différents droits des Etats européens et, dans une moindre mesure nous semble-t-il, du droit communautaire). En particulier, pour le droit des contrats, c'est le droit savant tel qu'il a été pensé dans les Principes Lando et l'Avant-projet Gandolfi qui pourrait servir de source « *à discuter* ». Principes Lando et Avant-projet Gandolfi ont peu fait jusqu'ici l'objet d'analyse de fonds par la doctrine française (cf., cependant, Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, Dir. Fenouillet D. et Rémy-Corlay P., D. 2003, Thèmes et commentaires ; Regards croisés sur les Principes du droit européen du contrat et sur le droit français, Dir. Prieto C., PUAM, 2003). Certaines propositions sont cependant déjà faites en ce sens (cf. Rémy Ph., Faut-il réviser le titre III du Livre III, précité) qui montrent l'intérêt que pourrait trouver le droit français des obligations à puiser dans ces sources. L'un des objectifs de ces instruments est de « *s'appliquer en tant que règles générales du droit des contrats dans l'Union européenne* » (art. 1.101 [1]) ; (« *les Principes Unidroit prétendaient "servir de modèle aux législateurs nationaux et internationaux"* » (Préambule). Mais, avant qu'ils ne deviennent modèles, il faut les discuter – voire les éprouver (ce qui est fait pour les Principes Unidroit, par leur utilisation en matière de commerce international – cf. Seraglini, Du bon usage des Principes Unidroit dans l'arbitrage international, Revue de l'arbitrage 2003, p. 1101) –, mesurer leur rationalité dans le détail des règles autant que dans les principes généraux qu'ils énoncent (Sections 1 et 2 du Chapitre 1^{er} pour les Principes européens, Dispositions préliminaires pour l'Avant-projet ; cf. Ancel B., Auctoritate rationis, Le droit savant du contrat international, in Clés pour le siècle, Panthéon Assas, 2000, p. 265, qui observe [p. 278], à propos des Principes Unidroit, « *C'est [leur] rationalité qui imposera les Principes, et les dotera d'une effectivité à la mesure de celle qu'ils font espérer pour le droit uniforme* »). L'avantage de ces « *propositions doctrinales* » est qu'elles se présentent comme systèmes de droit des contrats – contrairement au droit communautaire. En tant que systèmes, elles créent donc, à partir du droit comparé, leur propre vocabulaire, leurs propres concepts. Les termes choisis ne correspondent pas nécessairement à ceux que l'on connaît en droit interne, mais ils prennent leur sens « *autonome* » par le système qui est proposé (cf. Rémy-Corlay P., Observations sur la version française des Principes du droit européen du contrat, RID comp. 2004, p. 205). La langue utilisée dès lors importe peu ; ce qu'il faut, c'est discuter les concepts proposés et voir si le système est cohérent. C'est sans doute ce que fera la commission chargée de la réforme du droit français des obligations...

L'œuvre jurisprudentielle ne peut davantage – et par suite – faire l'économie de l'étude de ces propositions de texte. C'est aux juges d'éprouver leur cohérence. Là où le Code est lacunaire, sujet à interprétation,

etc., le juge est libre d'utiliser les Principes européens ou l'Avant-projet Gandolfi, ou de s'inspirer des droits étrangers. On voit cette utilisation par les juges du droit étranger dans de nombreux pays, particulièrement dans les pays de *common law* (on note d'ailleurs une décision anglaise analysant les Principes européens), mais également dans certains pays de droit civil (en Suisse, aux Pays-Bas - cf. van Erp S., *The use of the Comparative Law method by the Judiciary - Dutch National Report*, in Drobnig et van Erp, *The Use of Comparative Law by Courts*, La Haye, Londres, Boston, Académie internationale de droit comparé, Kluwer, 1997, p. 97). La lecture des décisions de la Cour de cassation est évidemment plus délicate étant donnée la faiblesse de la motivation ; il est certain que la Haute Juridiction ne cite ni les textes de lois étrangers, ni les décisions étrangères à l'appui de ses propres choix. *A fortiori* ne s'appuie-t-elle pas sur ces instruments a-nationaux que constituent les Principes Lando et Gandolfi. Cela ne signifie pas cependant que la Cour de cassation ne prenne pas en considération les droits étrangers (cf. Legeais R., L'utilisation du droit comparé par les tribunaux, Rapport français, in *The Use of Comparative Law by Courts*, précité, p. 235 et s.) ; le fait que le Premier Président de la Cour de cassation soit également président de la Société de législation comparée démontre, s'il le faut, l'intérêt porté au droit comparé. On ne peut d'ailleurs reprocher aux juges français d'être indifférents aux droits européens. Ils prennent souvent le pas sur le législateur pour acclimater un texte communautaire qui n'aurait pas été intégré dans les temps (cf., par exemple, Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 1996, n° 93-19.160, Bull. civ. I, n° 304, p. 211, D. 1996, jur., p. 610, note Lambert-Faivre Y., anticipant la transposition de la directive sur la responsabilité du fait des

« On ne peut d'ailleurs reprocher aux juges français d'être indifférents aux droits européens. Ils prennent souvent le pas sur le législateur pour acclimater un texte communautaire qui n'aurait pas été intégré dans les temps (...) »

produits défectueux) ; de façon plus générale, ils ont développé ou introduit des concepts que l'on retrouve dans les Principes européens ou l'Avant-projet : bonne foi, économie du contrat, loyauté, résolution unilatérale (une étude un peu plus poussée montre cependant que ceux-ci ne sont pas toujours utilisés de la même façon en droit français que dans ces propositions doctrinales ; il y manque certains critères - sans doute le temps apporterait-il certaines systématisations)... Ce qui fait penser que le temps « *que l'"eurocode" se fasse, le droit français des contrats aura non seulement atteint un haut degré de compatibilité avec lui mais même aura promu sur certains points un "standard" de protection des droits du contractant encore plus avancé* » (Putman E., précité, spécialement p. 102). Il n'est d'ailleurs pas nécessairement bon que le « *standard*

de protection des droits du contractant » soit plus avancé que dans ce qui est proposé dans les Principes Lando ou Gandolfi. Ces projets tentent de préserver l'équilibre entre les intérêts de chacun des cocontractants, recherchant l'économie du contrat, la satisfaction de l'attente légitime du créancier et celle du débiteur (prise en compte du fait du créancier qui n'est pas conçu comme le fait de la victime - cf. Principes Unidroit, art. 8. 101, Principes Avant-projet Gandolfi, art. 167)..., critères généralement objectifs qui ne laissent au juge, dont les pouvoirs d'intervention sont augmentés, que des marges d'appréciation somme toute assez réduites ; il n'y a là aucune victimisation ni du créancier, ni du débiteur... ce qui semble souvent être la tendance française. On notera encore que certaines « *propositions* » sont également rejetées par la jurisprudence ; ainsi de la « *mitigation of damages* » (cf. Principes Unidroit, art. 9.505 et Avant-projet Gandolfi, art. 167-2) dans deux arrêts rendus certes en matière délictuelle, mais dont la généralité semble rendre la règle instaurée applicable en matière contractuelle ; ou encore de l'admission de la « *théorie de l'imprévision* ». Le droit français aurait encore plus à apprendre du concept d'inexécution retenu par les Principes Lando (cf. art. 8-101 et s. ; cf. Faure-Abbad M., *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, Thèse Poitiers, LGDJ, 2003, p. 310).

Il est dommage cependant qu'on ne puisse plus aisément déterminer la façon dont le droit comparé est utilisé par les organes judiciaires et il serait aujourd'hui sans doute opportun que la Cour de cassation puisse s'appuyer sur les Principes Lando ou Gandolfi (on note ainsi certains arrêts de la Cour d'appel de Grenoble qui s'appuient sur les Principes Unidroit : cf. CA Grenoble, 24 janv. 1996, JDI (Clunet) 1997, p. 115, note Kahn Ph., *Revue de l'arbitrage* 1997, p. 87, obs. Derains Y. ; CA Grenoble, 23 oct. 1996, *Rev. crit. DIP* 1997, p. 756, note Sinay-Cytermann) ; il ne serait pas inenvisageable que la Cour de cassation s'y réfère un jour, puisqu'elle accepte de s'appuyer sur les *Principes du droit international privé* (cf., par exemple, l'arrêt *Schule*, Cass. 1^{re} civ., 18 oct. 1988, n° 86-16.631, Bull. civ. I, n° 293, p. 199, *Rev. crit. DIP* 1989, p. 368, chron. Lequette Y., p. 277) ou, encore, sur les *principes qui régissent la compétence juridictionnelle internationale* (cf., par exemple, l'arrêt *Simitch* : Cass. 1^{re} civ., 6 févr. 1985, n° 83-11.241, Bull. civ. I, n° 55, p. 54, *Rev. crit. DIP* 1985, p. 369, JDI (Clunet) 1985, p. 460, note Huet A.).

La doctrine a évidemment un rôle à jouer dans l'europeanisation du droit civil. On peut noter la pauvreté de l'enseignement du droit comparé. Généralement, un semestre en maîtrise, introduction au droit comparé portant généralement sur la méthode comparative et les grands systèmes (ce que l'on peut en apercevoir en un semestre de cours) auxquels s'ajoutent parfois un cours de droit administratif comparé et un cours de droit pénal comparé (cf., cependant, sur les progrès de l'enseignement du droit comparé, David R., *La place actuelle du droit comparé en France dans l'enseignement et la recherche*, in *Livre du centenaire de la société de législation comparée*, p. 51 et s.). Il existe cependant des troisièmes cycles de droit comparé ou favorisant l'étude de droits étrangers ; et les programmes d'échanges entre étudiants (ERASMUS, SOCRATES,...) se sont multipliés qui permettent d'accéder aux droits étrangers de la façon la meilleure (et la plus stimulante). Il n'est pas sûr que cela suffise à la formation d'un *jus commune*.

Celui-ci n'est possible que si un droit savant est enseigné et tel n'est pas le cas, du moins en France. Les étudiants sont asphyxiés sous le nombre de matières techniques. En 1965, R. Sacco observait qu'un « *enseignement qui présente les données communes comme l'essentiel du droit et les spécificités*

**« La position
de la Commission est,
on le voit, assez souple : elle
ne propose pas, du moins
pour le moment, l'adoption
d'un Code européen
des obligations. »**

des droits nationaux comme l'élément contingent et variable de la règle juridique peut être une base solide pour la formation d'un droit commun européen » (Sacco R., précité, p. 107). Ce ne sont donc pas les matières techniques que doivent enregistrer nos étudiants. « *Il serait évidemment grand temps (...) de recentrer l'enseignement juridique universitaire sur les seules matières de formation : le retour à l'unité juridique de l'Europe (qui n'est pas l'uniformité) est à ce prix* » (Oppetit B., Retour à un droit commun européen, Droit et modernité, PUF, 1998, p. 73 et s., spécialement p. 82). Ici encore, on aurait peut-être intérêt à se pencher sur les systèmes étrangers, en particulier le système anglais, qui propose aux étudiants, en trois ans, les seuls cours fondamentaux, chaque étudiant n'assistant qu'à 3 ou 4 cours par an, tous assortis de travaux dirigés... Si l'on veut que les saveurs du droit français imprègnent les étudiants étrangers, et leur donnent le goût d'y puiser, sans doute ne faut-il pas les enfermer dans les descriptions des aléas législatifs, des retournements jurisprudentiels, dans la technique du droit. Celle-ci s'apprend par la pratique (il serait dès lors préférable d'alléger les enseignements - enseignements fondamentaux - et de favoriser les stages). Il faudrait que, comme le souhaite R. Sacco, le *jus proprium* ne soit enseigné que par comparaison au *jus commune*. Si tout ceci n'est qu'un rêve, peut-être serait-il possible de le réaliser, en partie au moins (cela commence à se faire), par la création de cursus particuliers, pour certains étudiants. Les collègues développent aujourd'hui, pour les bons élèves, des « *classes européennes* », où l'apprentissage des langues étrangères est plus assidu ; il faut continuer cela dans les Facultés de droit en ne proposant à ces étudiants que les matières fondamentales, étudiées de manière plus approfondie et orientées vers l'apprentissage des droits étrangers. Au-delà de l'enseignement, c'est évidemment dans la recherche comparative que doit s'orienter la doctrine ; elle s'y met certainement (cf. Picard E., L'état du droit comparé en France en 1999, in *L'avenir du droit comparé*, précité, p. 149). L'effort est cependant loin encore d'être abouti : l'accès aux droits étrangers est difficile et n'est pas facilité par l'absence de traduction d'ouvrages majeurs étrangers (il nous faut des Guenoux pour traduire les Savigny des temps modernes... mais au dire des éditeurs, ils coûtent aujourd'hui trop chers. La « *gestion à flux tendu* » est un frein

à l'eupéanisation du droit [le Tome IX de Savigny a été réédité par les éditions Panthéon-Assas, pour les internationalistes, mais il était déjà traduit !] ; il nous manque également des « *ouvrages de droit européen* » (tels celui de R. Zimmermann sur les origines romaines de la tradition civiliste du droit des obligations ; celui de Wieacker, sur l'histoire du droit privé en Europe, ou encore ceux de von Bar M. [droit européen de la responsabilité délictuelle] ou de MM. Kötz et Flessner [droit européen du contrat]. Ouvrages allemands, tous traduits en anglais et en de multiples autres langues...), qui existent ailleurs, mais pas en français, ni par des Français.

Cette voie souple de l'eupéanisation, personne ne la conteste ; il faut espérer qu'elle soit véritablement mise en œuvre. L'autre voie, la voie communautaire, est évidemment plus contestée ; elle n'est pas nécessairement plus rigide que la voie savante.

2. La voie légale.

C'est ce que propose la Commission européenne dans son Plan d'action du 12 février 2003. Ce plan d'action fait suite aux réactions de la doctrine et des praticiens à sa communication de juillet 2001 (cf. Communication Comm. CE, 11 juill. 2001, n° 398 final, JOCE 13 sept., n° C 255, p. 1) et à la réaction du Parlement à cette même communication (cf. Doc. PE, 15 nov. 2001, n° A5-0384/2001, JOCE 13 juin 2002, n° C 140 E, p. 538) ; le processus d'eupéanisation du droit des contrats avait préalablement été initié par les résolutions du Parlement européen du 26 mai 1989 (cf. Doc. PE, 26 mai 1989, JOCE 26 juin, n° C 158, p. 400) et du 6 mai 1994 (cf. Doc. PE, 6 mai 1994, JOCE 25 juill., n° C 205, p. 518), et par la tenue du Conseil de Tampere (SI (1999) 800). Outre la création d'un cadre commun de référence, c'est l'adoption d'un texte par voie de recommandation ou par voie réglementaire qui est proposé, texte qui serait optionnel pour les parties (*opting in* si les parties doivent expressément opter pour le texte, *opting out* si leur silence rend le texte applicable ; elles peuvent alors néanmoins s'opposer à son application).

La position de la Commission est, on le voit, assez souple : elle ne propose pas, du moins pour le moment, l'adoption d'un Code européen des obligations.

Qu'on ne se y trompe pas cependant. L'adoption d'un règlement laissant aux parties la possibilité d'éviction (système de l'*opting out*) serait équivalente à l'adoption d'un Code. Ce règlement couvrirait aussi bien ce que l'on appelle l'acquis communautaire - c'est-à-dire les directives et règlements pris sur la base du Traité CE - que ce qui pour le moment est laissé en dehors du droit communautaire parce que l'Union n'a pas de compétence générale, mais une compétence uniquement subsidiaire (droit des contrats, du délit, régime des obligations en général ; ce qui pose évidemment le problème de la compétence communautaire pour édicter un tel règlement, en raison des principes de subsidiarité et de proportionnalité ; *contra* Basedow J., *The Case for a European Contract Act, An academic Green paper on European Contract Law*, Dir. Grundmann et Stuycks, Kluwer, 2002, p. 147, spécialement p. 154 et s., qui favorise une interprétation large de l'article 95 CE permettant l'intervention communautaire en matière contractuelle. Une décision de la Cour de justice du 5 octobre 2000 - premier arrêt *tabac* - semblait bien promouvoir une interprétation restrictive de l'article 95 [cf. CJCE, 5 oct. 2000, aff. C-376/98, Allemagne c/ Parlement et Conseil] ; dans le

second arrêt *tabac*, du 10 décembre 2002, la Cour de justice semble, au contraire, adopter une vision très large du champ de compétence communautaire [cf. CJCE, 10 déc. 2002, aff. C-491/01, *British American Tobacco (Investments) Ltd et Imperial Tobacco Ltd*], les critères du principe de subsidiarité étant remplis dès lors qu'on trouve une divergence entre les dispositions des Etats membres, une évolution hétérogène des législations nationales, et une meilleure réalisation au niveau communautaire de l'objectif d'harmonisation...). Il serait en effet curieux que le règlement laisse de côté l'acquis communautaire, alors même que son objet est une remise en ordre, une systématisation de cet acquis, dans le prolongement du Cadre commun de référence.

Or, l'acquis communautaire, en matière de droit des obligations, est essentiellement, sinon exclusivement, du droit impératif. On ne peut imaginer que ce qui est pour l'heure impératif devienne supplétif par l'effet de l'adoption d'un règlement optionnel. Les règles impératives cohabiteront donc avec des règles supplétives... ce qui est le propre d'un Code ! Quelques difficultés seraient évidemment à résoudre pour la construction d'un tel « Code » : le droit impératif, s'il est en grande partie issu du droit communautaire, n'a pas été partout transposé de la même façon. Ce qui a été adopté sous forme de directive *a minima* se « réglementariserait »... et deviendrait impératif pour les Etats. A moins qu'on ne laisse les options étatiques telles qu'elles existent et obligerait toujours au recours du droit international privé même pour les situations intra-communautaires.

Le fait que les parties puissent opter pour l'application de ce règlement (système de l'*opting in*, plutôt qu'elles aient à le rejeter), ne modifie pas véritablement cette analyse. Cela vient priver cependant le règlement de l'efficacité désirée. Seul le droit impératif serait applicable, à défaut de choix des parties ; les droits nationaux continueraient de s'appliquer pour le reste, avec le recours à la méthode conflictualiste en cas de litige international ou intra-communautaire. Le système qui en résulterait serait évidemment très complexe puisque le principe serait l'application cumulée des règles impératives du droit communautaire (telles que présentes dans le règlement ou telle qu'elles ont été transposées par les

Etats ?) et des règles impératives et supplétives des droits internes... Finalement, les difficultés actuelles ne seraient pas résolues : en droit interne (à supposer que le règlement soit également applicable aux situations purement internes), à défaut de choix des parties en faveur du règlement, on continuerait d'appliquer une dualité de règles, celles issues du droit communautaire dans certains domaines, celles du Code civil dans d'autres ; en droit international intra-communautaire, il faudrait veiller tout à la fois au respect du droit communautaire impératif – conçu sans doute comme loi de police – et à l'application de la loi désignée par la règle de conflit.

Si un règlement était adopté, il serait donc préférable qu'il ne soit pas optionnel (les parties pouvant toujours évincer les règles supplétives). Mais ce « Code » adopté devrait faire l'objet d'amples discussions – outre celles sur la compétence communautaire, sur le fonds même du droit impératif et supplétif.

La voie de la recommandation présente évidemment moins d'effectivité. Il s'agirait d'un système proposé aux Etats comme aux parties, construit en dehors des règles impératives existantes (même si certaines idées peuvent y être puisées). Cette voie *douce* de la communautarisation rejoindrait alors celles des propositions doctrinales des Commissions Lando et Gandolfi. Elle aurait pour avantage de donner aux principes élaborés une période de test. Si la « recommandation de Code » est bonne, on pourrait voir les législateurs et les juges communautaires y puiser – il serait bon d'ailleurs, au sujet des juges communautaires, de créer à cet égard une chambre à la Cour de justice spécialisée en droit privé substantiel (cf. Van Gerven, précité, spécialement p. 405 et s.) ; de la même façon, législateurs et juges nationaux pourraient s'en inspirer ; les professeurs pourraient la commenter et l'enseigner comme « droit commun » à comparer avec notre *jus proprium*. Le seul avantage de cette « recommandation » sur les principes doctrinaux existants serait qu'elle se pose comme issue de la loi – ce qui rassure les légalistes. Sa force ne serait pas autrement supérieure, mais elle participerait à une européanisation progressive du droit. ■

LEXposia

5^{ème} Salon Européen du Droit, de l'Audit et du Conseil

3 & 4 décembre 2004

PALAIS DES CONGRÈS DE PARIS



Pour tous renseignements et inscriptions
www.lexposia-events.com

LEXposia - 8 rue de Valmy - 93100 Montreuil - Tél. : 01 56 93 38 91 - E-mail : lexposia@lexposia.com

PLUS RAPIDE
AGRAFEZ VOTRE
CARTE DE VISITE

Pour éviter toute file d'attente à l'entrée du salon, recevez votre «Pass» en retournant le bulletin d'inscription à :
Agence LEXposia • Service logistique • 8 rue de Valmy • 93107 Montreuil • Tél. : 01 56 93 38 91 • Fax : 01 48 70 89 46

JE M'INSCRIS AU SALON EN RÉGLANT PAR CHÈQUE À L'ORDRE DE LEXPOSIA SA (AVANT LE 15 NOVEMBRE 2004) :

PASS	PRESTATION	PROFESSIONNEL	ETUDIANT/STAGIAIRE*
<input type="checkbox"/> PASS EXPOSITION	Exposition, Espace Recrutement, Cocktail du samedi (Ne donnant pas accès au programme des conférences)	15,00 € TTC	5,00 € TTC
<input type="checkbox"/> PASS MEDIUM	Pass Exposition + Conférences, Ateliers, Sessions de formation	120,00 € TTC	80,00 € TTC
<input type="checkbox"/> PASS OPTIMUM	Pass Medium + Village VIP, Déjeuner du Vendredi, Petits déjeuners	160,00 € TTC	110,00 € TTC

Avion : Air France agrément AXZE DROIT - Centrale de réservation : 0 820 820 820

Je souhaite recevoir un coupon de réduction SNCF

* joindre une copie de la carte d'étudiant

Nom : Prénom : Raison sociale :

Activité :

Adresse :

Code Postal : Ville : Pays :

Tél. : Fax :

E-mail :



Marchés publics et concurrence : liberté, égalité, transparence

Par sa célèbre décision « *Million et Marais* », le Conseil d'Etat, s'il n'en reconnaissait pas l'applicabilité, consacrait l'opposabilité du droit de la concurrence aux actes administratifs. Qu'il s'agisse d'un aboutissement ou d'une « *première marche* », cette décision témoigne en tout état de cause de l'existence de rapports particuliers et évolutifs entre le droit des marchés publics et les impératifs de concurrence.

4686

■ MARCHE PUBLIC
■ CONCURRENCE

« *La décision Million et Marais ne doit pas être regardée comme un aboutissement mais comme la première marche d'une évolution...* » (Concl. com. gouv. Combrexelle J.-D. sous CE, 17 déc. 1997, n° 181611, Ordre des avocats à la Cour de Paris, à propos de CE, 3 nov. 1997, n° 169907, Société Million et Marais, Rec. CE 1997, p. 406).

Par cette célèbre décision, le Conseil d'Etat, s'il n'en reconnaissait pas l'applicabilité, consacrait l'opposabilité du droit de la concurrence aux actes administratifs. Qu'il s'agisse d'un aboutissement ou d'une « *première marche* », cette décision témoigne en tout état de cause de l'existence de **rapports particuliers et évolutifs entre le droit des marchés publics et les impératifs de concurrence.**

Une évolution en forme de décloisonnement des droits public et privé et d'une meilleure interpénétration des règles, en vue d'une plus grande efficacité réglementaire.

Depuis cet arrêt, du 3 novembre 1997, la jurisprudence administrative a encore évolué, au point que certains avancent même désormais que les dispositions du droit de la concurrence seraient pleinement applicables aux marchés publics, ce qui nécessite pour le moins, et encore aujourd'hui, confirmation.

En parallèle, le pouvoir réglementaire est venu apporter son soutien à la « *longue marche* » jurisprudentielle. Une étape a ainsi été doublement franchie avec l'adop-

tion du Code des marchés publics issu du décret n° 2001-270 du 7 mars 2001, les dispositions de droit de la concurrence *stricto sensu* (telles qu'issues du Code de commerce et des articles 81 et 82 du Traité CE) étant pleinement visées par le texte.

En premier lieu, le Code des marchés publics est venu mentionner expressément que « *l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics* » sont notamment assurées par le respect des obligations de mise en concurrence, mettant ainsi ce principe en exergue.

En second lieu, on retiendra également la rédaction de l'article 51 du Code des marchés publics qui subordonne depuis – l'article 51 du Code des marchés publics n'ayant pas été modifié par le décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 – la validité de la constitution de groupements pour la soumission à des appels d'offres au « *respect des règles relatives à la liberté des prix et à la concurrence* ».

Le récent décret du 7 janvier 2004, portant nouveau Code des marchés publics a, quant à lui, notamment pour effet de placer le maître de l'ouvrage en situation d'établir lui-même dans un nombre significatif d'hypothèses, les modalités de mise en concurrence des entreprises soumissionnaires.

Ainsi, outre les règles spécifiques du Code des marchés publics, et les principes généraux du droit applicables en la matière, l'acheteur public est également chargé de respecter et, dans une certaine mesure, de faire respecter le droit de la concurrence.

Ce dernier, par les obligations qu'il impose aux soumissionnaires, vient « *au secours* » de l'acheteur public dans la mise en œuvre



► Jean-Christophe Grall

Avocat à la cour
MG -
Meffre & Grall



► Erwan Le Morhedec

Avocat à la cour
MG -
Meffre & Grall

de sa tâche d'intérêt général, mais il reste toutefois à l'acheteur public à assurer l'organisation efficace de la commande publique dans le respect tant des principes fondamentaux de droit public, d'une part, que du droit de la concurrence, d'autre part.

I. – LE DROIT DE LA CONCURRENCE « AU SECOURS » DE L'ACHETEUR PUBLIC

L'acheteur public peut certes se trouver confronté, dans son organisation « solitaire » de la mise en concurrence des soumissionnaires, à la créativité anticoncurrentielle et/ou à la puissance économique de certains soumissionnaires, mais le droit de la concurrence vient à son secours en donnant valeur de principe à sa pleine et entière information, une valeur parfois même supérieure aux « dogmes » habituels du droit de la concurrence.

Le respect du droit de la concurrence *stricto sensu* suppose donc l'application d'un principe essentiel de transparence qui serait peut-être mieux traduit juridiquement en une « obligation de délivrer une information sincère » mise à la charge des candidats.

On retrouve bien évidemment parmi les pratiques anticoncurrentielles qui interviennent dans le cadre de la soumission à des marchés publics les pratiques très classiques de répartition de marchés, d'ententes sur les prix en vue de maintenir des prix artificiellement élevés, etc.

Ces pratiques trouvent cependant leur véritable spécificité au regard des marchés publics en ce qu'elles visent à tromper l'acheteur public (si l'on exclut, à ce stade, le cas de la connivence de l'acheteur public) sur l'état de la concurrence et du marché.

Ainsi, quand bien même pourrait-on penser que cette prescription relève davantage des règles de droit public applicables, les autorités de la concurrence veillent attentivement à la sincérité des soumissions. Cette recherche d'une information sincère se retrouve dans le cadre de la répression de toutes formes d'atteintes à la concurrence, que ces atteintes soient **structurelles** – par la voie de rapprochements entre entreprises – ou **comportementales**.

A. – Les atteintes structurelles à la concurrence et à la sincérité des soumissions

Les atteintes structurelles à la concurrence recouvrent notamment la constitution de groupements mais, également, les pratiques de sous-traitance ou de sub-délégation, ainsi que certains cas de soumission par des entreprises appartenant à un même groupe, hypothèse que l'on pressent plus particulièrement fréquente dans le cadre des marchés publics voire presque inévitable lorsque l'on connaît l'organigramme de certains groupes.

1° La constitution de groupements « utiles »

Il convient de préciser de prime abord que la constitution de groupements n'est pas illicite par principe,

que ce soit au regard des règles du Code des marchés publics ou au regard des règles du droit de la concurrence.

En effet, loin d'être automatiquement néfastes à la concurrence, les groupements peuvent être pro-concurrentiels dans la mesure où ils permettent à des entreprises de petite ou moyenne taille de rivaliser avec des entreprises de grande taille pour l'attribution de certains marchés (cf. CA Paris, 1^{er} ch., sect. H, 16 oct. 2002, SNC SAES, BOCCRF 28 nov., p. 1140 ; également, Cons. conc., déc. n° 98-D-26, 7 avr. 1998, Marché de la rénovation des installations de chauffage du parc scientifique technologique de Luminy ; Cons. conc., déc. n° 03-D-19, 15 avr. 2003, Marché des granulats dans le département de l'Ardèche, BOCCRF 8 oct., p. 667). Le Conseil de la concurrence l'a notamment relevé dans un avis n° 99-A-16 du 26 octobre 1999, en considérant que la pratique concernée pouvait « même être favorable à l'exercice de la concurrence dans la mesure où elle [permettait] à des petites entreprises de participer à une consultation et d'accroître ainsi le nombre des offreurs » (Cons. conc., avis n° 99-A-16, 26 oct. 1999, Procédures de mise en concurrence relatives à l'attribution de la gestion déléguée des services de transports interurbains et scolaires, BOCCRF 5 déc. 2000, p. 683).

On peut d'ores et déjà relever ici une certaine convergence des finalités du droit de la concurrence et du droit des marchés publics, dans la mesure où le décret du 7 janvier 2004 (comme, avant lui, le décret du 7 mars 2001) contient lui-même des dispositions ouvertement favorables à l'accès des petites et moyennes entreprises (PME) à la commande publique, ce, malgré un avis peu favorable – concernant la méthode utilisée et son efficacité – du Conseil de la concurrence sur des dispositions similaires du décret de 2001 (cf. Cons. conc., avis n° 96-A-08, 2 juill. 1996, Propositions formulées dans un rapport portant sur la réforme du droit de la commande publique, BOCCRF 29 avr. 1997, p. 307).

Toutefois, la constitution, puis le fonctionnement des groupements, supposent le rapprochement d'entreprises concurrentes et créent ainsi un risque de coordination anticoncurrentielle. Leur éventuelle opacité est également de nature à tromper l'acheteur public.

Leur existence est donc reconnue par le droit des marchés publics, mais avec une certaine prudence qui l'amène, d'une part, à en réglementer – assez sommairement – la constitution et surtout, d'autre part, à n'en admettre la constitution que « sous réserve du respect des règles relatives à la liberté des prix et à la concurrence » (C. marchés publ., art. 51).

L'appréciation de la licéité des groupements par les autorités de concurrence offre quant à elle une certaine originalité, en particulier en ce qui concerne la recherche de l'« utilité » du groupement, critère quelque peu surprenant par sa subjectivité.

Dans un avis récent, le Conseil de la concurrence a relevé un certain nombre de facteurs susceptibles d'attester de l'utilité du groupement en indiquant que « la création d'un groupement d'entreprises peut, en effet, s'expliquer par des demandes particulières du maître d'ouvrage (délais, technicité, nécessité d'associer une entreprise locale) ou par des éléments conjoncturels (volume des travaux) » (Cons. conc., avis n° 03-A-02, Conditions propres à assurer le libre jeu de la concurrence

entre les candidats lors d'une procédure de délégation de service public, BOCCRF 16 juin, p. 316).

Des motifs de simple opportunité pour les entreprises soumissionnaires peuvent également, dans certains cas, caractériser une « utilité » du groupement recevable au regard des règles du droit de la concurrence.

Le Conseil de la concurrence a ainsi relevé, pour caractériser cette utilité d'un groupement entre deux entreprises, le fait que le carnet de commandes de

**« (...) si la constitution
du groupement ne remplit
pas les critères d'utilité exigés
par les autorités
de la concurrence, c'est que,
très probablement,
le groupement est
la traduction d'enjeux bien
moins légitimes. »**

l'une soit chargé, que cette dernière, entreprise locale, bénéficie ainsi de la notoriété d'un partenaire national ainsi que de son expérience des grands chantiers, lui permettant notamment d'affiner son « étude de prix », tandis que ce partenaire national bénéficiait réciproquement de l'implantation locale de la première et du fait qu'elle avait déjà l'expérience du chantier concerné (cf. Cons. conc., déc. n° 02-D-17, 12 mars 2002, Marchés concernant la rénovation du centre hospitalier de Narbonne, BOCCRF 27 mai, p. 339). **Des entreprises de moyenne envergure** peuvent également être légitimement amenées à se regrouper afin de faire face à un marché d'un montant particulièrement élevé pour elles, de mettre en commun leur savoir-faire face à un chantier d'une particulière technicité, ce regroupement permettant de surcroît aux entreprises concernées de présenter des offres plus compétitives (cf. Cons. conc., déc. n° 00-D-53, 18 janv. 2001, Marchés des travaux de revêtement de sols et de peinture dans le Finistère, BOCCRF 23 févr., p. 109).

De même, les **exigences du maître de l'ouvrage et les spécifications techniques** du chantier peuvent fonder l'utilité du groupement d'entreprises (cf. Cons. conc., déc. n° 03-D-19, 15 avr. 2003, précitée). En revanche, n'a pas été reconnu comme caractérisant l'utilité du groupement le fait que la réunion de deux entreprises puisse conférer au maître de l'ouvrage une certaine « sécurité » dans la mesure où, en cas de défaillance de l'une, il pourrait faire appel à l'autre (cf. Cons. conc., déc. n° 00-D-20, 17 mai 2000, Marchés d'électrification rurale dans la Somme, BOCCRF 25 juill., p. 391).

On aura compris que la finalité essentielle de la recherche de l'utilité du groupement (au regard, bien évidemment, de la réponse à l'appel d'offres, et non du seul intérêt des entreprises) est de s'assurer de sa véritable motivation. En effet, on peut imaginer que si la constitution du groupement ne remplit pas les critères d'utilité exigés par les autorités de la concurrence, c'est que, très probablement, le groupement est la traduction d'enjeux bien moins légitimes.

A titre d'exemple, on relèvera les déclarations faites par un membre de plusieurs groupements lors d'une enquête de concurrence, expliquant ainsi que ces derniers avaient « *plutôt été conçus comme un instrument pour répartir le chiffre d'affaires généré par ces marchés. Matériellement les travaux sont scindés et chacun exécute sa part sous sa propre responsabilité* » (Cons. conc., déc. n° 02-D-43, 2 juill. 2002, Marchés de travaux sur réseaux de distribution d'eau passés par le SIAERD, BOCCRF 30 sept., p. 852). Autrement dit, le groupement était une façade et la justification alléguée, un prétexte à une entente de répartition des marchés...

Afin que l'acheteur public puisse apprécier lui-même l'utilité du groupement et appréhender ses motivations, le droit de la concurrence et le droit des marchés publics - l'article 51 du Code des marchés publics prévoit en effet la fourniture de renseignements sur la composition et la nature du groupement dans l'« acte d'engagement » - s'efforcent d'assurer sa pleine et entière information sur le fonctionnement et la composition du groupement.

L'existence de motivations anticoncurrentielles à la constitution du groupement est en effet quasi certaine lorsque, non seulement le groupement n'est pas « utile » mais que, de plus, les entreprises n'ont pas jugé nécessaire d'informer l'acheteur public sur ses modalités de fonctionnement (cf. Cons. conc., déc. n° 00-D-20, 17 mai 2000, précitée).

Ainsi, et en premier lieu, le groupement doit être « transparent », c'est-à-dire que le maître de l'ouvrage doit avoir connaissance des membres du groupement, soit que des entreprises décident de soumissionner en groupement (cf. Cons. conc., déc. n° 02-D-17, 12 mars 2002, précitée) soit que, membre d'un groupement, une entreprise décide de soumissionner également à titre individuel.

Le Conseil de la concurrence a ainsi affirmé qu'un groupement d'entreprises pouvait constituer une pratique anticoncurrentielle « *lorsque ce groupement est de nature à éliminer, dans les faits, l'essentiel de la concurrence entre les entreprises appelées à soumissionner ou, lorsque ce groupement est constitué à l'insu du maître de l'ouvrage et que les entreprises qui se sont entendues, ou ont échangé des informations sur le montant de leur soumission, présentent des offres séparées comme si leurs stratégies étaient indépendantes* » (Cons. conc., déc. n° 02-D-17, 12 mars 2002, précitée).

Les groupements peuvent également être conjoints ou solidaires (ces deux formes de groupements étant définies à l'article 51 du Code des marchés publics). Et l'on remarquera que, si le Code des marchés publics accepte les deux formes, la jurisprudence des autorités de la concurrence en la matière incite à préférer les groupements solidaires aux groupements conjoints.

Le Conseil de la concurrence a ainsi marqué sa « préférence » pour les groupements solidaires, en relevant « *que les sociétés en cause se sont réunies sous la forme d'un groupement d'entreprises solidaires ; que le maître d'ouvrage a été dès l'origine informé du mode d'organisation juridique retenu ; que les actes d'engagement ont été signés par les trois sociétés ; que, dès lors que cette forme de soumission enga-*

geait chaque entreprise pour la réalisation de la totalité des travaux, aucune ventilation de ceux-ci ne pouvait être effectuée » (Cons. conc., déc. n° 00-D-53, 18 janv. 2001, précitée).

Toutefois, on notera que le respect des règles édictées par le Code des marchés publics doit permettre d'éviter qu'un groupement conjoint ne soit la forme d'élection de pratiques de répartition de marché, sans que le maître de l'ouvrage ne puisse le constater. En effet, l'article 51-III de ce Code prévoit qu'en cas de groupement conjoint, l'acte d'engagement indique le montant et la répartition détaillée des prestations que chacun des membres du groupement s'engage à exécuter.

Ces règles tendent à éviter que sous couvert d'un groupement pro-concurrentiel, ou présenté comme tel à l'acheteur public, les entreprises soumissionnaires ne se livrent à une répartition de marchés, restriction de concurrence caractérisée.

Enfin, en cas d'échec du regroupement, les entreprises soumissionnaires doivent encore se conformer à leur obligation de délivrer une information sincère à l'acheteur public. Pour échapper aux sanctions, elles doivent avoir averti le maître d'ouvrage de leur tentative de regroupement, dès lors que les contacts ont pu dépasser un certain stade, ou bien, en cas de désistement postérieur à l'attribution du marché, être en mesure d'apporter une justification recevable.

Ainsi, dans une décision n° 95-D-83 du 12 décembre 1995 relative à des marchés publics situés en Martinique, le Conseil de la concurrence a admis que le désistement (intervenu six mois après le dépôt d'une offre de groupement) d'une entreprise dont la zone d'activité traditionnelle était la région parisienne, qui ne disposait pas d'établissement sur place, et qui avait obtenu par la suite des marchés sur sa zone d'activité, ne « revêtait [pas] un caractère artificiel ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de limiter la concurrence entre ces deux entreprises » (Cons. conc., déc. n° 95-D-83, 12 déc. 1995, BOCCRF 16 mars 1996, p. 103).

2° Le recours à la sous-traitance et à la subdélégation

A l'instar de la constitution de groupements, le recours à la sous-traitance et à la subdélégation est légitime en lui-même, mais il suppose néanmoins des échanges d'informations entre les entreprises qui sont susceptibles de constituer des pratiques anti-concurrentielles.

Aussi, comme précédemment, l'information du maître de l'ouvrage est une obligation, que l'opération de sous-traitance se concrétise ou qu'elle échoue.

Ainsi, dans une hypothèse où les deux entreprises avaient soumissionné sans mentionner leurs rela-

tions de sous-traitance, le Conseil de la concurrence a considéré que cette absence d'information « ne permettait pas de faire connaître au maître d'ouvrage lors du dépôt des offres le fait que les offres présentées par ces deux entreprises n'étaient pas indépendantes l'une de l'autre », cette concertation ayant, dès lors, pu avoir un effet restrictif de concurrence (cf. Cons. conc., déc. n° 93-D-47, 3 nov. 1993, Marchés d'aménagement paysager dans le département des Bouches-du-Rhône, BOCCRF 31 déc., p. 358).

De même, en cas d'échec du projet de sous-traitance, les entreprises ne peuvent échapper aux sanctions que dans la mesure où elles informent le maître d'ouvrage de l'échange d'informations intervenu... et cessent immédiatement tout échange (cf. Cons. conc., déc. n° 01-D-64, 10 oct. 2001, Marché de construction des déchetteries du Syn-

dicat mixte de traitement des ordures ménagères de la région de Cognac, BOCCRF 30 oct., p. 1004).

En tout état de cause, les prescriptions du droit de la concurrence et celles du droit des marchés publics sont parfaitement convergentes dans cette situation contractuelle, puisque l'information du maître d'ouvrage est normalement garantie par le respect des termes de l'article 114 du Code des marchés publics, qui détaille précisément les informations que le candidat doit fournir à la personne publique en cas de recours à la sous-traitance.

3° La soumission d'entreprises d'un même groupe

L'applicabilité même du droit de la concurrence suppose, dans le cas général, que les entreprises soient autonomes, afin de pouvoir constater un accord de volontés. Il ne saurait en effet y avoir d'entente en l'absence de volontés distinctes (cf., sur la notion d'accord, l'arrêt Bayer, CJCE, 6 janv. 2004, aff. jointes C-2/01 et C-3/01, BAI et Commission c/ Bayer AG, Lamy droit économique, Bulletin d'actualité E, n° 170, févr. 2004, note Grall J.-Ch. et Grass C.).

Or, on relève en cette matière une originalité remarquable de l'application du droit de la concurrence aux marchés publics puisqu'il est en effet possible, dans ce cadre, de relever l'existence d'une entente entre entreprises non autonomes d'un même groupe.

Il apparaît ainsi que les autorités de la concurrence considèrent l'obligation de délivrer une information sincère à l'acheteur public comme un objectif supérieur à ce principe pourtant fondamental du droit de la concurrence.

La Cour d'appel de Paris a ainsi admis l'existence d'une entente, en considérant « qu'il importe peu que la concertation illicite constatée émane d'entreprises appartenant au même groupe, la gravité des faits résultant de la tromperie commise au détriment des collectivités publiques quant à l'existence ou à l'intensité de la concurrence sur le marché, au nombre

« L'applicabilité même du droit de la concurrence suppose, dans le cas général, que les entreprises soient autonomes, afin de pouvoir constater un accord de volontés. »

d'offres réellement concurrentes soumises à l'appréciation de ces collectivités » (CA Paris, 1^{re} ch., sect. H, 30 avr. 2002, Société SNC Jean François et SA Colas Midi-Méditerranée, BOCCRF 24 juin, p. 397).

B. – Les atteintes comportementales à la concurrence : tromperies ponctuelles...

L'attachement à l'information sincère de l'acheteur public est encore plus flagrant dans le cadre de la répression par les autorités de concurrence des atteintes comportementales à la concurrence que sont les offres de couverture et les offres dites « *cartes de visite* », dont l'objet même est bien de tromper l'acheteur public sur la réalité de la concurrence existant sur le marché.

On mentionnera, pour mémoire – ces pratiques ne présentant guère d'originalité particulière dans le cadre des marchés publics – les échanges d'information ponctuels, qui affectent directement la bonne appréhension du marché par l'acheteur public.

Le Conseil de la concurrence a ainsi rappelé de façon particulièrement nette, dans une décision récente portant sur l'appréciation du caractère anticoncurrentiel d'un échange d'informations, que « *de tels agissements sont de nature à tromper les organismes publics quant à l'existence ou à l'intensité de la concurrence à l'occasion d'appels d'offres dont sont constamment rappelés la gravité intrinsèque et les dommages qu'ils causent à l'économie, notamment au regard du risque de banalisation et d'entraînement qui peut en résulter* » (Cons. conc., déc. n° 04-D-03, 18 févr. 2004, Appel d'offres lancé par la Direction régionale des douanes à Marseille pour la mise en conformité de la cité de la Joliette, BOCCRF 4 mai, p. 391).

1° Les offres de couverture

L'objet anticoncurrentiel des offres de couverture a le mérite de la clarté. Il s'agit en effet d'offres qui ne sont pas réellement compétitives et ne sont présentées que dans le seul but de simuler l'existence d'une concurrence sur le marché. Leur dépôt est, de surcroît, habituellement consécutif à un échange d'informations entre les entreprises concurrentes et à une entente sur la répartition des marchés, soit dans le temps, soit dans l'espace.

La gravité du caractère anticoncurrentiel des offres de couverture est soulignée de façon constante par les autorités de la concurrence qui rappellent que de telles pratiques sont répréhensibles « *du seul fait de leur existence, en ce qu'elles constituent une tromperie sur la réalité de la concurrence dont elles faussaient le libre jeu* ». En l'espèce, le Conseil de la concurrence a, de surcroît, considéré que « *la circonstance que l'échange d'informations entre entreprises sur les prix a été suivi d'une adjudication inférieure aux estimations du maître d'œuvre et de la commission d'ouverture des plis et que le marché a été, en définitive, attribué à une entreprise ne participant pas à la concertation* » n'était pas susceptible de lui ôter son caractère anticoncurrentiel (cf. CA Paris, 1^{re} ch., sect. H, 12 déc. 2000, SOGEA Sud-Est ; plus

récemment, Cons. conc., déc. n° 03-D-55, 4 déc. 2003, Marché public passé par le district urbain du pays de Montbéliard pour la réfection de la pelouse d'un stade de football, BOCCRF 13 févr. 2004, p. 48).

2° Les offres « *carte de visite* »

Les offres « *carte de visite* » sont quant à elles déposées par des entreprises qui ne souhaitent pas réellement obtenir le marché en question, mais veulent se faire connaître de l'acheteur public, afin d'être consultées pour des marchés ultérieurs.

Rien n'interdit à une entreprise de déposer une offre incomplète ou non compétitive, en toute connaissance de ce qu'elle sera rejetée et ce, bien que l'on puisse considérer que cela fasse apparaître les autres entreprises soumissionnaires comme artificiellement compétitives. Le dépôt d'une offre « *carte de visite* » sera toutefois sanctionné s'il est consécutif à un échange d'informations entre les sociétés concurrentes soumissionnaires.

Le Conseil de la concurrence a, en effet, rappelé récemment que « *la pratique dite de l'offre "carte de visite" permettant à une entreprise de se faire connaître du maître de l'ouvrage, sans chercher à obtenir le marché, ne peut être tenue pour licite dès lors que, par des échanges d'informations sur les prix préalables au dépôt des offres, elle trompe le maître de l'ouvrage sur la réalité et l'étendue de la concurrence sur le marché concerné ainsi que sur le sérieux des prix fixés, ayant en cela un objet et un effet anticoncurrentiel* » (Cons. conc., déc. n° 03-D-07, 4 févr. 2003, Passation de marchés d'achat de panneaux de signalisation routière verticale par les collectivités locales, BOCCRF 16 juin, p. 337, confirmée par CA Paris, 18 nov. 2003, SAS Signaux Laporte et Ets Crapie, BOCCRF 12 mars 2004, p. 170).

Le droit de la concurrence tend ainsi à pourvoir à l'exacte information de l'acheteur public sur l'état du marché et de la concurrence.

Ainsi pleinement informé, il revient alors à ce dernier de prendre une part active dans la préservation de la concurrence, en respectant et faisant respecter les principes de droit public, au premier rang desquels le principe d'égalité.

II. – PRINCIPE D'EGALITE : LA PROTECTION DE LA CONCURRENCE PAR LES REGLES DE DROIT PUBLIC

Le droit de la concurrence est certes d'apparition récente – et sa prise en compte par les juridictions administratives l'est encore plus – mais on ne peut pas en déduire pour autant que la concurrence ne faisait auparavant l'objet d'aucune protection.

Outre le principe même de « *mise en concurrence* », le droit public fait en effet application de principes, dont celui d'égalité qui, s'ils ne lui sont pas propres, lui ont permis par des moyens différents, en l'absence d'applicabilité du droit de la concurrence *stricto sensu*, et en vue d'un objectif supérieur à la simple préservation de la concurrence – l'égalité entre soumissionnaires – une certaine protection de cette dernière.

A défaut d'applicabilité – à tout le moins dans le passé – du droit de la concurrence, on peut en effet dire qu'une certaine concurrence a pu être protégée par le seul droit public, grâce à l'application du principe constitutionnel d'égalité, principe fondateur de la réglementation des marchés publics et désormais placé à l'article 1^{er} du Code des marchés publics.

A. – L'application aux marchés publics du principe, à valeur constitutionnelle, d'égalité

L'affirmation de ce principe au soutien de la protection de la concurrence est ancienne, puisque le commissaire du Gouvernement Romieu indiquait déjà en 1906, dans ses conclusions sous l'arrêt *Ballande*, que « *le soumissionnaire évincé a le droit de demander l'annulation de l'adjudication pour inobservation des règles fondamentales, même si elles sont indiquées dans l'intérêt de l'Administration, du moment où une inégalité a été créée entre les concurrents* » (Concl. com. gov. Romieu sous CE, 30 mars 1906, *Ballande*, Rec. CE, p. 281). Le principe d'égalité d'accès à la commande publique impose de nombreuses obligations positives à l'Administration, que l'on mentionnera ici brièvement.

Il convient notamment que celle-ci donne à toutes les entreprises candidates les mêmes informations dans le cadre de l'appel d'offres.

Le Conseil d'Etat a ainsi annulé, sur le fondement du principe d'égalité, la délibération d'une commune attribuant un marché de transport scolaire à une entreprise, alors qu'une entreprise concurrente n'avait pu, malgré ses demandes répétées, obtenir la communication d'informations essentielles (kilométrage du réseau et masse salariale des personnels à reprendre) à l'élaboration d'une offre satisfaisante (cf. CE, 13 mars 1998, n° 165238, SA Transports Galiero / cf., également, CE 6 juin 1997, n° 129437, SA Sté industrielle de nettoyage).

Dans le même esprit, La Cour administrative d'appel

« Le principe d'égalité est donc un principe supérieur, intimement lié à la préservation de la concurrence, et qui met à la charge de l'acheteur public des obligations positives, en matière d'accès à la commande publique et de traitement. »

de Nantes a également annulé les décisions d'attribution d'un marché de travaux de terrassement à un soumissionnaire dont l'offre n'était pas fortuitement la moins-disante. La Cour a ainsi constaté que l'évaluation du marché qui avait été effectuée par les services du département avait retenu que « *les matériaux d'apport nécessaires à la réalisation du remblai (...) proviendraient d'un lieu d'emprunt situé à*

proximité du chantier, et donc moins cher que la fourniture de ces matériaux par une carrière (...) », ce que seule une entreprise était en mesure de réaliser et alors même que ce critère n'avait pas été repris dans son règlement particulier d'appel d'offres, portant ainsi atteinte à l'égalité entre les soumissionnaires (CAA Nantes, 10 mars 1999, *Sociétés Sauvager et Guintoli*).

Ainsi, les modalités de l'appel d'offres ne doivent pas favoriser, même indirectement, même involontairement, une entreprise au détriment d'une autre.

Le respect de l'égalité entre les candidats interdit également à l'acheteur public de permettre à une entreprise soumissionnaire de modifier son offre après l'ouverture des plis, en lui permettant notamment de consentir un « *rabais* » (CE, 9 déc. 1994, n° 144269, *Préfet des Vosges c/ Commune de Chatel-sur-Moselle*). Elle interdit également à l'Administration de retenir une candidature qui ne respecte pas les conditions de l'appel d'offres (cf. CE, 4 avr. 1997, n° 147957, *Commune de l'Île d'Yeu*).

Le principe d'égalité est donc un principe supérieur, intimement lié à la préservation de la concurrence, et qui met à la charge de l'acheteur public des obligations positives, en matière d'accès à la commande publique et de traitement.

Toutefois, ce principe est un principe relatif, qui tolère des atténuations et dont la prise en compte isolée ne traduit pas entièrement les obligations de l'administration en matière de commande publique.

B. – L'admission d'atténuations au principe d'égalité

Il est particulièrement intéressant d'examiner le traitement réservé par le droit des marchés publics à des situations différentes, tout comme la possibilité même de déroger au respect du principe d'égalité.

C'est ainsi en particulier que le droit des marchés publics reconnaît la possibilité de traiter de façon similaire des entreprises soumissionnaires qui se trouvent dans des situations économiques inégales.

Cette possibilité peut paraître surprenante au regard de la conception habituelle de la discrimination, qui consiste tant dans le traitement différent de situations identiques que dans le traitement identique de situations différentes.

A cet égard, on notera particulièrement la contradiction flagrante des jurisprudences françaises et communautaires. La Cour de justice des Communautés européennes a en effet eu plusieurs fois l'occasion de considérer que le principe d'égalité « *veut que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale à moins qu'un tel traitement soit objectivement justifié* » (CJCE, 20 sept. 1988, aff. 208/86, *Espagne c/ Conseil*, pt 25, Rec. CJCE, p. 4563 ; également CJCE, 7 nov. 2000, aff. C-168/98, *Luxembourg c/ Parlement et Conseil*, Rec. CJCE, p. 9131).

1^o Cas des petites et moyennes entreprises

Or, la jurisprudence française admet la possibilité de traitements identiques de situations différentes et, ce, dans des hypothèses où il semble peu aisé d'admettre que le traitement réservé soit objectivement

justifié. C'est ainsi que le Tribunal administratif de Clermont-Ferrand a considéré qu'aucune atteinte n'avait été portée « *aux règles de la concurrence et au principe de l'égalité entre les candidats* » dans une hypothèse où il relevait pourtant que « *l'objet même du contrat librement défini par la commune avait effectivement pour conséquence de rendre difficiles sinon impossibles les candidatures des petites entreprises incapables, financièrement, notamment, d'assurer toutes les missions demandées* », et notamment, le financement des travaux et prestations (cf. TA Clermont-Ferrand, 30 mars 1993, M. le Préfet de l'Allier c/ Commune de Vichy, Entreprise Jean Lefebvre).

L'accès des PME aux marchés publics est d'ailleurs à l'origine de développements particuliers et de débats tant devant les juridictions administratives que devant le Conseil constitutionnel (cf. Cons. const., déc., 22 août 2002, n° 2002-460, Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure).

C'est d'ailleurs dans ce cas qu'apparaît la nécessité de combiner le principe d'égalité avec un autre principe applicable aux marchés publics, le principe de neutralité (cf. de Baecke P., Principe d'égalité, neutralité du droit des marchés publics et droits de préférence, Contrats publics n° 30, févr. 2004, p. 35).

Le Conseil d'Etat a ainsi rejeté la possibilité de prendre en compte une « *répartition équilibrée des marchés entre les petites, les moyennes et les grandes entreprises* » et, ce, « *quel que soit l'intérêt général qui s'y rattache* », dans la mesure où une telle « *discrimination* » est étrangère à « *l'objet de la réglementation des marchés publics* » et porte ainsi atteinte à l'égalité de traitement entre les entreprises soumissionnaires (cf. CE, 13 mai 1987, n° 39120, Société Wanner Isofi Isolation ; également, TA Cergy-Pontoise, 23 janv. 2001, Préfet de la Seine-Saint-Denis).

Ainsi, et comme le prévoit l'article 53-II, alinéa 2, du Code des marchés publics, dans sa rédaction issue du décret du 7 janvier 2004, « *d'autres critères* [que les nombreux critères énumérés à l'alinéa 1], *peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché* », toute autre considération étant exclue.

2° Cas de la candidature de personnes publiques à l'attribution d'un marché public

Toujours au titre du traitement identique apporté à des situations différentes, on signalera le célèbre avis du Conseil d'Etat *Jean-Louis Bernard Consultants* qui a reconnu la possibilité pour un établissement public de se porter candidat à l'attribution d'un marché public et en a fixé les conditions (cf. CE, avis, 8 nov. 2000, n° 222208, Société Jean-Louis Bernard Consultants).

Le Conseil d'Etat a ainsi considéré que les différences de régimes applicables aux personnes publiques en matière fiscale comme sociale n'était pas, en elles-mêmes, de nature à les placer « *dans une situation nécessairement plus avantageuse que celle dans laquelle se trouvent les entreprises privées et ne sont donc pas de nature à fausser la concurrence entre ces établissements et ces entreprises lors de l'obtention d'un marché public ou d'une délégation de service public* ».

Cette décision a pu être critiquée en ce qu'elle omet certains avantages dont disposerait inévitablement une personne publique, notamment en termes d'influence et d'image, auxquels on ajoutera la pérennité.

Cependant, le Conseil d'Etat n'accorde pas aux personnes publiques un blanc-seing pour soumissionner aux appels d'offres et, s'il considère que ces dernières ne sont pas *nécessairement* placées dans une situation plus avantageuse, il pose toutefois des conditions afin de s'assurer que tel ne soit pas le cas *in concreto*.

C'est ainsi qu'il convient non seulement de s'assurer que le prix proposé par la personne publique « *prenne en compte l'ensemble [de ses] coûts directs ou indirects* », mais également que la personne publique n'ait pas bénéficié « *d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public* », et qu'il puisse en justifier.

III. – COHERENCE ET EFFICACITE DE LA PROTECTION DE LA CONCURRENCE PAR LA CONVERGENCE DES DROITS DES MARCHES PUBLICS ET DE LA CONCURRENCE

On a ainsi pu voir que le droit de la concurrence, comme le droit des marchés publics, prend en compte des impératifs qui paraissent appartenir davantage à l'un ou à l'autre de ces droits.

Cette première convergence des droits applicables aux marchés publics est soutenue par une seconde convergence : l'opposabilité des dispositions de droit de la concurrence à l'acheteur public.

Ultime mouvement de convergence, ne peut-on pas trouver dans la protection de la concurrence offerte par les droits des marchés publics et de la concurrence pris isolément de remarquables similitudes ? Si l'on prend le contrepied des critiques habituelles que peut susciter la « *prise en compte* » du droit de la concurrence par les juridictions administratives – et même s'il est certainement ambitieux de tenter d'apporter ici une réponse à une telle question –, ne pourrait-on pas même penser que le droit des marchés publics assure, en fin de compte, et presque à lui seul, une meilleure protection de la concurrence ?

A. – La prise en compte du droit de la concurrence stricto sensu par l'acheteur public

Le respect du principe général d'égalité, comme des dispositions spécifiques du Code des marchés publics, est donc susceptible d'assurer la protection de la concurrence par l'acheteur public. La concurrence entre entreprises soumissionnaires n'apparaît pourtant pas protégée en elle-même, mais en tant qu'elle est une traduction du principe d'égalité. Mais au-delà même de la protection offerte par le droit public, l'arrêt du Conseil d'Etat *Million* et

Marais précité pose la question de l'« applicabilité » même du droit de la concurrence aux personnes publiques.

Par cet arrêt, le Conseil d'Etat a en effet considéré que les clauses d'un contrat de concession du service extérieur des pompes funèbres ne pouvaient « légalement avoir pour effet de placer l'entreprise dans une situation où elle contreviendrait aux prescriptions susmentionnées de l'article 8 » de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, devenu l'article L. 420-1 du Code de commerce.

Le Conseil d'Etat fait ainsi incontestablement entrer les dispositions du droit de la concurrence dans le corpus de règles juridiques que doit prendre en compte l'acheteur public.

Plus précisément, le Conseil d'Etat consacre l'opposabilité du droit de la concurrence aux actes administratifs (cf., notamment, à ce sujet, note Guézou O. sous CE, 3 nov. 1997, n^{os} 148698, 165260 et 169907, Sociétés Yonne Funéraire, Intermarbres et Million et Marais, AJDA 20 mars 1998, p. 247), c'est-à-dire que, si ces dispositions ne sont pas pleinement applicables aux personnes publiques, elles sont pour autant tenues de ne prendre aucune décision, aucun acte qui puisse en compromettre l'effet utile.

C'est ainsi que les personnes publiques ne sauraient, en premier lieu, avaliser ou renforcer les effets d'une pratique anticoncurrentielle ; en particulier, le marché ne peut être attribué à une entreprise qui aurait été, par le jeu d'une entente entre soumissionnaires, prédéterminée.

Plus encore, il est bien évident que si l'acheteur public est averti de l'existence de l'entente, il lui appartient de déclarer irrecevables les offres concernées. C'est ce qu'a jugé le Tribunal administratif de Bastia, en considérant qu'« en n'éliminant pas les offres présentées par lesdites sociétés alors que leurs dossiers de candidature permettaient d'établir qu'elles portaient atteinte au libre jeu de la concurrence et que la société requérante l'avait alerté sur l'existence d'une entente illicite, le département de la Haute-Corse a entaché d'irrégularité la procédure de passation du marché en cause » (TA Bastia, 6 févr. 2003, SARL Autocars Mariani c/ Département de la Haute-Corse, AJDA 2003, p. 737, note Palmier S.).

En second lieu, l'acheteur public ne doit ni favoriser ni imposer la mise en œuvre d'une pratique anticoncurrentielle. Les modalités de dévolution du marché ne doivent pas induire la violation de la concurrence par les entreprises. Il convient dans ce cas de vérifier si, en l'absence de l'acte administratif incriminé, ou si les modalités d'appel d'offres avaient été différentes, la pratique anticoncurrentielle aurait pu être commise. Dans l'affirmative, le mécanisme d'opposabilité du droit de la concurrence serait appelé à jouer et à entraîner l'annulation de la procédure de passation du marché.

On relèvera à cet égard la récente circulaire du ministère de l'Economie et des Finances précisant aux collectivités territoriales qu'il leur est interdit de « faire état de matériels dotés de microprocesseurs (i) d'une marque donnée, (ii) d'une fréquence supérieure à une valeur minimale exprimée en MHz ou en GHz », de telles précisions étant susceptibles de favoriser les produits de marque « Intel », particulièrement

répandus, si ce n'est dominants, aux dépens des produits de marque « AMD ».

Enfin, bien évidemment, l'acheteur public ne saurait imposer la mise en œuvre d'une pratique anticoncurrentielle. Cette hypothèse n'est pas un cas d'école, et l'on peut mentionner notamment le cas révélé par une décision du Conseil de la concurrence dans laquelle les entreprises poursuivies reconnaissaient « s'être prêtées, a posteriori, à un simulacre de mise en concurrence ayant pour objet de régulariser les commandes passées aux deux premières entreprises, et à propos duquel ont été établies des offres de complaisance », à l'initiative de la municipalité (cf. Cons. conc., déc. n^o 91-D-13, 26 mars 1991, Pratiques d'entente relevées à l'occasion de deux marchés de fourniture de matériels et mobiliers scolaires conclu par la commune de Baie-Mahault, BOCCRF 12 avr., p. 109).

Dans un tel cas, d'ailleurs, le Conseil de la concurrence a estimé qu'il ne saurait être infligé de sanctions aux entreprises dans la mesure où à l'origine de la pratique se trouvait l'acheteur public !

Il ne semble pas que cette affaire ait donné lieu à une transmission au parquet. Toutefois, on peut penser qu'à l'avenir un acheteur public pourrait être poursuivi en application de l'article L. 420-6 du Code de commerce pour avoir « pris frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre » de pratiques anticoncurrentielles.

En ce qui concerne les marchés publics, il semble d'ailleurs que l'application de ce dernier article soit la seule hypothèse dans laquelle on puisse imaginer une véritable applicabilité (au-delà, donc, de l'actuelle opposabilité) du droit de la concurrence aux marchés publics.

B. – Préservation de la concurrence par le droit des marchés publics et par le droit de la concurrence : une logique de cohérence

A ce stade de l'analyse, on peut avec profit s'interroger sur les éventuelles différences de nature entre la concurrence telle qu'elle est protégée, d'une part, par le droit des marchés publics et, d'autre part, par le droit de la concurrence.

Il semble en effet à tout le moins souhaitable que, lorsque le droit public est amené à réguler la concurrence par l'application de ses propres « outils », au premier rang desquels le principe d'égalité, cela puisse se faire en cohérence avec la pratique décisionnelle des autorités de la concurrence.

Par ailleurs, le système juridique français, par la séparation droit public/droit privé est-il de nature à porter atteinte à une protection générale – cohérente – de la concurrence ?

Il convient avant toute chose de relever une différence fondamentale de nature entre les marchés publics et les contrats privés, puisque les acheteurs publics, à la différence des entreprises privées, ne disposent pas, par principe, de la liberté de choix de leur cocontractant.

Le Code des marchés publics prévoit certes en son article 53-II, alinéa 1, un certain nombre de critères

dont on peut espérer que le cumul assure l'efficacité de la commande publique et, par conséquent, le « meilleur achat au meilleur coût » (cf. concl. com. gov. Piveteau D. sous CE, 25 juill. 2001, n° 229666, Commune de Gravelines). Il demeure cependant que les personnes publiques sont chargées de l'utilisation de fonds publics dans le respect de l'intérêt général ; en conséquence, elles ne peuvent bénéficier que d'une liberté de choix très encadrée. A cet égard, on notera que l'acheteur public n'est pas même libre de demander aux candidats les renseignements de son choix. Les renseignements qu'il est susceptible de solliciter figurent en effet à l'article 45, alinéa 1^{er}, du Code des marchés publics et ont été détaillés par un arrêté ministériel en date du 26 février 2004 (cf. Arr. min., 26 févr. 2004, JO 11 mars, p. 4785).

Cette différence fondamentale ne peut qu'avoir une influence sur la nature de la concurrence qui est susceptible de s'exercer sur les marchés publics. Les critiques faites quant à la capacité des juridictions administratives à garantir la protection de la concurrence sont d'ailleurs nombreuses : méthode de motivation lacunaire, prenant insuffisamment en compte les données économiques (cf. à ce sujet, notamment, Chérot J.-Y., Les méthodes du juge administratif dans le contentieux de la concurrence, AJDA 20 sept. 2000, p. 687), réactivité inadaptée, d'autant plus préoccupante que la protection de la concurrence par les juridictions administratives intervient *a priori* tandis que le contrôle par les autorités de la concurrence intervient *a posteriori*.

On peut partager certaines de ces préoccupations et notamment la capacité réelle du juge administratif à remplir son rôle de contrôle *a priori* et à appréhender, dans le cadre d'un référé précontractuel, donc face à une situation d'urgence, toute la complexité – économique – liée au libre jeu de la concurrence.

Mais il faut aussi prendre en compte les éléments « à décharge » du droit public et se demander si la réglementation publique ne garantirait pas, d'une certaine manière, une « meilleure » concurrence.

En effet, et même si l'acheteur public reste un être incarné, dont le choix reste influencé par une part de subjectivité résiduelle, l'objectivité de ce choix semble garantie par l'encadrement des critères susceptibles d'être pris en compte. Certes, en pratique, on peut penser que des considérations d'image du candidat ou de « popularité » de ses produits ne seront pas totalement exclues du choix de l'acheteur public, ne serait-ce que de façon sous-jacente, mais en théorie, ces dispositions doivent garantir un choix objectif, qui sera de nature, dans certains cas, à donner leur chance à des « outsiders ».

En somme, la réglementation des marchés publics permettrait d'éliminer les considérations parasites pour ne laisser place qu'au jeu de la concurrence.

A titre d'exemple sur les vertus comparées de la protection de la concurrence par les dispositions issues du Code de commerce ou du Code des marchés publics, on peut relever le cas récent de l'ouverture d'un site internet de vente de musique en ligne par une grande chaîne de magasins, qui ne fonctionne qu'avec le seul navigateur « *internet explorer* », alors que la position dominante de Microsoft sur un cer-

tain nombre de marchés de l'informatique est patente. A moins d'un accord de volontés entre Microsoft et la chaîne de magasins concernée, il ne semble pas que l'on puisse relever une quelconque infraction aux règles de concurrence. En revanche, il nous paraît probable qu'une administration n'aurait pu se permettre un tel comportement, susceptible de favoriser une entreprise en position dominante (cf. la circulaire du ministère de l'Economie et des Finances relative aux mentions concernant les processeurs).

**« Mais il faut aussi prendre
en compte les éléments
“à décharge” du droit public
et se demander
si la réglementation publique
ne garantirait pas,
d'une certaine manière,
une “meilleure” concurrence. »**

D'autre part, sans ignorer les différences qui caractérisent chaque approche, on peut relever certaines similitudes intéressantes entre les conséquences de l'application du principe d'égalité et celles de l'application des dispositions du Code de commerce.

De même, on peut s'interroger sur l'impact sur la concurrence de la faculté laissée à l'acheteur public de traiter de façon identique des candidats qui se trouvent dans des situations différentes. Certes, cela correspond, tant dans le sens commun qu'au sens des dispositions du livre IV du Code de commerce, à une discrimination (définie à l'article L. 441-6, I-1°, du Code de commerce). Mais n'y aurait-il pas une véritable distorsion de concurrence à favoriser les petites ou moyennes entreprises par rapport aux grandes entreprises ? On sait que le débat a été vif sur ce sujet, y compris devant le Conseil constitutionnel, mais on sait également que le Conseil de la concurrence n'était pas favorable à l'adoption de dispositions préférentielles à l'égard des PME (cf. Cons. conc., avis n° 96-A-08, 2 juill. 1996, précité ; Cons. conc., avis n° 97-A-11, 5 mars 1997, relatif à un avant-projet de loi portant réforme du Code des marchés publics, et notamment à ses articles 20 et 21, BOCCRF 29 avr., p. 311 ; Cons. conc., avis n° 99-A-12, 5 juin 1999, relatif à un projet de réforme du Code des marchés publics ; Cons. conc., avis n° 00-A-25, 20 nov. 2000, relatif à un projet de décret portant réforme du Code des marchés publics), considérant notamment que si « *l'intensité de la compétition ne peut qu'être renforcée par un accroissement du nombre des offreurs, et donc en facilitant l'accès de la commande publique aux PME (...), le libre jeu de la concurrence suppose le libre accès de tous les offreurs aux marchés* » (Cons. conc., avis n° 96-A-08, 2 juill. 1996, précité).

On pourrait également être quelque peu sceptique sur le fait que des atteintes somme toutes mineures au principe d'égalité soient sanctionnées, alors pourtant que le droit de la concurrence prend en compte l'effet d'une pratique sur le marché. Le droit des marchés publics serait ainsi excessivement formaliste.

Mais il faut relever ici que la sanction de ces atteintes dépend de sa gravité *et de ses effets sur la concurrence*. Bien avant l'adoption des dispositions de droit de la concurrence et bien avant les débats portant sur la prise en compte de l'effet sensible d'une pratique sur le marché par les autorités de la concurrence, le Conseil d'Etat a considéré dans un cas d'espèce, que « *la procédure suivie par la Commission n'a pas créé d'inégalité entre les concurrents et n'a eu ni pour but ni pour effet de favoriser indûment la société* » (CE, 23 févr. 1938, Labalette). La formulation de cette décision, intervenue en 1938, rappelle assez celle des articles L. 420-1 du Code de commerce et de l'article 81 du Traité CE.

Surtout, on note, dans ce ballet protecteur, un mouvement croisé des droits public et de la concurrence. Ainsi, au moment même où le droit public semble marqué par une certaine libéralisation – du fait du relèvement des seuils –, le droit de la concurrence exclut du bénéfice des dispositions relatives aux accords d'importance mineure les ententes susceptibles d'intervenir dans

le cadre de contrats passés en application du Code des marchés publics (cf. Ord. n° 2004-274, 25 mars 2004, portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises). Libéralisation *a priori* mais maintien de la vigilance *a posteriori*. Se trouve ainsi soulignée l'importance de la préservation de la concurrence dans les marchés publics, pour le bien général.

On relèvera encore une autre similitude importante, dans le traitement de l'accès des établissements publics à la commande publique. En premier lieu, les juridictions administratives s'assurent en effet que l'établissement public ne fasse pas usage « *d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public* ». On pourrait faire ici un rapprochement avec le traitement par les autorités de la concurrence des abus commis par une entreprise sur un marché donné d'une position dominante détenue sur un autre. Ce rapprochement est encore plus tentant lorsque l'on prend en compte la seconde condition réclamée par les juridictions administratives, à savoir : que la personne publique prenne en compte, dans l'établissement de son offre, l'ensemble de ses coûts. Une telle prescription peut également être rapprochée de l'injonction fréquemment faite aux entreprises détentrices d'infrastructures essentielles,

par les autorités de la concurrence, d'« *orienter leurs tarifs vers leurs coûts* ».

Enfin, et même si le débat à cet égard est plus large que le seul cadre du présent article, on peut encore s'interroger sur les mérites comparés des méthodes adoptées. Ainsi, le droit des marchés publics apparaît à certains comme un droit particulièrement formel, rigide, sourd aux subtilités économiques des situations de fait, tandis que le droit de la concurrence – au travers notamment des réformes récentes initiées par la Commission européenne – est un droit « *flexible* », refusant une certaine rigidité juridique (ainsi la Commission européenne ne souhaite plus faire figurer au sein de ses règlements de listes de

clauses interdites) et prenant en compte la complexité des situations économiques.

De même, le fait d'exclure certaines commandes publiques de l'obligation de procéder à une procédure de mise en concurrence avec appel d'offres est officiellement célébré comme favorisant l'efficacité économique : « *avant d'être un acte juridique, un achat est d'abord un acte économique : c'est cette*

conviction qui nous a guidés dans la réforme du Code » (Un achat public efficace et transparent, Francis Mer, La Tribune, 9 janv. 2004, p. 27, disponible sur <www.minefi.gouv.fr>).

Si l'on peut se féliciter d'une certaine souplesse, on formulera également le vœu que la recherche de l'efficacité économique ne se fasse pas au détriment de la sécurité juridique. Il n'est d'ailleurs pas certain que le mouvement de « *déréglementation* » ainsi perceptible, tant en droit de la concurrence que dans le droit des marchés publics, permette réellement de libérer l'imagination et l'initiative d'entreprises somme toute souvent attachées à une certaine sécurité juridique dans leur prise de décision.

Dans des cas opposés, puisqu'il s'agit de marchés publics complexes, portant sur des montants importants, le décret, anticipant la transposition de la directive européenne du 31 mars 2004 (cf. Dir. Parl. et Cons. n° 2004/18/CE, 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services), prévoit une procédure dite de « *dialogue compétitif* » dans laquelle les soumissionnaires sont étroitement liés à la définition même des moyens permettant la satisfaction des besoins de l'acheteur public, assurant ainsi une plus grande flexibilité de la commande publique. ■

« Si l'on peut se féliciter d'une certaine souplesse, on formulera également le vœu que la recherche de l'efficacité économique ne se fasse pas au détriment de la sécurité juridique. »

Les entreprises publiques à l'épreuve du droit OHADA

Afin de faciliter l'activité des entreprises situées en Afrique, ont été adoptés un traité d'harmonisation du droit des affaires sur ce continent ainsi que des actes uniformes en dérivant. Ce droit s'applique-t-il aux entreprises publiques ? La réponse à cette question, objet de l'étude de Monsieur Boumakani, n'est pas sans incidences sur le droit positif français.



▶ Benjamin Boumakani

Ancien vice-doyen de la Faculté de droit de Brazzaville

4687

- ENTREPRISE PUBLIQUE
- OHADA

Le traité relatif à l'Harmonisation du droit des affaires en Afrique, signé à Port-Louis le 17 octobre 1993, et les Actes uniformes qui en dérivent sont de plus en plus présents dans l'ordre juridique interne des Etats (cf. Issa-Sayegh J., Lohoues-Oble J., Harmonisation du droit des affaires, Bruylant, 2002, p. 95). Leur emprise s'étend à tous les compartiments du droit des affaires, d'autant que la finalité affichée est la mise en œuvre de l'harmonisation des règles juridiques dans tous les secteurs de la vie des affaires à l'échelle du continent afin de faciliter l'activité des entreprises.

Une telle finalité ne se réduit-elle qu'aux entreprises privées ou englobe-t-elle aussi les entreprises publiques ?

La réponse à cette question passe par l'appréhension de l'entreprise publique, notion malaisée à définir sur le plan juridique. Ce qui fait dire parfois qu'elle « *n'est pas une institution, c'est un pavillon qui couvre des marchandises les plus variées* » (Chenot B., L'organisation économique de l'Etat, Dalloz, 1965, p. 303).

Néanmoins, deux éléments permettent de la cerner avant d'apprécier l'impact du droit OHADA (Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires) sur ces entreprises.

En effet, les entreprises publiques ont d'abord un élément d'identification commun, à savoir la nature de leurs activités. Elles sont, par définition, industrielles et commerciales, ce qui contribue à les faire apparaître, selon la formule du doyen Vedel, comme des « *commerçants publics* ». Ces activités relèvent normalement du droit

privé. On peut raisonnablement penser que le droit OHADA devrait y trouver une terre d'élection. Ainsi, la distinction entre entreprises publiques et entreprises privées est, dans ce cas, secondaire. Le droit de la concurrence en donne une parfaite illustration, dans la mesure où il est construit pour saisir les activités économiques, quel que soit le statut de l'entité qui gère une telle activité. En témoigne l'article L. 410-1 du Code de commerce français lorsqu'il pose que « *les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et des services y compris celles qui sont le fait des personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public* ».

Pourtant, malgré la tendance à utiliser le critère fonctionnel au détriment du critère organique, c'est par rapport au statut que s'opèrent l'appréhension et la typologie des entreprises publiques. Il s'en dégage deux grands types : les entreprises publiques en forme d'établissement public qui ont la personnalité publique et les entreprises publiques en forme de société qui ont la personnalité privée.

Les entreprises publiques en forme d'établissement sont des personnes morales de droit public ; elles sont, de ce fait, soumises aux principes généraux applicables aux personnes publiques. Une part irréductible de droit public détermine leur régime.

Les entreprises publiques de forme sociétaire sont, en revanche, des personnes privées quoique appartenant au secteur public (cf. CE, ass., 22 déc. 1982, nos 34.252 et 34.798, Comité central d'entreprise de la société française d'équipement pour la navigation aérienne, Rec. CE 1982, p. 436, RDP 1983, p. 497, note Auby J.-M.). Elles ne sont autres que les sociétés anonymes à capital public ou majoritairement public (société d'économie mixte).

Cette distinction entre les deux types d'entreprises publiques permet de mieux apprécier les influences du droit OHADA sur l'entreprise publique.

L'effet du droit OHADA se déploie pleinement à l'égard des entreprises publiques de forme sociétaire, l'entreprise étant à la fois privée dans son statut et dans son activité. L'alignement sur le régime des sociétés commerciales est presque total si l'on exclut quelques aspects résiduels de droit public (I). En revanche, il en va autrement à l'égard des entreprises publiques sous forme d'établissement public. La personnalité publique de ces entreprises implique un certain nombre de conséquences que le droit OHADA ne peut effacer d'emblée. Cependant, il affecte certains aspects de la partie irréductible du droit public, signe de la banalisation des personnes publiques qui se traduit par une large tendance à les soumettre aux solutions de droit privé (cf. Auby J.-B., Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites, Mélanges Auby J.-M., Dalloz, 1992, p. 3). C'est dans cette direction que s'inscrivent la faculté de compenser les dettes et les créances des personnes publiques, ouverte par le droit OHADA et la fin de la prohibition de l'arbitrage pour les personnes publiques (II).

I. - L'OHADA SYSTEMATISE L'APPLICATION DU REGIME DE LA SOCIETE COMMERCIALE A L'ENTREPRISE PUBLIQUE DE FORME SOCIETAIRE

A l'égard des entreprises publiques de forme sociétaire, le droit OHADA confirme voire systématise l'application du droit des sociétés sous réserve des dérogations imposées par leur appartenance au secteur public. Ce constat ressort aussitôt que l'on examine les modalités de constitution de ces entreprises publiques, leurs organes de gestion et leur régime comptable et financier.

A. - Les modalités de constitution et les organes de gestion

1° Les modalités de constitution

Jusqu'à une date récente, dans la plupart des Etats africains, la société nationale constituée avec l'Etat comme actionnaire unique tout comme la société d'économie mixte, étaient créées par un acte de puissance publique qui était soit une loi, soit un décret. L'Acte uniforme sur les sociétés commerciales du 17 avril 1997 s'inscrit dans une nouvelle logique.

En application de l'Acte uniforme, les statuts des entreprises publiques de forme sociétaire sont établis par un acte sous seing privé, qu'elles soient des

sociétés à capital totalement public ou des sociétés d'économie mixte. Ils doivent être enregistrés auprès d'un notaire comme pour toutes les sociétés commerciales. Le contenu et les mentions obligatoires sont ceux prescrits par l'article 13 de l'Acte uniforme.

Pour ce qui est de la personnalité juridique, celle-ci est acquise à compter de l'immatriculation de la société au registre du commerce et du crédit mobilier (cf. Acte uniforme, 17 avr. 1997, art. 98).

« L'effet du droit OHADA se déploie pleinement à l'égard des entreprises publiques de forme sociétaire, l'entreprise étant à la fois privée dans son statut et dans son activité. »

Le capital de l'entreprise publique de forme sociétaire avec l'Etat comme unique actionnaire ou de celui de la société d'économie mixte, est constitué des apports de l'Etat auxquels s'ajoutent, dans ce second cas, ceux des actionnaires privés.

L'Acte uniforme précise, à propos du capital social, que son minimum est fixé à 10 millions de francs CFA

soit 15 244,90 euros. Il est divisé en actions dont le montant nominal ne peut être inférieur à 10 000 francs CFA soit 15,24 euros (cf. Acte uniforme, 17 avr. 1997, art. 387).

Ainsi qu'il apparaît, l'entreprise publique de forme sociétaire applique strictement le droit ordinaire des sociétés commerciales au niveau des modalités de constitution.

Plus généralement, le statut d'entreprise publique résulte dans le nouvel environnement OHADA, soit d'un contrat de société, en cas de pluralité d'associés, soit d'un acte de volonté d'une seule personne, en cas d'associé unique (société anonyme unipersonnelle).

L'acte de puissance publique qui octroie à l'entreprise publique un statut législatif ou réglementaire et définit la composition de son capital, n'a désormais plus droit de cité.

L'acquisition de la personnalité juridique qui était, avant l'avènement du droit OHADA, attribuée par un texte législatif ou réglementaire de création est subordonnée, comme pour les sociétés commerciales, à l'immatriculation au registre du commerce.

2° Les organes de gestion

Le droit OHADA apporte une touche particulière à propos des organes de gestion des entreprises publiques de forme sociétaire. C'est l'Acte uniforme qui fixe leur organisation et leurs attributions alors qu'ils étaient encore très récemment déterminés par les statuts législatifs ou réglementaires de chaque entreprise. Il en résultait, parfois, une terminologie différente employée par différents textes statutaires. Le droit OHADA l'uniformise et aligne le régime juridique des organes de gestion des entreprises sur celui des sociétés commerciales.

Comme pour les sociétés commerciales, une alternative s'offre aux entreprises publiques de forme sociétaire : la société anonyme avec conseil d'administration et la société anonyme avec administrateur général.

Dans le premier cas, la société est administrée par un président du conseil d'administration et un directeur général ou par un président-directeur général. Dans le second cas, la société anonyme est administrée par un administrateur général. Ceci concerne bien évidemment la société anonyme unipersonnelle, illustrée par la société avec l'Etat pour unique actionnaire. L'administrateur général cumule à lui tout seul tous les pouvoirs.

L'alignement de l'entreprise publique sur la société commerciale, en ce qui concerne les organes de gestion, rencontre néanmoins une limite avec les assemblées générales. Organe souverain et d'expression des actionnaires, l'assemblée générale n'a pas de raison d'être dans beaucoup d'entreprises publiques. Lorsqu'elle existe, elle ne peut que présenter des particularités. Dans les entreprises publiques de forme sociétaire ayant l'Etat pour unique actionnaire, l'assemblée générale ne peut donc se justifier, faute d'actionnaires. Dans ce cas, l'article 558 de l'Acte uniforme prévoit que lorsque la société ne comprend qu'un seul actionnaire, les décisions qui doivent être prises en assemblée, qu'il s'agisse des décisions relevant de la compétence de l'assemblée générale extraordinaire ou de celles relevant de l'assemblée générale ordinaire sont prises par l'actionnaire unique.

C'est donc uniquement au niveau des sociétés d'économie mixte que l'existence d'une assemblée générale se justifie du fait des actionnaires multiples, dont certains sont des personnes privées et peuvent y être associés. Mais ici, elle a, en réalité, un rôle secondaire. L'Etat y domine du fait de sa participation majoritaire.

Les règles de droit commun relatives à l'organisation, au fonctionnement et aux pouvoirs des assemblées générales sont soit inapplicables, soit applicables très partiellement aux entreprises publiques. La dérogation au droit commun est en revanche totale en ce qui concerne la désignation des président-directeur général, président du conseil d'administration, directeur général. Le droit commun prévoit que ces organes sont nommés par le conseil d'administration, mais tout semble indiquer que la pratique perpétuera leur nomination par décret dans les entreprises publiques.

B. – Le régime comptable et financier

C'est sans doute en matière financière que le régime des entreprises publiques est le plus proche de celui des entreprises privées. L'assimilation entre les deux types d'entreprises est en principe complète dans le domaine de la fiscalité. *L'Acte uniforme du 24 mars 2000 portant organisation et harmonisation des comptabilités des entreprises* parachève cette assimilation en matière comptable. Il impose la mise en place de la comptabilité OHADA à toute entité économique. Au titre de celle-ci sont énumérées à l'article 2 de l'Acte uniforme : « *les entreprises publiques, parapubliques, d'économie mixte, (...)* ». Ainsi, comme toutes les entreprises de l'espace OHADA, les entreprises publiques, quelles que soient d'ailleurs leurs formes, sont astreintes aux disposi-

tions applicables à la tenue, à l'organisation et au contrôle des comptes. De même, elles sont assujetties aux principes qui gouvernent l'élaboration des documents de synthèse consolidés. L'inobservation des règles OHADA en matière de comptabilité expose les dirigeants sociaux et les entrepreneurs indelicats à des sanctions pénales.

En définitive, les entreprises publiques sont soumises en matière comptable, autant que les sociétés commerciales, au droit OHADA. Le caractère supralégislatif de l'Acte uniforme exclut les règles dérogoires qui résulteraient des statuts particuliers.

C. – Le redressement judiciaire et la liquidation de biens

Une question se pose à l'égard des entreprises publiques, celle de savoir si la procédure de redressement judiciaire et de liquidation destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité, de l'emploi et l'apurement du passif est applicable aux entreprises publiques.

Pour le droit OHADA, les dispositions de *l'Acte uniforme du 10 juillet 1998 portant organisation des procédures collectives d'apurement du passif* ont une portée négative ou positive, selon le statut de l'entreprise publique.

Pour celles ayant le statut de l'établissement public, qui sont donc des personnes publiques, cette procédure leur est inapplicable. Elles restent hors du champ de l'Acte uniforme précité. Classique en droit français, où cette solution rattachée généralement au principe de l'insaisissabilité des biens ou des deniers des personnes publiques (cf. Delvolvé P., *Droit public économique*, Dalloz, 1998, p. 781 ; *La faillite des entreprises publiques*, Annales Université des sciences sociales de Toulouse, 1975, p. 205 ; *La faillite et la liquidation des entreprises/ aspects de droit administratif*, Journées de la société de législation comparée, 1984, p. 451), elle est également acquise de longue date dans de nombreuses législations africaines (cf. Sawadogo F. M., *Droit des entreprises en difficulté*, Bruylant, 2002, p. 90).

En revanche, toutes les entreprises publiques ayant un statut de société, sont justiciables de la procédure de liquidation et redressement judiciaire. L'article 2 de l'Acte uniforme le spécifie expressément : « *Le redressement judiciaire et la liquidation des biens sont applicables à toute personne physique ou morale commerçante, à toute personne morale de droit privé non commerçante, à toute entreprise publique ayant la forme d'une personne morale de droit privé qui cesse ses paiements* ».

Cette procédure est susceptible d'être mise en œuvre sans qu'il y ait lieu de considérer la mission qui est confiée à l'entreprise publique (mission de service public ou non), l'origine de sa création (nationalisation ou non), la collectivité dont elle dépend (Etat ou collectivité locale).

Le droit OHADA se trouve pleinement réalisé sur des pans entiers de l'organisation et du fonctionnement de l'entreprise publique sociétaire, en dépit du fait qu'il reste une place résiduelle pour le droit public. En effet, même à l'égard de l'entreprise publique, la plus « *privée* », le droit public s'applique toujours en considération de l'appartenance de l'entreprise au

secteur public. Tant qu'elle y reste, certains de ses rapports avec les pouvoirs publics continuent à être régis par le droit public malgré une présence hégémonique du droit OHADA. Il en est ainsi en ce qui concerne la nomination des dirigeants. En outre, pour faire sortir éventuellement l'entreprise publique du secteur public, ce sont les règles de droit public qu'il faut mettre en œuvre. Participent également à ces exceptions au droit commun des sociétés, les types de contrôle institués. La tutelle technique relève du ministre dans les attributions duquel est placée l'activité de l'entreprise publique concernée. S'y ajoutent les contrôles des juridictions financières et comptables et le contrôle parlementaire.

Dans tous les cas, ces îlots de droit public sont une exception dans un régime désormais pleinement régi par le droit OHADA. Cette situation est l'inverse de ce que l'on rencontre avec les entreprises publiques ayant le statut d'établissement public.

II. - L'OHADA APPROFONDIT LA BANALISATION DE LA PERSONNALITE PUBLIQUE DES ENTREPRISES PUBLIQUES AYANT UN STATUT D'ETABLISSEMENT PUBLIC

Parmi les entreprises publiques, certaines ont la personnalité publique et le statut d'établissement. Il en résulte pour elles des conséquences positives et négatives.

Cette personnalité publique permet de reconnaître le caractère public à leurs actes unilatéraux ou contractuels, à leurs travaux et, même, éventuellement, à leur personnel.

A l'inverse, cette même personnalité publique exclut des solutions applicables aux entreprises privées en général et aux entreprises publiques à statut de droit privé en particulier. Elle écarte, non seulement les voies d'exécution, mais, plus généralement, les procédures collectives (autrefois, la faillite ; aujourd'hui, le redressement et la liquidation judiciaire) et, plus particulièrement, le recours à l'arbitrage, sauf disposition législative contraire (cf. Gaudemet Y., L'entreprise publique à l'épreuve du droit public, domanialité publique, insaisissabilité, inarbitralité, Mélanges Roland Drago, 1996, p. 259).

Autant de sujétions qui singularisent l'entreprise publique à statut d'établissement public de l'entreprise publique à statut de société, en dépit de l'exercice d'une même activité commerciale et industrielle. Sans remettre en cause cette division essentielle liée au statut de chaque entreprise publique, l'OHADA y apporte une touche particulière en aménageant certaines sujétions, voire en en supprimant d'autres. Ce faisant, le droit OHADA procède au rapprochement entre les entreprises publiques à statut d'établissement public et les entreprises publiques à statut de société. Les perspectives qu'ouvre le droit OHADA, en cette matière, touchent non seulement les voies d'exécution contre les établissements publics qui se trouvent aménagées avec la compensation entre les dettes et les créances des personnes publiques mais, également, la fin de l'interdiction du recours à l'arbitrage par les per-

sonnes publiques. On est ainsi en présence d'innovations par rapport aux solutions antérieures mais qui procèdent généralement du droit français.

A. - La compensation entre les dettes et les créances des personnes publiques

A l'égard des établissements publics à caractère industriel et commercial, il est généralement présenté que les débiteurs des personnes publiques ne peuvent compenser leurs dettes par les créances qu'ils ont sur elles (cf. Amselek P., La compensation entre les dettes et les créances des personnes publiques, RDP 1988, p. 1485).

Cette interdiction de compensation des dettes à l'encontre des personnes publiques tire son fondement du principe général du droit, selon lequel les biens des personnes publiques sont insaisissables, et qui ne permet pas de recourir contre elles des voies d'exécution de droit privé. Cette insaisissabilité est exclusivement liée à la personnalité publique qui caractérise les entreprises publiques à statut d'établissement public.

La doctrine s'interroge fort opportunément sur la cohérence d'une telle solution. On peut, en effet, raisonnablement contester qu'une personnalité de droit public soit attribuée à des institutions qui, profondément mêlées à la vie commerciale et industrielle, sont de véritables entreprises. De même, il n'est pas *a priori* justifié que des privilèges de droit public soient accordés à des personnes qui n'assurent pas le service public.

Autour de ces solutions et des interrogations qui en résultent, le droit OHADA apporte des réponses empreintes d'originalité, au regard du droit positif français notamment.

L'Acte uniforme portant organisation des procédures simplifiées de recouvrement et de voies d'exécution rappelle, en son article 30, le principe d'interdiction des voies d'exécution à l'encontre des personnes qui bénéficient d'une immunité d'exécution (cf., en ce sens, à propos d'un établissement public administratif, TPI Dschang, Cameroun, réf., 11 sept. 2000, université de Dschang / Tonyé Dieudonné, <ohada. com.> ; cf., en sens contraire, à propos d'un établissement public à caractère industriel et commercial, TC Brazzaville, 12 déc. 2001, ONPT c/ Ets AIR-MER congolaise, <ohada. com.>).

Cependant, le droit OHADA en atténue les effets en ouvrant la faculté de compenser les dettes et les créances des personnes publiques : « *toutefois les dettes certaines, liquides et exigibles des personnes morales de droit public et des entreprises publiques, quelles qu'en soient la forme et la mission, donnent lieu à compensation avec les dettes également certaines, liquides et exigibles dont quiconque sera tenu envers elles, sous réserve de réciprocité* » (A. M. H. Assi-Esso, Diouf N., Recouvrement des créances, Bruylant, 2002, p. 43).

S'agissant des entreprises publiques, le droit OHADA prend le soin de préciser « *quelle qu'en soit la forme* » pour prendre en ligne de compte autant les entreprises publiques à statut privé que les entreprises publiques à statut d'établissement public. En réalité, l'innovation du droit OHADA porte sur les entreprises publiques à statut d'établissement public pour lesquelles la compensation était exclue. Les entreprises publiques à statut de société font appel

au droit commun à savoir, par exemple, l'article 1289 du Code civil : « *lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes* ».

L'innovation pour les établissements publics à caractère industriel et commercial était souhaitée et elle est la bienvenue dans la mesure où cette catégorie répond à la volonté des pouvoirs publics de poursuivre un objectif économique d'intérêt général dans les conditions

« Ce changement du droit positif s'inscrit dans une tendance qui était nettement affirmée pour l'arbitrage international et que certains Etats africains avaient anticipée (...) »

ordinaires du droit des affaires. Cependant, le droit OHADA, par la compensation, aménage le principe de l'insaisissabilité des biens des établissements publics sans le remettre en cause. Ce faisant, d'autres conséquences qui lui sont attachées continuent à produire des effets. Ainsi, les entreprises publiques à statut d'établissement public restent privées de la faculté de consentir hypothèque ou antichrèse et des possibilités de crédit correspondantes. Pourtant, le droit OHADA ouvre une autre faculté pour les entreprises publiques à statut d'établissement public, le recours à l'arbitrage en droit interne.

B. – Le droit OHADA met fin au principe de prohibition de l'arbitrage pour les entreprises publiques à statut d'établissement public

Les personnes publiques en général et les établissements publics industriels et commerciaux en particulier ne peuvent pas, en principe, recourir à l'arbitrage, ni sous la forme de la clause compromissoire, ni sous celle du compromis. Cette règle que l'on rattache à l'article 2060, alinéa 1^{er}, du Code civil résultant de la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972, est présentée aujourd'hui, en France, comme un principe strict dans sa formulation. Elle connaît néanmoins quelques aménagements.

Des lois spéciales ouvrent l'arbitrage à certains établissements publics nommément désignés (Caisse centrale de réassurance : C. assur., art. L. 431-2 ; SNCF : L. n° 82-1153, 30 déc. 1982, art. 25 ; la poste et France Télécom : L. n° 90-568, 2 juill. 1990, art. 28 ; Réseaux ferrés de France : L. n° 97-135, 13 févr. 1977 ; Etablissements de recherche pour les contrats avec l'étranger : L. n° 82-610, 15 juill. 1982, art. 19, L. n° 99-587, 12 juill. 1999 et D. n° 2000-764, 1^{er} août 2000 ; cf. Gaudemet Y., Traité de droit administratif, LGDJ, 2001, Tome 1, p. 312).

La Cour de cassation admet, par ailleurs, s'agissant de l'arbitrage international, l'arbitralité des litiges intéressant les personnes publiques et, en particulier, les établissements publics industriels et commerciaux (cf. Cass. 1^{re} civ., 2 mai 1966, n° 61-12.655, Rev. crit. DIP 1967, p. 553).

Cette solution française a été reprise par certains Etats africains comme la Côte-d'Ivoire qui a posé le caractère inarbitrable des contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics sans, par ailleurs, intégrer la jurisprudence Galakis sur l'arbitrage international (cf. L. 9 août 1993, art. 17, al. 1^{er}, relative à l'arbitrage).

La prohibition de l'arbitrage, notamment pour les établissements publics industriels et commerciaux, a été critiquée par une partie de la doctrine qui souhaite son abandon (en ce sens, cf., par exemple, Gaudemet Y., L'arbitrage : aspects de droit public, état de la question, Rev. arb., 1992, p. 241, L'avenir de l'arbitrage en droit administratif français, in Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau, Economica, 2003, p. 165 ; Chérot Y., Droit public économique, Economica, 2002, p. 301). En Afrique, l'OHADA vient de franchir le rubicon en ce sens.

L'article 2, alinéa 2, de l'Acte uniforme du 11 mars 1999 relatif au droit de l'arbitrage pose la nouvelle règle en ces termes : « *Les Etats et les autres collectivités publiques territoriales ainsi que les établissements peuvent également être parties à un arbitrage, sans pouvoir invoquer leur propre droit pour contester l'arbitralité d'un litige, leur capacité à compromettre ou la validité de la convention d'arbitrage* ».

Cette disposition modifie substantiellement le droit positif de plusieurs Etats africains (cf. Meyer P., Droit de l'arbitrage, Bruylant, 2002, p. 98 ; Kamto M., La participation des personnes publiques morales africaines de droit public à l'arbitrage OHADA, in L'OHADA et les perspectives de l'arbitrage en Afrique, Travaux du Centre René Jean Dupuy pour le droit et le développement, Bruylant, 2000, p. 89). Elle prend même le soin de préciser que l'Etat ne peut pas invoquer son propre droit pour contester « *l'arbitralité d'un litige* ».

Ce changement du droit positif s'inscrit dans une tendance qui était nettement affirmée pour l'arbitrage international et que certains Etats africains avaient anticipée (le Sénégal, par exemple, avait posé dans sa législation, la faculté de compromettre pour l'Etat ; alors que le Togo l'avait admise pour les entreprises publiques ; cf. Meyer P., précité). Elle est essentielle pour les entreprises publiques à statut d'établissement public et la France ne pourra en faire l'économie plus longtemps. Grâce à l'enrichissement mutuel dans l'espace francophone, il n'est pas exclu que le droit OHADA fasse des émules dans la voie ainsi ouverte. Le droit OHADA a vocation à rapprocher autant que possible les entreprises publiques du droit commun des sociétés. Il épouse l'évolution contemporaine du droit des entreprises publiques qui tend à devenir le droit des participations publiques abandonnant progressivement l'établissement public comme archétype de l'entreprise publique au profit des sociétés publiques nationales (cf. Delion C.A., Le droit des entreprises et participations publiques, LGDJ, « collection systèmes », 2003). Il s'inscrit dans le mouvement général de banalisation des personnes publiques. Mais toutes ces évolutions peuvent-elles pour autant amener l'Etat à se comporter comme n'importe quel actionnaire dans le gouvernement des entreprises publiques (cf. Thomas B. et Lignières P., Entreprises publiques : L'Etat va-t-il devenir un actionnaire comme les autres ? Droit administratif, juin 2003, p. 46) ? N'est-ce pas finalement autour de la réponse apportée à cette question que se profile l'avenir de l'entreprise publique ? ■

SOCIETES ET AUTRES GROUPEMENTS

- 4688** SOCIETE ANONYME (SA) ■ SOCIETE A RESPONSABILITE LIMITEE (SARL) ■ PERSONNE MORALE
Cass. 2^e civ., 8 juill. 2004, n° 02-15.623
- 4689** SOCIETE ANONYME (SA) ■ DIRIGEANT ■ CAUTIONNEMENT ■ CONSEIL D'ADMINISTRATION ■ AUTORISATION ■ FAUTE DETACHABLE
Cass. com., 9 juin 2004, n° 00-19.773
- 4690** QUALIFICATION DE L'INFRACTION ■ SOCIETE ETRANGERE ■ ABUS DE CONFIANCE ■ ABUS DE BIENS SOCIAUX
Cass. crim., 3 juin 2004, n° 03-80.593
- 4691** FUSION ■ ABSORBTION ■ DISSOLUTION ■ PATRIMOINE ■ TRANSMISSION UNIVERSELLE
Cass. com., 12 juill. 2004, n° 03-12.672

FONDS DE COMMERCE ET BAUX COMMERCIAUX

- 4692** BAIL COMMERCIAL ■ RENOUVELLEMENT DU BAIL ■ LOYER ■ FIXATION ■ PRESCRIPTION
Cass. 3^e civ., 30 juin 2004, n° 03-10.661
- 4693** BAIL COMMERCIAL ■ RENOUVELLEMENT DU BAIL ■ STATUT DES BAUX COMMERCIAUX ■ FONDS DE COMMERCE ■ EXPLOITATION
Cass. 3^e civ., 16 juin 2004, n° 03-11.314
- 4694** BAIL COMMERCIAL ■ LOYER ■ VALEUR LOCATIVE ■ FIXATION ■ APPRECIATION SOUVERAINE
Cass. 3^e civ., 3 juin 2004, n° 03-12.202
- 4695** BAIL COMMERCIAL ■ RENOUVELLEMENT DU BAIL ■ LOYER ■ FACTEURS LOCAUX DE COMMERCIALITE ■ MODIFICATION
Cass. 3^e civ., 30 juin 2004, n° 03-10.754
- 4696** BAIL COMMERCIAL ■ RENOUVELLEMENT DU BAIL ■ LOYER COMMERCIAL ■ LOCAL MONOVALENT ■ IMPOT FONCIER
Cass. 3^e civ., 30 juin 2004, n° 03-12.811
- 4697** BAIL ■ LOCATAIRE-CESSION DU BAIL ■ CHARGE ■ ENTRETIEN ■ RESILIATION EN COURS DE BAIL
Cass. 3^e civ., 30 juin 2004, n° 02-20.721

PROPRIETE INDUSTRIELLE

- 4698** BREVET ■ EXPLOITATION ■ USURPATION ■ FRUITS
Cass. com., 28 avr. 2004, n° 02-21.585
- 4699** BREVET ■ CONTREFAÇON ■ SAISIE-CONTREFAÇON ■ CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME (CEDH) ■ PROCES EQUITABLE
Cass. com., 28 avr. 2004, n° 02-20.330

CONCURRENCE

- 4700** PRATIQUES RESTRICTIVES ■ MINISTRE DE L'ECONOMIE ■ INTERVENTION
Cass. com., 7 juill. 2004, n° 03-11.369
- 4701** INTERNET ■ NOM DE DOMAINE ■ NOM COMMERCIAL ■ CONCURRENCE DELOYALE
Cass. com., 7 juill. 2004, n° 02-17.416

DISTRIBUTION

- 4702** AGENT IMMOBILIER ■ AGENT COMMERCIAL ■ REGIME APPLICABLE
Cass. com., 7 juill. 2004, n° 02-18.135
- 4703** DISTRIBUTION ■ INFORMATION PRECONTRACTUELLE ■ VICE DU CONSENTEMENT
Cass. com., 7 juill. 2004, n° 02-15.950
- 4704** AGENT COMMERCIAL ■ IMMATRICULATION
Cass. com., 7 juill. 2004, n° 02-17.107

CONSOMMATION

- 4705** CREDIT A LA CONSOMMATION ■ PRET AFFECTE ■ OFFRE PREALABLE ■ MENTION
Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2004, n° 03-11.840

CREDIT ET GARANTIES DU CREDIT

- 4706** CREDIT-BAIL IMMOBILIER ■ RESILIATION ■ CONTRAT ■ CLAUSE
Cass. com., 30 juin 2004, n° 02-16.863
- 4707** CREANCIER ■ GARANTIE ■ MISE EN ŒUVRE
Cass. com., 2 juin 2004, n° 01-15.140

PAIEMENT

- 4708** CARTE BANCAIRE ■ FRAUDE ■ RESPONSABILITE
Cass. com., 23 juin 2004, n° 02-15.547

REDRESSEMENT ET LIQUIDATION JUDICIAIRES

- 4709** CONTRAT EN COURS ■ BAIL COMMERCIAL ■ CONGE ■ ADMINISTRATEUR ■ OPTION
Cass. ass. plén., 7 mai 2004, n° 02-13.225
- 4710** OUVERTURE DE LA PROCEDURE ■ ARRET DES POURSUITES INDIVIDUELLES ■ CLAUSE COMPROMISSOIRE
Cass. com., 2 juin 2004, n° 02-13.940
Cass. com., 2 juin 2004, n° 02-18.700
- 4711** DECLARATION DES CREANCES ■ CREANCE ALIMENTAIRE ■ PENSION ALIMENTAIRE
■ PRESTATION COMPENSATOIRE
Cass. crim., 9 juin 2004, n° 03-84.029
- 4712** PLAN DE CESSION ■ REPRESENTATION ■ MANDATAIRE AD HOC
Cass. com., 2 juin 2004, n° 03-11.090

DROIT DE L'INFORMATIQUE ET DES RESEAUX

- 4713** INTERNET ■ MARQUES ■ REPRODUCTION ■ DENIGREMENT
TGI Paris, 9 juill. 2004, n° 02/16189, Société des Participations du Commissariat à l'énergie atomique c/ Association Greenpeace France et autres
- 4714** INTERNET ■ NOM DE DOMAINE ■ AFNIC ■ CHARTE DE NOMMAGE
TGI Paris, réf., 12 juill. 2004, François Bayrou c/ Stéphane H.

DROIT DES MEDIAS ET DE LA COMMUNICATION

- 4715** AUDIOVISUEL ■ LICENCE EXCLUSIVE D'EXPLOITATION
Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2004, n° 00-19.859
- 4716** DROIT D'AUTEUR ■ COPIE PRIVEE SONORE ■ REMUNERATION
Cass. crim., 15 juin 2004, n°s 02-80.439 et 03-85.477
- 4717** PRESSE ■ COMMUNIQUE RADIOPHONIQUE ■ PRESCRIPTION
Cass. 2^e ch. civ., 8 juill. 2004, n° 01-10.426
- 4718** INTERNET ■ DROIT D'AUTEUR ■ CURRICULUM VITAE ■ CONTREFAÇON
TGI Paris, 3^e ch., 29 juin 2004, Société MultiCV et autres c/ William J. et autre

DROIT DES ASSURANCES

- 4719** VOL ■ EXCLUSION ■ CLES
Cass. 2^e civ., 8 juill. 2004, n° 03-15.04
- 4720** CONTRAT D'ASSURANCE ■ DECLARATION DU RISQUE ■ FAUSSE DECLARATION
Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2004, n° 03-14.726
- 4721** CONTRAT D'ASSURANCE ■ PRESCRIPTION ■ IMPOSSIBILITE D'AGIR
Cass. 2^e civ., 8 juill. 2004, n° 03-14.717
- 4722** ACCIDENT DU TRAVAIL ■ FAUTE INEXCUSABLE ■ PREUVE
Cass. 2^e civ., 8 juill. 2004, n° 02-30.984
- 4723** INDEMNISATION ■ CALCUL ■ DISPOSITIONS FISCALES
Cass. 2^e civ., 8 juill. 2004, n° 03-16.173

DROIT IMMOBILIER

- 4724** VENTE D'IMMEUBLE ■ JOUISSANCE DE L'IMMEUBLE ■ ANNULATION DE LA VENTE
■ INDEMNITE D'OCCUPATION
Cass. ch. mixte, 9 juill. 2004, n° 02-16.302
- 4725** COPROPRIETE ■ PARTIE PRIVATIVE ■ SERVITUDE ■ DROIT DE PASSAGE
Cass. 3^e civ., 30 juin 2004, n° 03-11.562
- 4726** COPROPRIETE ■ SYNDICAT DES COPROPRIETAIRES ■ ACTION EN JUSTICE ■ PARTIE COMMUNE
■ PARTIE PRIVATIVE ■ ORIGINE DU DOMMAGE
Cass. 3^e civ., 23 juin 2004, n° 03-10.475
- 4727** BAIL D'HABITATION ■ CHARGE ■ JUSTIFICATIF
Cass. 3^e civ., 30 juin 2004, n° 03-11.098

DROIT INTERNATIONAL

- 4728** VENTE INTERNATIONALE ■ CONVENTION DE VIENNE ■ EXECUTION ■ OBLIGATIONS CONTRACTUELLE
Cass. 1^{re} civ., 30 juin 2004, n° 01-15.964

CONTRATS ET MARCHES PUBLICS

- 4729** REGLEMENT COMMUNAUTAIRE ■ APPLICATION DIRECTE ■ RESPONSABILITE DE L'ETAT
CE, sect., 12 mai 2004, n° 236834, Société Gillot
- 4730** ACTE COMMUNAUTAIRE ■ RECOURS EN ANNULATION
CJCE, 1^{er} avr. 2004, aff. C-263/02, Commission c/ Jégo-Quéré
- 4731** CONTENTIEUX PUBLIC ■ REFERE-PROVISION
CE, 2 avr. 2004, n° 256504, Société Alstom Power Turbomachines
- 4732** MARCHE PUBLIC DE TRAVAUX ■ PASSATION ■ CONTENTIEUX PUBLIC ■ REFERE PRECONTRACTUEL
CE, 29 mars 2004, n°s 258114 et 258116, Communauté de communes Centre Littoral
- 4733** REFERE PRECONTRACTUEL ■ JUGE ■ POUVOIRS
CE, 3 mars 2004, n° 258272, Société Mak System
CE, 3 mars 2004, n° 258602, Commune de Chateaudun

SOCIÉTÉS ET AUTRES GROUPEMENTS

Par Héléna ALVES
Secrétaire général de la Rédaction
Lamy sociétés commerciales

4688

- SOCIÉTÉ ANONYME (SA)
- SOCIÉTÉ À RESPONSABILITÉ LIMITÉE (SARL)
- PERSONNE MORALE

Cass. 2^e civ., 8 juill. 2004, n^o 02-15.623

Capacité d'ester en justice d'une société transformée

La transformation régulière d'une société anonyme en une société à responsabilité limitée n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle et la capacité d'ester en justice s'attache à la personne morale en tant que sujet de droit, quelle que soit sa forme juridique.

Dès lors, a violé l'article 1844-3 du Code civil et les articles 114 et 117 du Nouveau code de procédure civile la cour d'appel qui a énoncé que, une SA ayant été transformée en SARL le 2 janvier 1999, c'est à bon droit qu'une ordonnance a constaté qu'à la date de la requête par laquelle la société avait demandé l'autorisation de pratiquer une saisie conservatoire, la SA n'existait plus et que, faute de personnalité juridique, elle n'avait plus la capacité d'ester en justice.

4689

- SOCIÉTÉ ANONYME (SA)
- DIRIGEANT
- CAUTIONNEMENT
- CONSEIL D'ADMINISTRATION
- AUTORISATION
- FAUTE DETACHABLE

Cass. com., 9 juin 2004, n^o 00-19.773

Responsabilité civile du président

La signature d'un engagement de caution, au nom de la société qu'il représente, par le président d'une société anonyme, en l'absence d'une autorisation du conseil d'administration, constitue une faute au sens de l'article L. 225-251 du Code de commerce.

Une société anonyme s'était portée caution, sous la signature du président de son conseil d'administration, de deux sociétés au profit des créanciers de ces dernières. A la suite de la défaillance d'une des sociétés cautionnées, les sociétés créancières ont formé une demande en paiement contre la caution. Leur requête a été rejetée, au

motif que la garantie n'avait pas été autorisée par le conseil d'administration. Les sociétés créancières ont alors assigné le dirigeant en dommages-intérêts. Cette seconde demande a également été écartée par les juges du fond car, selon eux, la faute commise par le président de la société n'était pas séparable de ses fonctions. Au moyen de leur pourvoi, les sociétés créancières soutenaient « que l'inopposabilité, à une société anonyme, de l'engagement de caution pris par le président du conseil d'administration sans y être autorisé préalablement par le conseil d'administration laisse subsister, à la charge du signataire de l'engagement de caution, une obligation personnelle d'exécuter un engagement qui reste valable dans ses rapports avec le créancier ».

Les Hauts Magistrats, confirmant une jurisprudence constante en la matière (cf. Cass. com., 20 oct. 1998, n^o 96-15.418, Bull. civ. IV, n^o 254, p. 211 ; Cass. com., 9 mai 2001, n^o 98-10.260 ; Cass. com., 18 déc. 2001, n^o 97-22.024), rejettent le pourvoi, considérant que la cour d'appel a légalement justifié sa décision en relevant, pour écarter la responsabilité personnelle du dirigeant, que la faute commise par ce dernier n'était pas séparable de ses fonctions de direction.

4690

- QUALIFICATION DE L'INFRACTION
- SOCIÉTÉ ÉTRANGÈRE
- ABUS DE CONFIANCE
- ABUS DE BIENS SOCIAUX

Cass. crim., 3 juin 2004, n^o 03-80.593

Abus de biens sociaux

La qualification d'abus de biens sociaux prévue aux articles L. 241-3 et L. 242-6 du Code de commerce ne peut être retenue dans le cas où une société de droit étranger a été victime des agissements du prévenu, la loi n'ayant pas inclus ce type de société dans le champ d'application de cette infraction pénale. En l'espèce, le prévenu, administrateur d'une société à responsabilité limitée (SARL), propriétaire d'un hôtel à Antibes, ayant son siège social à Jersey, et gérant de fait de la SARL gérante de l'hôtel et située également à Antibes, a réglé le cautionnement mis à sa charge par le juge d'instruction dans le cadre du contrôle judiciaire auquel il était soumis, en partie avec les fonds de la SARL et a occupé un appartement à Antibes dont les loyers ont été réglés par le débit du compte courant de cette société. Les juges du fond l'ont condamné pour abus de biens sociaux aux motifs que les faits litigieux ont été commis à partir de comptes bancaires en France, que la loi pénale française s'applique aux délits commis en France et que les articles L. 241-3 et L. 242-6 du Code de commerce, relatifs à l'incrimination d'abus de biens sociaux, « sont des dispositions pénales qui doi-

vent s'appliquer quelle que soit la nationalité de la société victime des agissements du prévenu ». Les Hauts Magistrats censurent cette décision, considérant que « l'incrimination d'abus de biens sociaux ne peut être étendue à des sociétés que la loi n'a pas prévues, telle une société de droit étranger, et pour lesquelles seule la qualification d'abus de confiance est susceptible d'être retenue ». Ainsi, même si les faits délictueux sont commis sur le territoire national, la nationalité étrangère de la société victime exclut l'application des dispositions pénales françaises relatives à l'abus de biens sociaux.

4691

- FUSION
- ABSORPTION
- DISSOLUTION
- PATRIMOINE
- TRANSMISSION UNIVERSELLE

Cass. com., 12 juill. 2004, n° 03-12.672

Fusion et dissolution de la société absorbée

La transmission universelle du patrimoine d'une société absorbée à une société absorbante peut-elle se réaliser alors même que la société absorbée n'est pas encore dissoute ?

En l'espèce, une organisation interprofessionnelle agricole habilitée à percevoir des cotisations auprès de professionnels de vin a été absorbée, par une association. Cette dernière, également reconnue organisation interprofessionnelle, déclarant venir aux droits de l'absorbée, a demandé à ce qu'un cotisant soit condamné sous astreinte à lui communiquer les déclarations nécessaires à l'établissement de ses cotisations.

Les juges du fond ont déclaré la demande recevable. En effet, après avoir constaté qu'une loi était nécessaire à la dissolution de l'organisation absorbée, laquelle avait été créée par voie législative, la cour d'appel a retenu qu'il importait peu qu'une telle loi ne soit pas encore intervenue. Selon elle, la dissolution de l'absorbée n'est pas une condition de l'existence et de la réalisation du traité de fusion mais une conséquence de celles-ci. La circonstance que l'absorbée continue d'exister en tant que personne morale ne rend pas sans effet la subrogation intervenue au profit de l'association absorbante et ne prive pas celle-ci de son droit d'agir.

Néanmoins, la Cour de cassation ne suit pas le même raisonnement et casse l'arrêt d'appel en vertu du principe selon lequel le patrimoine est indissociablement lié à la personne. Ainsi, la transmission universelle à la personne morale absorbante du patrimoine de la personne morale absorbée est indissociable de la dissolution de cette dernière et ne peut se réaliser tant que cette personne morale n'est pas dissoute.

FONDS DE COMMERCE ET BAUX COMMERCIAUX

Par Julie VASA
Secrétaire général de la Rédaction
Lamy droit commercial

4692

- BAIL COMMERCIAL
- RENOUELEMENT DU BAIL
- LOYER
- FIXATION
- PRESCRIPTION

Cass. 3^e civ., 30 juin 2004, n° 03-10.661

Prescription de l'action en fixation du loyer : quel point de départ ?

Le renouvellement d'un bail peut s'opérer à l'initiative d'un locataire qui en fait la demande à son bailleur lorsque ce dernier ne lui a pas auparavant donné congé (cf. C. com., art. L. 145-10, al. 1^{er}). Le bailleur dispose alors d'un délai de trois mois à compter de la signification de la demande pour faire savoir au locataire s'il refuse le renouvellement. A défaut, il est réputé avoir accepté le principe du renouvellement (cf. C. com., art. L. 145-10, al. 4). Néanmoins, même si le principe du renouvellement d'un bail est acquis, que ce soit à compter de l'acceptation du bailleur ou de l'expiration du délai de trois mois, le nouveau bail ne prend pas pour autant et nécessairement immédiatement effet, les parties pouvant s'accorder sur une date ultérieure.

Tel était le cas dans l'affaire rapportée. Le 14 août 1992, un locataire avait demandé le renouvellement d'un bail commercial, initialement formé le 1^{er} août 1983, avec effet rétroactif le 1^{er} août 1992. Le bailleur n'ayant pas répondu à cette demande dans le délai de trois mois, le principe du renouvellement était donc acquis à compter du 15 janvier 1993. Toutefois, le nouveau bail n'avait pris effet qu'à partir du 24 juin 1993, les parties s'étant accordées sur cette date à la suite d'un courrier envoyé par le bailleur le 21 juillet 1993. Dans la mesure où aucun accord n'avait pu être trouvé sur le montant du loyer, le bailleur avait alors notifié un mémoire au locataire le 12 juin 1995 à cette fin. L'action en fixation du loyer était-elle alors prescrite ? La réponse à cette question impliquait de se prononcer sur le point de départ de la prescription biennale :

- s'agissait-il de la date d'acceptation du principe du renouvellement ;
- ou bien de la date d'effet du nouveau bail ?

Par un arrêt du 30 juin 2004 destiné à une large publication, y compris à son *Rapport annuel* ce qui laisse entendre qu'il s'agit d'une décision de principe, la Cour de cassation se prononce en faveur

de la seconde alternative. Elle juge ainsi qu'« ayant relevé que les parties s'étaient accordées sur une prise d'effet du nouveau bail à compter du terme d'usage du 24 juin 1993 et que l'acceptation du principe du renouvellement telle que réputée par l'article L. 145-10 du Code de commerce était intervenue avant cette date, différente de celle de l'expiration du bail précédent, la cour d'appel en a exactement déduit que le point de départ de la prescription devait se situer à la date de prise d'effet du nouveau bail et que le mémoire notifié le 12 juin 1995 par les bailleurs avait interrompu une prescription qui n'avait commencé à courir que le 24 juin 1993 ».

► OBSERVATIONS

Le fait que l'action en fixation du loyer commercial soit soumise à la prescription biennale est bien établi (cf. Cass. 3^e civ., 17 avr. 1996, n° 94-17.181, Gaz. Pal. 1996, 2, jur., p. 571, note Barbier J.-D. ; Cass. 3^e civ., 1^{er} juill. 1998, n° 96-20.204, Bull. civ. III, n° 149, p. 99).

Néanmoins, il n'en allait pas de même en ce qui concerne le point de départ de cette prescription. En effet, un arrêt du 17 décembre 2002 avait posé qu'en cas d'acceptation du bailleur d'une demande de renouvellement par application de l'article L. 145-10 du Code de commerce, la prescription commençait à courir à partir de la date de cette acceptation (cf. Cass. 3^e civ., 17 déc. 2002, n° 01-11.226). Cette solution avait fait l'objet de critiques dans la mesure où elle aboutissait à faire courir la prescription avant le début du bail (cf., ainsi, Blatter J.-P., La prescription doit-elle commencer à courir avant le début du bail ?, AJDI 2003, p. 317).

La Cour de cassation revient donc nettement sur sa position dans l'arrêt rapporté.

4693

- BAIL COMMERCIAL
- RENOUVELLEMENT DU BAIL
- STATUT DES BAUX COMMERCIAUX
- FONDS DE COMMERCE
- EXPLOITATION

Cass. 3^e civ., 16 juin 2004, n° 03-11.314

Condition d'application du statut des baux commerciaux

Des locaux à usage d'entrepôt avaient fait l'objet d'un bail de courte durée puis de prorogations successives. Le bailleur avait argué, devant des juges d'appel, du fait qu'à l'expiration du bail de 23 mois, il s'était opéré un nouveau bail, soumis quant à lui au statut des baux commerciaux, ce qui lui permettait d'être en droit de réclamer un loyer au locataire jusqu'au renouvellement du bail.

Mais il n'a pas obtenu gain de cause, la Cour de cassation jugeant qu'« ayant relevé que les locaux loués étaient constitués d'un entrepôt de stockage et de bureaux et que le bail précisait qu'ils seraient à usage

d'entreposage de produits de grande consommation, et ayant retenu que le preneur n'avait jamais eu l'intention d'exploiter un magasin de vente dans ces locaux, qu'il n'était pas contesté qu'aucune clientèle n'y avait été reçue et qu'en conséquence les locaux ne constituaient pas le lieu d'exploitation d'un fonds de commerce, la cour d'appel en a exactement déduit que la société locataire était en droit de quitter les lieux au terme de la dernière prorogation de la convention (...) ».

► OBSERVATIONS

En vertu de l'article L. 145-1, I du Code de commerce, « les dispositions du [statut des baux commerciaux] s'appliquent aux baux des immeubles ou locaux dans lesquels un fonds est exploité (...) ». Aussi, sans exploitation de fonds de commerce, le statut des baux commerciaux ne saurait s'appliquer. C'est ce que décide la Cour de cassation dans la présente espèce, originale dans la mesure où la revendication de la propriété commerciale émane ici du bailleur alors, qu'en général, c'est davantage le locataire qui l'invoque au soutien d'une demande de renouvellement de son bail.

4694

- BAIL COMMERCIAL
- LOYER
- VALEUR LOCATIVE
- FIXATION
- APPRECIATION SOUVERAINE

Cass. 3^e civ., 3 juin 2004, n° 03-12.202

Appréciation souveraine de la valeur locative par les juges du fond

C'est par une décision du 3 juin 2004 que la Cour de cassation affirme son refus d'exercer un quelconque contrôle sur les calculs opérés par les juges du fond dans la fixation d'une valeur locative.

En l'espèce, un locataire faisait grief à une décision d'appel d'avoir fixé la valeur locative sans rechercher si la surévaluation du loyer pratiquée pendant neuf ans, résultant de l'absence de versement d'un pas de porte à l'origine, ne correspondait pas précisément au versement d'un tel pas de porte.

Le moyen est donc rejeté par la Haute Juridiction, au motif que « les juges du fond fixent souverainement la valeur locative en adoptant le mode de calcul qui leur apparaît le meilleur ».

► OBSERVATIONS

La solution n'est pas nouvelle, la Cour de cassation ayant toujours refusé de contrôler le mode de calcul retenu par les juges du fond pour la fixation d'une valeur locative ; seul importe le fait qu'ils se réfèrent, pour ce faire, aux critères définis par les articles 23-1 à 23-5 du décret n° 53-960 du 30 septembre 1953 (cf., notamment, Cass. 3^e civ., 7 mai 1986, n° 83-14.535, Bull. civ. III, n° 63, p. 49 ; Cass. 3^e civ., 16 oct. 1990, n° 89-16.159, Gaz. Pal. 1991, 1, jur., p. 84, note Barbier J.-D.).

4695

- BAIL COMMERCIAL
- RENOUELEMENT DU BAIL
- LOYER
- FACTEURS LOCAUX DE COMMERCIALITE
- MODIFICATION

Cass. 3^e civ., 30 juin 2004, n° 03-10.754

Modification des facteurs locaux de commercialité notable, certaine et directe

Des juges d'appel, saisis dans le cadre d'un litige portant sur le déplaçonnement d'un loyer commercial, avaient tranché en faveur du propriétaire du local dans lequel était exploité un restaurant, en retenant que « *même s'il reste beaucoup de choses à faire, il apparaît que tous les efforts effectués par la municipalité pour rendre de plus en plus attrayant ce quartier typique et historique (...) ont entraîné une amélioration des facteurs locaux de commercialité, qui ne peuvent être que des atouts positifs pour des restaurants* ».

C'était là méconnaître les articles L. 145-34 du Code de commerce et 23-4 du décret n° 53-960 du 30 septembre 1953, dispositions visées par la Cour de cassation pour fonder la censure de la décision des juges du fond. La cour d'appel aurait dû rechercher, « *d'une part, si les modifications des facteurs locaux de commercialité dont elle s'était bornée à constater qu'elles profitaient aux restaurants en général, pouvaient concerner le fonds de commerce exploité par le locataire* » et, « *d'autre part, si ces modifications présentaient un caractère notable* ».

► OBSERVATIONS

Les deux motifs de cassation avancés dans la présente affaire sont classiquement retenus par la jurisprudence.

En ce qui concerne, tout d'abord, l'article 23-4 du décret n° 53-960 du 30 septembre 1953, la Cour de cassation estime que la modification des éléments qui y sont définis – à savoir « *l'importance de la ville, du quartier ou de la rue où il est situé, du lieu de son implantation, de la répartition des diverses activités dans le voisinage, des moyens de transport, de l'attrait particulier ou des sujétions que peut présenter l'emplacement pour l'activité considérée* » – doit être certaine et directe avec le commerce considéré (cf., par exemple, Cass. 3^e civ., 17 févr. 1981, n° 79-14.753, Bull. civ. III, n° 33, p. 25, Rev. loyers 1981, p. 254 ; Cass. 3^e civ., 4 mars 1987, n° 85-16.563, Bull. civ. III, n° 39, p. 24, JCP éd. G 1987, IV, p. 159, Loyers et copr. 1987, n° 138). Or, en l'espèce, les juges du fond ont considéré que les modifications en cause ne pouvaient être que bénéfiques « *pour des restaurants* ». Ils auraient dû préciser en quoi le commerce du locataire était concerné par ces modifications.

Ensuite, l'article L. 145-34 du Code de commerce fonde lui aussi la censure dans la mesure où le caractère notable de l'amélioration des facteurs de commercialité n'a pas été

démonstré, les juges du fond disposant d'un pouvoir d'appréciation souveraine de ce caractère (cf., sur ce point, Cass. 3^e civ., 5 mai 2004, n° 03-10.477, Rev. Lamy dr. aff. 2004, n° 74, n° 4619).

4696

- BAIL COMMERCIAL
- RENOUELEMENT DU BAIL
- LOYER COMMERCIAL
- LOCAL MONOVALENT
- IMPOT FONCIER

Cass. 3^e civ., 30 juin 2004, n° 03-12.811

Loyer du bail renouvelé d'un local monovalent en cas d'augmentation de l'impôt foncier

Se prévalant des dispositions de l'article 23-8 du décret n° 53-960 du 30 septembre 1953 en vertu desquelles « *le prix du bail des locaux construits en vue d'une seule utilisation peut, par dérogation aux dispositions qui précèdent, être déterminé selon les usages observés dans la branche d'activité considérée* », un bailleur sollicitait le déplaçonnement du loyer de locaux qu'il louait à l'occasion du renouvellement du bail. Si ces locaux abritaient un hôtel-restaurant, ils étaient également le lieu d'un commerce de bar-tabac-journaux. En outre, le bailleur arguait d'une augmentation de l'impôt foncier qui devait, selon lui, être prise en compte dans la fixation du loyer du bail renouvelé.

Aucun des moyens soulevés au soutien de son pourvoi en cassation n'est retenu par les Hauts Magistrats. Ils considèrent, en premier lieu, qu'« *ayant relevé, à bon droit, que l'article 23-8 du décret du 30 septembre 1953 ne s'applique que si les locaux sont aménagés de manière à constituer une exploitation unique concernant une même clientèle, et constaté qu'en l'espèce, l'activité de l'hôtel-restaurant était quasiment nulle et qu'en réalité les lieux étaient affectés principalement et presque de manière exclusive à un usage de "bar-tabac-journaux" s'adressant à une clientèle tout à fait distincte de la clientèle d'un établissement hôtelier, la cour d'appel a pu en déduire que les locaux n'étaient pas monovalents* ».

En outre, s'il est désormais bien établi par la jurisprudence qu'une augmentation importante de l'impôt foncier à la charge du bailleur constitue une modification d'un des éléments de la valeur locative pouvant justifier le déplaçonnement (cf. Cass. 3^e civ., 13 juill. 1999, n° 97-18.623, Bull. civ. III, n° 171, p. 118, Rev. Lamy dr. aff. 1999, n° 21, n° 1313, obs. Montégudet G. ; Cass. 3^e civ., 2 févr. 2000, n° 98-14.104, Bull. civ. III, n° 22, p. 15, Rev. Lamy dr. aff. 2000, n° 27, n° 1683, obs. Haberer J., Loyers et copr. 2000, n° 170, RD imm. 2000, p. 258, obs.

Derruppé J. ; Cass. 3^e civ., 10 déc. 2002, n° 01-10.819), *a contrario*, si l'augmentation n'est pas conséquente, le dé plafonnement sera impossible. Ainsi, la Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir jugé que l'augmentation de 25 % du montant des taxes foncières entre 1991 et 2000 ne peut pas être considérée comme une modification notable au sens de l'article 23-3 du décret n° 53-960 du 30 septembre 1953.

4697

- BAIL
- LOCATAIRE-CESSION DU BAIL
- CHARGE
- ENTRETIEN
- RESILIATION EN COURS DE BAIL

Cass. 3^e civ., 30 juin 2004, n° 02-20.721

Le défaut d'entretien sanctionné par la résiliation du bail

A propos d'un bail commercial, la Cour de cassation a considéré que la clause selon laquelle le preneur s'oblige à entretenir les lieux en bon entretien de réparation et les rendre en bon état de toutes réparations locatives en fin de bail pouvait être sanctionnée par la résiliation du contrat.

En l'espèce, à l'occasion de la cession du bail, les bailleurs avaient fait dresser un constat des lieux avant d'invoquer un manquement à l'obligation d'entretien et solliciter la résiliation de la location avec dommages-intérêts.

Les juges du fond avaient estimé que l'obligation d'entretenir les lieux loués et de les rendre en fin de bail en bon état ne pouvait recevoir application qu'en fin de bail. Telle ne fut pas la position de la Haute Juridiction, qui, sous le visa de l'article 1134 du Code civil, rappelle la force obligatoire des stipulations contractuelles dont le non-respect peut être sanctionné au cours du bail (*Cass. 3^e civ., 30 juin 2004, n° 02-20.721*).

► OBSERVATIONS

La jurisprudence s'était prononcée de longue date sur l'impossibilité pour le bailleur d'exiger l'exécution de travaux ou la réparation en cours de bail (CA Nîmes, 22 mai 1855, D. 1855, 5, p. 276 ; CA Rouen, 3 déc. 1992, RJDA 1993, n° 7, cité *in* Code des baux Dalloz, note 9 sous C. civ., art. 1728).

Toutefois, il y a lieu d'examiner attentivement la rédaction de la clause du bail, afin de bien déterminer l'étendue des obligations du locataire. Dès lors qu'il est stipulé que le locataire s'engage à entretenir les lieux loués en parfait état de réparation, rien n'interdit au bailleur d'agir en résiliation du bail pour non-respect de cette obligation.

Par Pascal Mendak

PROPRIETE INDUSTRIELLE

Par Julie VASA

4698

- BREVET
- EXPLOITATION
- USURPATION
- FRUITS

Cass. com., 28 avr. 2004, n° 02-21.585

Revendication et sort des fruits tirés de l'exploitation du brevet par l'usurpateur

Une société P., titulaire d'une licence sur un brevet 1, dépose un brevet 2 mais elle est alors assignée en revendication de ce dernier brevet par la société S., titulaire du brevet 1. Un arrêt d'appel définitif du 7 novembre 1991 attribue la propriété du brevet 2 à la société S. Aussi, en 1992, la société P. assigne l'autre en nullité du brevet 1, du contrat de licence et en restitution de ses droits sur le brevet 2. Ces demandes sont finalement accueillies par un arrêt du 5 juillet 1995 devenu irrévocable. Forte de cette décision, la société P. poursuit donc la société S. en restitution des sommes perçues au titre de l'exploitation du brevet 2 pour la période allant du 7 novembre 1991 au 5 juillet 1995. Néanmoins déboutée en cause d'appel, la société P. se pourvoit en cassation et trouve alors un écho favorable à sa demande. Les Hauts Magistrats, visant les articles 449 et 450 du Code civil, censurent en effet la décision d'appel qui, pour rejeter la demande en restitution des fruits tirés par la société S. de l'exploitation du brevet 2, a retenu que cette société a possédé jusqu'au 5 juillet 1995 ce brevet de bonne foi en vertu d'un titre translatif de propriété légitime, à savoir la décision de 1991. En statuant ainsi, « *alors que le possesseur, même de bonne foi, doit restituer les fruits au propriétaire qui revendique la chose à compter du jour de la demande, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

4699

- BREVET
- CONTREFAÇON
- SAISIE-CONTREFAÇON
- CONVENTION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME (CEDH)
- PROCES EQUITABLE

Cass. com., 28 avr. 2004, n° 02-20.330

Saisie-contrefaçon et procès équitable

Par un important arrêt en date du 28 avril 2004, la Cour de cassation juge, au visa de l'article 6-1

de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ensemble l'article L. 615-5 du Code de la propriété intellectuelle, que « *le droit à un procès équitable, consacré par le premier des textes susvisés, exige que l'expert mentionné par le second pour assister l'huissier instrumentaire procédant à la saisie-contrefaçon soit indépendant des parties* ».

Une société avait été autorisée par une ordonnance à faire pratiquer une saisie-contrefaçon au préjudice d'une autre société au vu de brevets, ladite ordonnance habilitant l'huissier à se faire assister par le responsable de la propriété industrielle de la société saisissante en tant qu'expert. Un tel expert pouvait-il être qualifié d'indépendant ?

La cour d'appel saisie du litige a répondu qu'il n'en était rien. Selon elle, rien n'interdisait la désignation comme expert d'un salarié du saisissant, dont les compétences techniques seraient indispensables pour assister l'huissier, également assisté de conseils en propriété industrielle indépendants de la partie saisissante.

La Cour de cassation n'est pas de cet avis et tranche donc en sens inverse : « *en statuant ainsi, alors qu'elle constatait que l'expert désigné était le préposé de l'une des parties saisissantes, ce dont il découlait qu'il n'en était pas indépendant, la cour d'appel a méconnu les exigences du premier des textes susvisés, et violé le second par fausse application* ».

► OBSERVATIONS

La décision rapportée s'inscrit dans la droite ligne d'un arrêt rendu en matière de saisie-contrefaçon de logiciel, mais dont la portée était générale (cf. Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 2000, n° 97-21.404, Bull. civ. I, n° 210, p. 137, Rev. Lamy dr. aff. 2000, n° 31, n° 1977, D. Aff. 2000, p. 362). Une cour d'appel avait validé une saisie pratiquée par un commissaire de police assisté par le représentant du requérant, observant que l'article L. 332-4 du Code de la propriété intellectuelle donnait à celui-ci le choix de l'expert. L'arrêt avait été cassé au visa de l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 dont il résultait, selon la Cour, que l'expert doit être indépendant des parties.

On remarquera que, dans l'espèce commentée, la cour d'appel avait relevé qu'outre le responsable de la propriété industrielle de la société saisissante, l'huissier avait été assisté de conseils en propriété industrielle qu'elle avait qualifiés d'« *indépendants de la partie saisissante* ». La Cour de cassation n'ayant pas infirmé ce point particulier, on peut penser qu'elle considère, *a contrario*, que les conseils en propriété industrielle sont indépendants des personnes qu'ils conseillent. La Cour d'appel de Toulouse avait justement estimé l'inverse dans deux arrêts du 17 avril 2003 dont l'un est frappé d'un pourvoi (cf. CA Toulouse, 1^{re} ch., 17 avr. 2003, n° 1999-02414).

CONCURRENCE

Par Ronan DAVID
Secrétaire général de la Rédaction
Lamy droit économique

4700

- PRATIQUES RESTRICTIVES
- MINISTRE DE L'ECONOMIE
- INTERVENTION

Cass. com., 7 juill. 2004, n° 03-11.369

Pratiques restrictives de concurrence : limites du pouvoir d'« intervention » du ministre chargé de l'Economie

Se plaignant des pratiques commerciales, selon lui fautives, mises en œuvre par un grand distributeur, à l'occasion de la sortie de deux disques, un syndicat professionnel avait assigné cette société, ainsi que les deux maisons de disques, en paiement de dommages et intérêts. Le ministre chargé de l'Economie était alors intervenu volontairement à l'instance, sur le fondement des articles L. 442-6, III et L. 470-5 du Code de commerce.

Rappelons que le premier texte institue un régime d'action en responsabilité civile, tout à fait original, au profit du Parquet, du ministre de l'Economie et du président du Conseil de la concurrence. Ces autorités sont, en effet, habilitées à exercer, pour le compte des personnes victimes des pratiques visées par ce texte, une action en réparation du préjudice causé, devant la juridiction civile ou commerciale. Il s'agit alors d'une action propre, indépendante de toute action exercée par les opérateurs économiques.

Le second article, quant à lui, prévoit que « *pour l'application des dispositions du présent livre, le ministre chargé de l'Economie ou son représentant peut, devant les juridictions civiles ou pénales, déposer des conclusions et les développer oralement à l'audience* ». Aussi cette disposition permet-elle à l'Administration d'intervenir, à titre accessoire, dans une instance pendante, devant les juridictions civiles ou commerciales, intéressant l'article L. 442-6 du Code de commerce.

Les différences entre ces deux types d'intervention sont grandes et la Cour de cassation a eu l'occasion, dans l'arrêt rapporté, de les mettre en exergue.

En effet, suivant en cela l'analyse développée par les juges du fond, les magistrats de la chambre commerciale, après avoir constaté que le ministre s'est « *borné à déposer des conclusions, sur le fondement des dispositions de l'article 56 de l'ordonnance [du 1^{er} décembre 1986], devenu l'article L. 470-5 du Code de commerce, au soutien des prétentions du [syndicat], sans formuler aucune demande distincte* »,

déduisent que sa présence dans le débat ne revêt pas le caractère d'une « intervention », au sens de l'article L. 442-6, III précité.

La conséquence directe est la suivante : l'action intentée par le syndicat ayant été déclarée irrecevable, l'« intervention » du ministre doit, à son tour, être considérée comme irrecevable.

4701

- INTERNET
- NOM DE DOMAINE
- NOM COMMERCIAL
- CONCURRENCE DELOYALE

Cass. com., 7 juill. 2004, n° 02-17.416

Nom commercial d'une entreprise utilisé comme nom de domaine sur Internet

Par un arrêt en date du 7 juillet 2004, la chambre commerciale de la Cour de cassation se prononce, pour la première fois à notre connaissance, sur la question de l'utilisation par deux sociétés, ayant une activité similaire, d'une même dénomination, dans un cas pour désigner le nom commercial de l'entreprise, dans l'autre, pour identifier un site Internet. Le litige portait sur l'appellation « *Rennesimmo* ». Cette expression constituait la désignation habituelle de l'agence immobilière R. mais était également utilisée par la société B., le site Internet de cette dernière étant dénommé <www.rennesimmo.com>.

Invoquant la confusion ainsi créée, la société R. a alors introduit une action en justice, sur le fondement de la concurrence déloyale, afin de voir son préjudice réparé et pour que soit enjoint à l'entreprise B. de ne plus utiliser le vocable litigieux.

A l'inverse, la défenderesse faisait valoir que son comportement n'était pas fautif puisque non frauduleux. A l'appui de cet argument, elle invoquait le fait que le nom de domaine qu'elle avait choisi correspondait bien à son activité et à son implantation géographique. Elle affirmait, en outre, que l'agence R. ne disposait d'aucun droit sur ce nom.

Il revenait, par conséquent, aux juges d'arbitrer entre deux droits : l'un né de l'antériorité d'usage sur le nom commercial et l'autre résultant de la réservation du nom de domaine.

La cour d'appel ayant déclaré fondée l'action en concurrence déloyale (cf. CA Rennes, 2^e ch., 22 mai 2002), un pourvoi a été formé. La Cour de cassation confirme, aujourd'hui, la solution retenue : « *Mais attendu, d'une part, qu'ayant constaté que le nom de domaine utilisé par la société B. est un vocable imitant l'enseigne et le nom commercial de la société R. et que le peu de différences existant entre les deux dénominations*

engendre la confusion dans l'esprit d'un client d'attention moyenne, la cour d'appel, qui a retenu que l'utilisation d'un nom commercial dans un nom de domaine, qui porte atteinte à la fonction d'identification ou de publicité du nom commercial antérieurement utilisé par un concurrent exerçant dans un même secteur d'activité et sur une même zone géographique, constitue un acte de concurrence déloyale, a statué à bon droit ».

DISTRIBUTION

Par Ronan DAVID

4702

- AGENT IMMOBILIER
- AGENT COMMERCIAL
- REGIME APPLICABLE

Cass. com., 7 juill. 2004, n° 02-18.135

Application de la loi Hoguet à un agent commercial

L'article L. 134-1, alinéa 2, du Code de commerce exclut du régime des agents commerciaux « *les agents dont la mission de représentation s'exerce dans le cadre d'activités économiques qui font l'objet, en ce qui concerne cette mission, de dispositions législatives particulières* ». C'est sur le fondement de ces dispositions, et de celles issues de la loi dite « *Hoguet* » réglementant la profession d'agent immobilier (cf. L. n° 70-9, 2 janv. 1970), que M. L. entendait faire prononcer la nullité de son contrat d'agent commercial et faire, ainsi, échec à l'application de la clause de non-concurrence, dont il n'avait pas respecté les termes.

Dans un arrêt de rejet, la chambre commerciale de la Cour de cassation fait droit à ses demandes. A cet égard, elle énumère les éléments tendant à rattacher M. L. au statut d'agent immobilier. Ainsi, elle retient que le contrat litigieux exigeait de lui l'absence de condamnation interdisant la profession d'agent immobilier ou encore que mandat lui avait été donné de réaliser l'achat, la vente, l'échange d'immeubles ou l'achat et la vente de fonds de commerce.

Elle conclut, dès lors, que l'agent commercial prêtait de manière habituelle son concours à la conclusion de contrats préliminaires à la vente, l'achat d'immeubles, de fonds de commerce ou de biens immobiliers et note qu'il pouvait même assister à l'authentification de ces opérations devant notaire. D'ailleurs, elle poursuit en constatant que sa rémunération était fixée comme en matière d'opérations de marchands de biens.

Finalement, au vu de l'ensemble de ces circonstances, les Hauts Magistrats décident que c'est à bon droit que les juges du fond ont considéré que pareille activité est régie par la loi du 2 janvier 1970 et, qu'en conséquence, M. L., relevant

de dispositions spécifiques, est exclu de l'application du statut des agents commerciaux.

4703

- DISTRIBUTION
- INFORMATION PRECONTRACTUELLE
- VICE DU CONSENTEMENT

Cass. com., 7 juill. 2004, n° 02-15.950

Sanction du défaut d'information précontractuelle

Aux termes de l'article L. 330-3 du Code de commerce, « 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 ».

Dans l'espèce rapportée, les gérants d'une station-service se fondaient sur le non-respect de cette obligation d'information précontractuelle pour invoquer la nullité du contrat d'exploitation. Toutefois, conformément à une jurisprudence constante (cf. Cass. com., 10 févr. 1998, n° 95-21.906, Bull. civ. IV, n° 71, p. 55, Rev. Lamy dr. aff. 1998, n° 4, n° 212, obs. Storrer P., D. Aff. 1998, p. 375, obs. Petit E., RTD civ. 1998, p. 365, obs. Mestre J., JCP éd. E 1998, p. 894, note Leveneur L. ; Cass. com., 5 déc. 2000, n° 97-21.631 ; Cass. com., 11 mars 2003, n° 97-14.366), selon laquelle la méconnaissance par une partie des dispositions précitées ne peut entraîner la nullité de la convention qu'autant qu'elle a eu pour effet de vicier le consentement – cela n'étant pas retenu en l'espèce du fait de l'expérience reconnue des mandataires – leur demande est rejetée.

La Cour de cassation, confirmant ainsi l'analyse des juges du fond, constate en effet « qu'à la date à laquelle elle a signé le contrat pour l'exploitation de la station en cause, la société X. avait exploité depuis plus de six années des stations-services Esso dans des environnements fort différents et avait été à même d'apprécier les chances et les risques d'une telle exploitation ».

Par ailleurs, les demandeurs reprochaient à la cour d'appel d'avoir inversé la charge de la preuve, en les rendant débiteurs de l'obligation de se renseigner, alors que, selon eux, c'était sur la société Esso que devait peser une telle obligation. Il s'agit là de la question importante, et non clairement résolue aujourd'hui, du rôle, plus ou moins actif, qui incombe au créancier de l'obligation d'information précontractuelle. Et, en l'occurrence, la chambre commerciale qualifie cet argument de « motifs inopérants mais surabondants ». Il apparaît donc que la Cour de cassation, retenant certainement ici la qualité de professionnels indépendants et, de surcroît, expérimentés,

des exploitants, considère que ces derniers ne peuvent se contenter de réceptionner des renseignements, sans eux-mêmes participer à leur recherche.

4704

- AGENT COMMERCIAL
- IMMATRICULATION

Cass. com., 7 juill. 2004, n° 02-17.107

Portée de l'immatriculation de l'agent commercial au registre spécial

« L'article 1^{er} de la loi du 25 juin 1991 (...) ne subordonne pas l'application du statut des agents commerciaux à l'inscription sur le registre spécial qui est une mesure de police professionnelle ».

Telle est la substance d'un important arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 7 juillet 2004. En affirmant aussi clairement ce principe, les Hauts Magistrats dissipent les quelques doutes, encore persistants, concernant la portée de l'immatriculation des agents commerciaux au registre spécial.

En l'espèce, un laboratoire pharmaceutique avait conclu le 1^{er} août 1992 avec la société I. un contrat de promotion de ses produits, qu'elle a rompu environ quatre ans plus tard. Se prévalant du statut d'agent commercial, le mandataire l'a assigné en paiement d'une indemnité de clientèle. Les juges du fond ayant accueilli favorablement cette demande, le laboratoire s'est alors prévalu du défaut de preuve d'immatriculation de la société I. au registre spécial, pour demander la non-application du statut d'agent commercial et, par conséquent, l'exclusion de toute obligation de versement d'une indemnité de clientèle du fait de la rupture de la convention.

Cet argument est rejeté par la Cour de cassation dans les termes rappelés ci-dessus.

La solution était pressentie depuis quelque temps et certains arrêts de la chambre commerciale allaient déjà dans ce sens (cf., notamment, Cass. com., 10 déc. 2003, n° 01-11.923, Bull. civ. IV, n° 198, p. 220, Rev. Lamy dr. aff. 2004, n° 68, n° 4239, obs. David R.). Surtout, une telle position est conforme au droit communautaire, la Cour de justice des Communautés européennes ayant dit pour droit que la directive n° 86/653/CEE du 18 décembre 1986 « s'oppose à une réglementation nationale qui subordonne la validité d'un contrat d'agence à l'inscription de l'agent de commerce sur un registre prévu à cet effet » (CJCE, 30 avr. 1998, aff. C-215/97, Barbara Bellone c/ Yokohama SpA, Rec. CJCE, I, p. 2191, Europe 1998, n° 194, p. 11 ; adde, dans le même sens, CJCE, 13 juill. 2000, aff. C-456/98, Centrosteeel Srl c/ Adipol GmbH, Rec. CJCE, I, p. 6007, JCP éd. E 2001, p. 702, n° 25).

L'arrêt sera publié au *Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation*.

CONSOMMATION

Par Ronan DAVID

4705

- CREDIT A LA CONSOMMATION
- PRET AFFECTE
- OFFRE PREALABLE
- MENTION

Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2004, n° 03-11.840

Mention sur le contrat de crédit de la prestation financée

Les articles L. 311-20 et suivants du Code de la consommation, relatifs aux crédits affectés, prévoient des mesures protectrices de l'emprunteur, en organisant une interdépendance forte entre le contrat principal, c'est-à-dire essentiellement un contrat de vente ou de prestation de services, et le contrat de crédit, destiné à financer l'opération en question. Reste que pour bénéficier de ces dispositions, un certain nombre de conditions doit être rempli.

Ainsi, pour la Cour de cassation, il résulte de l'article L. 311-20 du Code de la consommation qu'« *un prêt n'est soumis aux dispositions relatives aux prêts affectés que lorsque l'offre préalable mentionne le bien ou la prestation de services financé* ». La solution est importante en pratique, comme l'illustre la présente espèce.

Mme B. s'était inscrite à un club de gymnastique et avait conclu, à cette fin, un crédit utilisable par fractions et assorti d'une carte de crédit, suivant une offre préalable acceptée qui ne portait pas mention du financement d'une prestation de services déterminée. La salle de sport ayant été fermée, un an plus tard, à la suite d'un incendie, elle a alors sollicité, auprès de l'établissement prêteur, la suspension des prélèvements, le remboursement des sommes perçues depuis le sinistre ainsi que la résolution du contrat de crédit.

Le tribunal d'instance a accueilli ces prétentions. Il a constaté, en effet, que le contrat de crédit avait été offert par la société exploitant la salle de gymnastique, mandataire de l'établissement prêteur, dans l'unique but de financer l'abonnement souscrit le même jour. De la sorte, selon les juges du fond, Mme B. n'avait comme seul interlocuteur et au même moment que le prestataire de services.

La Haute Juridiction balaye ces circonstances de fait et leur préfère la lettre de l'article L. 311-20 précité : « *en statuant ainsi sans constater que l'offre préalable mentionnait la prestation de service financée, le tribunal n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

La Cour de cassation a déjà eu l'occasion d'affirmer un tel principe (cf. Cass. 1^{re} civ., 17 févr. 1998, n° 96-13.050). Cependant, à l'époque, l'arrêt était resté inédit, contrairement à la solution rendue ce 29 juin 2004, qui fait l'objet d'une large publication.

CREDIT ET GARANTIES DU CREDIT

Par Delphine CHEMIN
Secrétaire général de la Rédaction
Lamy droit du financement

4706

- CREDIT-BAIL IMMOBILIER
- RESILIATION
- CONTRAT
- CLAUSE

Cass. com., 30 juin 2004, n° 02-16.863

Crédit-bail immobilier : analyse de la clause de résiliation

Un arrêt de la Cour de cassation du 30 juin 2004 fournit une illustration au principe émis par l'article L. 313-9, alinéa 2, du Code monétaire et financier concernant l'analyse de la clause de résiliation du contrat de crédit-bail par le crédit-preneur, le droit de résiliation de ce dernier étant protégé.

Cette disposition a été, à l'origine, prévue pour protéger le crédit-preneur qui, enfermé dans un contrat ayant une durée de vie particulièrement longue, devait pouvoir y mettre fin de manière anticipée dans des conditions définies contractuellement par avance.

Dans l'espèce rapportée, cependant, c'est en la défaveur du crédit-preneur que cette disposition du Code monétaire et financier a joué. Ce dernier a en effet entendu demander en justice l'annulation de son contrat de crédit-bail sur le fondement de l'article L. 313-9. Pour ce faire, le crédit-preneur a relevé que, selon la clause de résiliation prévue au contrat, le jeu de son droit à résiliation supposait qu'il règle une somme tellement importante que dissuasive.

Les juges du fond ont alors désigné un expert chargé d'analyser l'incidence économique de la clause de résiliation. Le rapport d'expertise a conclu que le crédit-preneur n'avait aucun intérêt à mettre en jeu la clause de résiliation, les conditions financières auxquelles il devrait satisfaire le cas échéant étant équivalentes aux sommes qu'il devrait verser en cas d'exécution normale du contrat. Pour arriver à cette conclusion, l'expert a comparé la somme exigée en cas de résiliation à la valeur actualisée des loyers qui resteraient à courir à cette date, le calcul révélant une différence insignifiante.

Les juges du fond ont alors prononcé l'annulation du contrat de crédit-bail immobilier, jugeant que le droit à résiliation du preneur n'était pas respecté en l'espèce puisqu'il était mis à sa charge des obligations si dissuasives qu'il ne trouverait aucun réel avantage à résilier le contrat.

Mais, en se prononçant ainsi, les juges ont commis une erreur qui leur vaut la censure de la Cour de

cassation. Le contrat de crédit-bail dont il est question ne prévoit à aucun moment l'actualisation des loyers. La convention fait au contraire toujours référence à la valeur nominale du loyer. L'expert n'avait donc pas à comparer le montant de la pénalité de résiliation à la valeur actualisée des loyers restant à courir, mais aurait dû le faire par rapport à leur valeur nominale. En statuant comme elle l'a fait, « *tout en relevant que cette actualisation n'était pas prévue au contrat, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé [les dispositions de l'article L. 313-9, alinéa 2, du Code monétaire et financier]* ».

4707

- CREANCIER
- GARANTIE
- MISE EN ŒUVRE

Cass. com., 2 juin 2004, n° 01-15.140

Pluralité de garanties : le créancier est libre du choix des sûretés dont il dispose

Dégageant pour la première fois à notre connaissance une telle solution, la Cour de cassation décide que le créancier qui dispose de plusieurs sûretés pour le garantir peut librement mettre en œuvre l'une quelconque d'entre elles afin d'obtenir paiement.

Dans l'espèce rapportée, une banque avait consenti à une société deux prêts ainsi qu'un découvert en compte courant. En contrepartie, la banque avait obtenu, pour garantie de sa créance, plusieurs engagements de cautions ainsi qu'une garantie à première demande limitée, celle-ci, en durée jusqu'au 29 février 1992.

Le 1^{er} avril 1993 cependant, alors que le solde débiteur du compte courant n'avait jusqu'alors cessé de croître tandis que les échéances impayées des prêts s'étaient accumulées, la banque a mis en demeure l'une des cautions en exécution de son engagement.

La caution, qui ne l'entendait pas de cette oreille, a assigné la banque en justice. Elle a alors soutenu devant les juges que la banque avait commis une faute en négligeant d'appeler la garantie à première demande avant que celle-ci n'expire.

La cour d'appel a sans difficulté admis le caractère fautif du comportement de la banque jugée négligente. Mais tel n'est pas le sentiment de la Cour de cassation qui censure ici la décision des premiers juges. Le créancier dispose en la matière d'une liberté. « *Sauf fraude ou abus, le créancier qui bénéficie d'une pluralité de sûretés ne commet pas de faute en choisissant le moyen d'obtenir le paiement de sa créance* ». La caution devait donc s'exécuter conformément à son engagement.

PAIEMENT

Par Delphine CHEMIN

4708

- CARTE BANCAIRE
- FRAUDE
- RESPONSABILITE

Cass. com., 23 juin 2004, n° 02-15.547

Fraude à la carte bancaire sans utilisation physique de celle-ci

Par un arrêt du 23 juin 2004, la Cour de cassation se prononce sur les responsabilités encourues en cas d'utilisation frauduleuse d'une carte de crédit. Elle retient en l'espèce que l'émetteur de la carte doit à son titulaire annulation et remboursement du débit constaté.

Quoique l'arrêt que nous rapportons ne se fonde pas sur ce texte – les faits étaient intervenus avant son entrée en vigueur –, l'on peut citer ici l'article L. 132-4 du Code monétaire et financier, tel qu'issu de la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne : « *La responsabilité du titulaire d'une carte (...) n'est pas engagée si le paiement contesté a été effectué frauduleusement, à distance, sans utilisation physique de sa carte. (...) Si le titulaire de la carte conteste par écrit avoir effectué un paiement ou un retrait, les sommes contestées lui sont recreditées sur son compte par l'émetteur de la carte ou restituées, sans frais, au plus tard dans le délai d'un mois à compter de la réception de la contestation* ».

C'est de cela dont il était justement question dans l'arrêt du 23 juin 2004. Le porteur d'une carte bancaire avait demandé à la banque émettrice la restitution de sommes prélevées sur son compte par une société en exécution d'un ordre de paiement qu'il niait avoir donné.

Les premiers juges ont rejeté sa demande, retenant que la facturation litigieuse a été effectuée au moyen d'un numéro de code de carte bancaire dont la banque ne pouvait vérifier les conditions d'utilisation.

Mais la Haute Juridiction n'est pas du même avis. Comme elle ne pouvait se fonder sur l'article L. 132-4 du Code monétaire et financier, l'espèce rapportée étant antérieure à l'entrée en vigueur du texte, la Cour se place sur le moyen analogue tout aussi efficace tiré de l'article 1937 du Code civil. Les Hauts Magistrats énoncent alors que « *le paiement était intervenu à distance sans utilisation physique de la carte ni saisie du code confidentiel* », ce dont il résultait pour la banque l'obligation d'annuler le débit qui était contesté. Le titulaire avait donc droit au remboursement des sommes débitées lors de l'utilisation frauduleuse de sa carte.

REDRESSEMENT ET LIQUIDATION JUDICIAIRES

Par Julie VASA

4709

- CONTRAT EN COURS
- BAIL COMMERCIAL
- CONGE
- ADMINISTRATEUR
- OPTION

Cass. ass. plén., 7 mai 2004, n° 02-13.225

Bail commercial non en cours lors de l'exercice de l'option de l'administrateur

Un bailleur de locaux à usage commercial donne congé à son locataire pour le 31 décembre 1993, congé avec offre de renouvellement du bail à de nouvelles conditions dont une augmentation du loyer. Avant d'être placé, le 22 décembre 1993, en redressement judiciaire, le locataire accepte le principe du renouvellement tout en contestant le loyer proposé. Prenant acte de l'ouverture de la procédure, le bailleur met alors en demeure l'administrateur de se prononcer sur la poursuite du bail le 31 décembre 1993. Si l'administrateur opte pour le renouvellement du bail dans une réponse en date du 11 février 1994, il précise néanmoins que cette poursuite du contrat s'opère aux conditions initiales.

Saisie par le bailleur d'une demande de résiliation du bail, en expulsion et en dommages et intérêts, la cour d'appel de renvoi accueille ces prétentions, retenant que le congé n'a pas mis fin aux relations contractuelles qui se poursuivaient après l'expiration du bail initial et que le défaut de réponse de l'administrateur dans le délai d'un mois entraîne une présomption irréfragable de renonciation à la poursuite du contrat.

Sa décision est aujourd'hui fermement censurée par la Cour de cassation réunie en Assemblée plénière. Visant les articles 5 et 7 du décret n° 53-960 du 30 septembre 1953 (devenus C. com., art. L. 145-9 et L. 145-12) et l'article 37 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 dans sa rédaction applicable en la cause (devenu C. com., art. L. 621-28), elle juge que « *le bail commercial renouvelé après délivrance d'un congé est un nouveau bail, le précédent cessant par l'effet du congé ; il en résulte qu'il ne constitue pas un contrat en cours dont l'administrateur du redressement judiciaire du preneur peut exiger l'exécution* ». Aussi, en statuant comme elle l'a fait, « *alors que, le bail en vigueur à la date d'ouverture de la procédure collective étant arrivé à son terme, les relations entre les parties ne pouvaient se poursuivre qu'en vertu d'un nouveau bail, de sorte qu'il ne s'agissait pas d'un contrat en*

cours au sens du dernier des textes susvisés, la cour d'appel a violé lesdits textes ».

► OBSERVATIONS

La question qui se posait en l'espèce était de déterminer la qualification à attribuer à un bail commercial en cours au jour de l'ouverture de la procédure collective du locataire, lorsqu'un congé a été délivré pour une date antérieure à l'exercice de son droit d'option par l'administrateur judiciaire.

La Haute Juridiction avait déjà jugé, dans cette affaire, « *qu'à la date de la mise en demeure adressée à l'administrateur, le bail en cours à la date d'ouverture de la procédure collective arrivait à son terme et qu'un nouveau bail était susceptible d'être conclu après fixation du montant du loyer, de sorte que les dispositions de l'article 37 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 étaient sans application en l'espèce* » (Cass. com., 17 févr. 1998, n° 95-13.296, Bull. civ. IV, n° 72, p. 56, Rev. Lamy dr. aff. 1998, n° 5, n° 307, obs. Montégudet G., RJDA 1998, n° 6, n° 756, D. Aff. 1998, p. 582, Loyers et copr. 1998, n° 128).

Face à la résistance de la cour d'appel de renvoi (cf. CA Chambéry, 1^{er} févr. 2002), l'Assemblée plénière de la Cour de cassation confirme donc la solution de 1998. Elle énonce, en premier lieu, que « *le bail commercial renouvelé après délivrance d'un congé est un nouveau bail, le précédent cessant par l'effet du congé* ». La procédure collective ayant été ouverte avant la date d'effet du congé, le bail était bien en cours au jour de cette ouverture. Toutefois, il ne l'était plus lors de l'exercice de son droit d'option par l'administrateur ayant eu lieu après la date d'effet du congé, option qui ne pouvait donc valablement être exercée.

4710

- OUVERTURE DE LA PROCEDURE
- ARRET DES POURSUITES INDIVIDUELLES
- CLAUSE COMPROMISSOIRE

Cass. com., 2 juin 2004, n° 02-13.940

Cass. com., 2 juin 2004, n° 02-18.700

Précisions sur la portée d'une clause compromissoire en cas de procédure collective

La Cour de cassation précise, par deux arrêts en date du 2 juin 2004, quelle est la portée d'une clause compromissoire qu'un créancier souhaite mettre en œuvre alors même que son cocontractant fait l'objet d'une procédure collective.

On retient du premier arrêt que « *le principe d'ordre public de l'arrêt des poursuites individuelles interdit, après l'ouverture de la procédure collective, la saisine du tribunal arbitral par un créancier dont la créance a son origine antérieurement au jugement d'ouverture, sans qu'il se soit soumis au préalable à la procédure de vérification des créances* » (Cass. com., 2 juin 2004, n° 02-13.940).

Après cette procédure de vérification des créances et lorsque le juge-commissaire est saisi, il doit se

déclarer incompetent. C'est ce qu'il résulte du second arrêt rédigé en ces termes : « *lorsque l'instance arbitrale n'est pas en cours au jour du jugement d'ouverture, le juge-commissaire, saisi d'une contestation et devant lequel est invoquée une clause compromissoire, doit, après avoir, le cas échéant, vérifié la régularité de la déclaration de créance, se déclarer incompetent à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ou inapplicable* » (Cass. com., 2 juin 2004, n° 02-18.700).

4711

- DECLARATION DES CREANCES
- CREANCE ALIMENTAIRE
- PENSION ALIMENTAIRE
- PRESTATION COMPENSATOIRE

Cass. crim., 9 juin 2004, n° 03-84.029

Absence de déclaration d'une créance alimentaire

Par une décision du 9 juin 2004, la chambre criminelle de la Cour de cassation considère que, d'une part, « *une créance présentant un caractère alimentaire, n'a pas à être déclarée au passif du débiteur soumis à une procédure collective et échappe ainsi à l'extinction, faute de déclaration, édictée par l'article L. 621-46 du Code de commerce ; que, d'autre part, le débiteur soumis à une procédure collective est tenu de payer la créance d'aliments sur les revenus dont il conserve la disposition* ».

Ce faisant, elle confirme son adhésion à la position retenue par la chambre commerciale le 8 octobre 2003 (cf. Cass. com., 8 oct. 2003, n° 99-21.682, Bull. civ. IV, n° 151, p. 170, Actualité proc. coll. 2003, n° 18, n° 230, note Storck M., D. 2004, p. 54, obs. Lucas F.-X. ; Cass. com., 8 oct. 2003, n° 00-14.760 ; sur ces deux arrêts, cf. Rev. Lamy dr. aff. 2004, n° 67, n° 4183, obs. Vasa J.), alignement qu'elle avait initié en janvier 2004 (cf. Cass. crim., 7 janv. 2004, n° 03-82.337, Bull. crim., n° 5, p. 19, D. 2004, p. 419, obs. Lienhard A.).

4712

- PLAN DE CESSION
- REPRESENTATION
- MANDATAIRE AD HOC

Cass. com., 2 juin 2004, n° 03-11.090

Qualité requise pour demander la désignation d'un mandat ad hoc

A la suite de l'arrêt d'un plan de cession totale d'une entreprise, ses anciens dirigeants avaient saisi le président du tribunal aux fins de voir désigner un mandataire *ad hoc* dont la mission était de représenter la société pour faire appel du jugement ayant

arrêté la cession totale. Il a été fait droit à leur demande et le mandataire désigné s'est acquitté de sa mission. Statuant en référé, le même magistrat a ensuite déclaré nulle l'ordonnance désignant le mandataire *ad hoc* et l'a rétractée.

Approuvant la décision des juges d'appel qui avaient infirmé cette décision, la Cour de cassation juge que « *l'ancien représentant légal de la société dissoute par l'effet d'un plan de cession totale a qualité, comme tout intéressé, pour demander la désignation d'un mandataire "ad hoc" chargé de représenter cette société pour l'exercice de ses droits propres* ».

La Cour de cassation avait en l'espèce été saisie pour violation des articles L. 237-19 du Code de commerce et 32 du Nouveau code de procédure civile, qui disposent respectivement que « *si les associés n'ont pu nommer un liquidateur, celui-ci est désigné par décision de justice à la demande de tout intéressé [...]* » et qu'« *est irrecevable toute prétention émise par ou contre une personne dépourvue du droit d'agir* ». Elle considère donc que l'ancien dirigeant d'une société dissoute fait partie des personnes ayant intérêt à demander la désignation d'un mandataire *ad hoc*, aux fins de faire appel de la décision rejetant le plan de continuation de ladite société.

DROIT DE L'INFORMATIQUE ET DES RESEAUX

Par Lionel COSTES
Secrétaire général de la Rédaction
Lamy droit de l'informatique et des réseaux

4713

- INTERNET
- MARQUES
- REPRODUCTION
- DENIGREMENT

TGI Paris, 9 juill. 2004, n° 02/16189, Société des Participations du Commissariat à l'énergie atomique c/ Association Greenpeace France et autres

Internet, marques, liberté d'expression et acte de dénigrement

Si le Tribunal de grande instance de Paris rejette, par son jugement du 9 juillet 2004, l'action en contrefaçon de marques introduite par la demanderesse de l'espèce (Société des participations du Commissariat à l'énergie atomique) à l'encontre des associations défenderesses (Greenpeace France et Greenpeace New Zeland), il considère, en revanche, que celles-ci ont commis des actes de dénigrement à son détriment, en associant des images de mort à la reproduction des marques « A » et « A Areva », dont la demanderesse est titulaire.

De fait, les défenderesses avaient ouvert sur leurs sites Internet respectifs des pages consacrées à leur

campagne dénonçant le niveau alarmant de la pollution radioactive générée par le groupe Areva et sur lesquelles figuraient les signes « A » et « A Areva » associés notamment à une tête de mort ou à un poisson « mort » ou « mal en point » et à un slogan.

Pour estimer non caractérisée la contrefaçon des dites marques, le Tribunal prend en considération les adjonctions qui ont été systématiquement apportées à ces signes et déduit, au vu de l'importance des modifications ainsi opérées, que ces ajouts apportent aux marques en cause, qu'ils ne sauraient être considérés comme insignifiants et privent en conséquence la demanderesse de la protection réservée par l'article L. 713-2 du Code de la propriété intellectuelle à la reproduction à l'identique.

De même, il considère que la reprise de ces marques ne constitue pas davantage une contrefaçon par imitation et, ce, dès lors qu'« en associant les marques de la SPCEA à des têtes de mort, des poissons, des bombes nucléaires (...), les associations Greenpeace montrent clairement leur volonté de dénoncer les activités de ladite société dont elles critiquent les incidences sur l'environnement, sans induire en erreur le public quant à l'identité de l'auteur des messages ; que par ailleurs les associations Greenpeace n'ont pas vocation à promouvoir des produits et services de substitution à l'énergie nucléaire et ne proposent aucun produit ou service aux particuliers de sorte que le consommateur ne peut être tenté de se détourner de la marque Areva par l'effet de leur campagne ».

Il en conclut qu'« en l'état d'un différend étranger à la vie des affaires, l'article L. 713 du Code de la propriété intellectuelle n'est pas davantage applicable ».

Le Tribunal suit, en revanche, la société demanderesse sur le terrain du dénigrement. Celle-ci faisait donc grief aux défenderesses d'avoir reproduit et utilisé ses marques assimilées, de façon systématique, à une représentation symbolique de la mort. En effet, à le suivre, « la notion de dénigrement implique une démarche dont le but est de discréditer, de décrier ou de rabaisser (...) ».

Et de poursuivre dans les termes suivants : « que la représentation litigieuse consiste à associer au sigle et aux lettres A d'Areva le symbole projeté au sol par ceux-ci d'une tête de mort stylisée placée au cœur du symbole de la radioactivité ; que la demanderesse utilise certes le symbole de la radioactivité dans l'exercice de son activité nucléaire ; mais que cette association d'images est immédiatement perçue comme signifiant qu'Areva répand la mort ; qu'il en est de même de l'autre image utilisée, à savoir la représentation d'un poisson mort sur le corps duquel apparaissent des gouttes rouges formant, par leur association, le sigle A d'Areva ; que les défenderesses excipent de la liberté d'expression qui doit prévaloir particulièrement sur un sujet aussi essentiel que celui des choix énergétiques ; mais qu'elles pouvaient utiliser tous autres moyens, y compris sous forme d'images, pour illustrer leurs positions et alerter le public sur les dangers que représenteraient selon elle les choix adoptés en matière nucléaire ; qu'une association aussi réductrice et définitive du sigle d'une société à l'image de la mort participe d'autant moins du débat

d'idées que la capacité d'Areva à maîtriser l'énergie nucléaire n'est pas mise en doute par les associations Greenpeace ; que l'équation "Areva = mort" procède donc d'une démarche purement dénigrante qui engage la responsabilité de leurs auteurs ».

Aussi estime-t-il que le préjudice subi du fait dudit dénigrement sera justement indemnisé à hauteur de la somme de 10 000 euros dans la mesure où seule est en cause la diffusion sur les sites Internet des défenderesses.

► OBSERVATIONS

Il convient de relever que dans une espèce voisine, ce même Tribunal avait déjà considéré par un jugement en date du 30 janvier 2004, rendu à propos de la reproduction sur le site Internet de Greenpeace de la marque Esso, en remplaçant les lettres S d'Esso par des signes évoquant le dollar américain – la dénomination modifiée apparaissant seule ou en association avec le mot « Stop » (« Stop Esso ») – que la contrefaçon par reproduction et par imitation des marques Esso n'était pas caractérisée (cf. TGI Paris, 3^e ch., 30 janv. 2004, n° 02/09302, Société Esso c/ Greenpeace France et autre, Rev. Lamy dr. aff. 2004, n° 70, n° 4387, obs. Costes L.). Néanmoins, et contrairement au présent jugement, il avait estimé que, ce faisant, Greenpeace avait « inscrit son action dans les limites de la liberté d'expression et dans le respect des droits de la société Esso sur ses marques, d'une part, et qu'aucun risque de confusion n'était susceptible de naître dans l'esprit du public d'autre part ».

Cette opposition s'explique uniquement par le fait qu'est ici spécialement visée l'association qui est ainsi faite des dites marques avec la mort et qui ne saurait donc être justifiée par la liberté d'expression. Il n'en était pas de même dans l'affaire Esso dans laquelle l'association qui était faite avec le dollar américain visait à faire ressortir le lien entre Esso et le pouvoir financier représenté par ce dernier.

On relèvera encore, toujours à propos de la marque Esso, que la Cour d'appel de Paris avait rappelé sur ce terrain, dans un arrêt du 26 février 2003, que « si (la) liberté d'expression n'est pas absolue, elle peut néanmoins subir les restrictions rendues nécessaires par la défense des droits d'autrui » (CA Paris, 14^e ch., 26 févr. 2003, n° 2002/16307, Association Greenpeace France c/ Société Esso, Rev. Lamy dr. aff. 2003, n° 59, n° 3727, obs. Costes L., Grands arrêts de la propriété intellectuelle, D. 2003, n° 1, comm. Vivant M.).

4714

- INTERNET
- NOM DE DOMAINE
- AFNIC
- CHARTE DE NOMMAGE

TGI Paris, réf., 12 juill. 2004, François Bayrou c/ Stéphane H.

Enregistrement de nom de domaine en fraude des droits sur le nom

Il est ordonné au défendeur de l'espèce, par une ordonnance de référé du Tribunal de grande ins-

tance de Paris en date du 12 juillet 2004, de procéder à la fermeture du site Internet attaché au nom de domaine <françois.bayrou.fr> ainsi que de procéder à son transfert entre les mains de François Bayrou et, ce, sous astreinte en cas de retard, nom de domaine dont il proposait la vente par l'intermédiaire d'une société contre le versement de la somme de 10 000 euros.

Il est ainsi fait droit à l'action introduite par ce dernier visant à faire constater que ledit défendeur a indûment enregistré ce nom de domaine en fraude de ses droits sur son nom et son patrimoine, enregistrement à l'origine pour lui d'un trouble manifestement illicite et pour lequel il demandait donc qu'il y soit mis un terme.

Il faisait référence à cette fin aux dispositions de l'article L. 711-4 du Code de la propriété intellectuelle qui, en son alinéa g, prévoit expressément que le droit à la personnalité, notamment un nom patronymique, un pseudonyme ou une image, est susceptible de constituer un droit antérieur à une marque. De fait, pour le juge des référés, « *il n'est pas contestable que François Bayrou a droit au respect des attributs de sa personnalité, et en particulier de ses prénom et patronyme ; qu'au demeurant (le défendeur) ne pouvait ignorer qu'il lui appartenait en vertu de l'article 19 de la charte de l'AFNIC de s'assurer que le terme utilisé pour nom de domaine ne portait pas atteinte aux droits de François Bayrou à ses nom et prénom ; qu'enfin il apparaît évident que le comportement de celui-ci n'est inspiré que par l'intention de tirer profit de la notoriété attachée au nom de ce personnage public* ».

Tout en estimant le demandeur fondé à prétendre à l'indemnisation du préjudice moral découlant de cet enregistrement, il relève dans le même temps que le nom de domaine était mis en vente sans site Web et que l'activité du site afférent semble bien se réduire à l'acheminement vers un site offrant de vendre ce nom de domaine.

Il en conclut que le commerce ainsi fait de nom de domaine utilisant l'identité de plusieurs personnages publics justifie de condamner le défendeur à payer au demandeur l'indemnité provisionnelle de 50 000 euros à valoir sur les dommages-intérêts auxquels il peut prétendre en réparation du préjudice.

► OBSERVATIONS

Le défendeur avait profité de l'assouplissement par l'AFNIC de sa charte de nommage intervenu le 11 mai 2004 et qui permet désormais à toute personne physique ou morale de déposer des noms de domaine en <.fr> sans aucun justificatif, pour procéder à l'enregistrement litigieux.

On rappellera que, précédemment, il n'était possible d'obtenir un nom de domaine que sous la double condition que le demandeur à l'enregistrement, personne morale, dispose de droits sur le nom de domaine dont il demande l'enregistrement en en justifiant par la communication par exemple d'un extrait « *K bis* » ou de l'enregistrement d'une marque.

La présente ordonnance confirme le fait que cet abandon de tout formalisme ne saurait pour autant signifier que les droits existants ne seraient plus opposables. Ils le demeurent donc.

Il en est ici du droit du demandeur au respect des attributs de sa personnalité et, plus précisément, de ses nom et patronyme.

DROIT DES MEDIAS ET DE LA COMMUNICATION

Par Lionel COSTES

Secrétaire général de la Rédaction

Lamy droit des médias et de la communication

4715

- AUDIOVISUEL
- LICENCE EXCLUSIVE D'EXPLOITATION

Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2004, n° 00-19.859

Concession d'une licence exclusive d'exploitation cinématographique, télévisuelle et vidéographique d'un film

Par acte du 23 mars 1990, publié au registre public de la cinématographie et de l'audiovisuel (RPCA), une société avait concédé une licence exclusive d'exploitation cinématographique, télévisuelle et vidéographique d'un film pour divers pays dont la France, la diffusion par satellite étant toutefois exclue.

Des clauses de la convention subordonnaient toute sous-licence ou cession à l'accord écrit et préalable du concédant.

Le 15 novembre 1991, la société Studio Canal + a conventionnellement obtenu du concessionnaire les droits d'exploitation télévisuelle dudit film en France par câble et par voie hertzienne avant de les céder le 12 décembre 1991 à la société Canal + pour diffusion par câble et satellite.

Les juges d'appel, pour dire les clauses du contrat du 23 mars 1990 opposables au sous-cessionnaire, ont relevé qu'elle n'avait sollicité du conservateur du registre que des extraits de l'acte, en négligeant ainsi la faculté ouverte par l'article 37 du Code de l'industrie cinématographique à toute personne intéressée d'en obtenir délivrance intégrale, sans qu'il soit justifié d'une pratique professionnelle tenant pour suffisante la consultation d'extrait, laquelle ne saurait aller contre l'opposabilité des droits afférents à un film dès le jour de leur dépôt, spécifiquement prévue à l'article 33 du même Code. De plus, ils ont énoncé que la société sous-cessionnaire n'avait pu se satisfaire de la mention figurant au contrat du 11 novembre 1991 selon laquelle le cessionnaire déclarait disposer sans restriction ni réserve des droits cédés.

Pour la Cour de cassation, les juges d'appel ont, en se prononçant de la sorte, justifié leur décision sur ce point (*cf.*, dans le même sens, Cass. 1^{re} civ., 12 mai 2004, n° 00-19.948).

4716

- DROIT D'AUTEUR
- COPIE PRIVÉE SONORE
- REMUNERATION

Cass. crim., 15 juin 2004, nos 02-80.439 et 03-85.477

Non-caractérisation du délit de l'article L. 335-4 du Code de la propriété intellectuelle

La Cour de cassation censure par la présente décision, l'arrêt d'appel qui avait relaxé les prévenus de l'espèce pour les délits réitérés de non-versement de la rémunération pour copie privée sonore.

Les juges d'appel avaient estimé que le délit prévu par l'article L. 335-4 du Code de la propriété intellectuelle suppose, pour qu'il puisse être constitué, que soit établie l'intention coupable de son auteur, preuve de cette intention, qui à les suivre, n'était pas rapportée par les parties civiles. Une société avait mis en circulation en France des cassettes audiovisuelles vierges.

Ne parvenant pas à obtenir l'intégralité du versement de la rémunération due à l'auteur, à l'artiste-interprète ou au producteur de phonogrammes ou de vidéogrammes au titre de la copie privée, les parties civiles avaient, sur le fondement des articles L. 311-4 et L. 335-4, alinéa 3, fait citer devant le tribunal correctionnel les dirigeants de cette société.

Pour entrer en voie de relaxe, les juges d'appel avaient énoncé que les prévenus ayant obtenu des délais de paiement accordés par les parties civiles, la preuve de leur intention coupable n'était pas rapportée.

Ce n'est donc pas l'analyse que fait la Haute Juridiction qui considère qu'« en se déterminant ainsi, alors qu'en dépit des accords de règlement conclus, la persistance du défaut de versement de la rémunération pour copie privée, exigible depuis la mise en circulation des supports d'enregistrement, excluait la bonne foi des prévenus, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision ».

4717

- PRESSE
- COMMUNIQUE RADIOPHONIQUE
- PRESCRIPTION

Cass. 2^e ch. civ., 8 juill. 2004, n° 01-10.426

Atteinte portée à la présomption d'innocence : fondements juridiques et prescription

La Haute Juridiction rappelle, dans le présent arrêt, que « les abus de la liberté d'expression prévus par la loi du 29 juillet 1881 et portant atteinte au respect de la présomption d'innocence peuvent être réparés sur le fondement unique de l'article 9-1 du Code civil ».

Elle procède à ce rappel à propos de la publication par

l'AFP de dépêches qui faisaient état de la mise en examen et de l'incarcération à la maison d'arrêt d'une avocate, celle-ci étant soupçonnée d'avoir renseigné des trafiquants de drogue. De plus, elles présentaient cette affaire comme unique, indiquant qu'il fallait se reporter six ans en arrière pour trouver une affaire d'une gravité comparable.

S'estimant diffamée et victime d'une atteinte à la présomption d'innocence, l'avocate a introduit une action à l'encontre de la société nationale de radiodiffusion Radio France en réparation de son préjudice sur le fondement des articles 29, alinéa 1^{er}, de la loi du 29 juillet 1881 et 9-1 du Code civil, action qui fut reçue par les juges d'appel sur le seul fondement de l'article 9-1.

Pour rejeter le grief fait à la cour d'appel de s'être prononcée en ce sens, la Cour de cassation relève que les juges d'appel ont retenu que la demanderesse visait indistinctement, et, sans les hiérarchiser, plusieurs fondements juridiques au soutien de prétentions uniques, et qu'il était du devoir du juge sinon de considérer qu'il n'était en réalité saisi que d'une demande fondée sur l'article 9-1 du Code civil, du moins envisager les faits dont ils étaient saisis sous toutes les qualifications juridiques proposées et spécialement sous l'angle de l'atteinte à la présomption d'innocence ; que le seul visa de l'article 29 ne suffisait pas à rendre toutes autres demandes irrecevables.

Et de relever qu'en cause d'appel, la demanderesse ne fonde plus ses prétentions que sur l'article 9-1 du Code civil. Elle précise à cette occasion que « selon l'article 65-1 de la loi du 29 juillet 1881, les actions civiles fondées sur une atteinte au respect de la présomption d'innocence commise par l'un des moyens visés à l'article 23 de cette loi se prescrivent après trois mois révolus à compter du jour de l'acte de publicité ; que ces dispositions spéciales, d'ordre public, dérogeant au droit commun, le délai de trois mois court à nouveau à compter de chaque acte interruptif de la prescription abrégée prévue par ce texte ».

Elle en déduit que si c'est à tort que la cour d'appel a décidé que le demandeur n'avait pas à réitérer trimestriellement son intention de poursuivre l'action engagée, la censure de sa décision n'est pas encourue de ce chef, dès lors que l'application immédiate de cette règle de prescription dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un procès équitable, au sens de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

4718

- INTERNET
- DROIT D'AUTEUR
- CURRICULUM VITAE
- CONTREFAÇON

TGI Paris, 3^e ch., 29 juin 2004, Société MultiCV et autres c/ William J. et autre

Reproduction de CV sur Internet sans l'autorisation de leur auteur

A suivre le présent jugement du Tribunal de grande instance de Paris, les défendeurs de l'es-

DROIT DES ASSURANCES

Par Anne MARCHAND
Lamy assurances

4719

- VOL
- EXCLUSION
- CLES

Cass. 2^e civ., 8 juill. 2004, n^o 03-15.04

Assurance vol et clés sur le démarreur

La Cour de cassation refuse de considérer que le vol du véhicule de l'assuré est exclu de la garantie alors même que ce dernier avait laissé ses clés sur le contact.

En l'espèce, M. B., alors qu'il avait laissé son véhicule stationné devant chez lui, moteur éteint, portières non verrouillées et clés sur le démarreur, le temps de refermer le portail de son domicile, a été victime du vol de ce véhicule qu'il n'a pu empêcher, un complice s'étant interposé alors qu'il se précipitait sur le voleur qui s'introduisait dans la voiture. L'assureur refuse de garantir le sinistre à l'appui d'une clause d'exclusion relative aux « vols survenus lorsque les clés ont été laissées sur ou à l'intérieur du véhicule ». Pour dire que l'assureur n'était pas tenu à garantie et rejeter la demande de l'assuré en ce sens, l'arrêt de la cour d'appel retient qu'il résulte de la plainte déposée par celui-ci que les violences subies par l'assuré n'ont pas été perpétrées dans le but de commettre le vol puisqu'elles sont postérieures à celui-ci et sont sans incidence sur sa survenance ; l'assureur est donc fondé à invoquer l'exception de garantie prévue par la police.

La décision est censurée au visa de l'article L. 113-1 du Code des assurances : « en statuant ainsi, par des motifs dont il résulte que le vol a été perpétré en raison des violences commises sur M. B., et non du seul fait de la présence des clés sur le démarreur du véhicule de ce dernier, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

Il résultait, en effet, des termes de la plainte déposée par l'assuré, que ce dernier était sorti de son véhicule en ayant laissé les clés de contact dans le démarreur ; qu'il avait extrait de celle-ci un homme qui s'y était introduit, qu'un échange de coups s'en était suivi entre cet homme, son complice et lui-même, mais que les deux malfrats avaient réussi à s'enfuir. Les juges du fond en avaient alors conclu que les violences commises n'avaient pas eu d'incidence sur la survenance du vol du véhicule laissé ouvert avec la clé sur le neiman. Le pourvoi conteste cette analyse par les juges et estime par ailleurs qu'ils auraient dû rechercher si, du fait que l'assuré était resté à côté de son véhicule et des violences qu'il a subies alors qu'il tentait d'empêcher le vol, ces circonstances avaient eu la moindre incidence sur la réalisation du risque.

pèce qui ont reproduit sur leur site Internet, après les avoir partiellement modifiés, des modèles de *curriculum vitae* sans l'autorisation de leur auteur, ont porté atteinte à leurs droits moraux ainsi qu'aux droits patrimoniaux de la société qu'ils ont créée. De même, il considère qu'en exploitant sur ce même site des modèles de lettres de motivation et des CV provenant d'un téléchargement du site exploité par cette société et leur permettant de faire figurer le nom de leur site sur le moteur de recherche Google à partir d'une recherche sur le nom commercial de cette dernière, ils ont commis des actes de concurrence déloyale à son détriment.

Aussi, il leur fait interdiction de poursuivre ces actes illicites et les condamne *in solidum* à payer, d'une part, aux demandeurs 5 000 euros au titre de la réparation de l'atteinte à leurs droits moraux d'auteur et, d'autre part, à la société demanderesse, 10 000 euros en réparation de l'atteinte à ses droits patrimoniaux et du préjudice résultant des actes de concurrence déloyale.

Pour considérer que les demandeurs sont fondés à opposer aux défendeurs leurs droits d'auteur sur les modèles de lettres de motivation et de CV qu'ils ont créés, le tribunal retient pour les premiers que si leur présentation n'est pas protégeable, car reprenant un modèle classique, leur contenu l'est dès lors qu'il est élaboré à partir d'un exemple type d'offre d'emploi, qui représente de façon synthétique la personnalité du candidat. Il est par conséquent original et empreint de la personnalité de leur auteur.

Il en va de même pour les seconds dans la mesure où leur contenu est empreint de la personnalité de leur auteur et où il est le fruit de l'imagination de celui-ci, qui crée des personnes à la carrière fictive.

Pour estimer que les griefs de contrefaçon sont fondés en application de l'article L. 122-4 du Code de la propriété intellectuelle, le Tribunal retient que les modifications qui ont été apportées par les défendeurs aux modèles de CV des demandeurs sont insignifiantes et ne suppriment notamment pas les éléments de carrières créés par ces derniers.

Enfin, pour considérer comme caractérisée la concurrence déloyale, le Tribunal relève que l'un des défendeurs exploitait, même après des modifications, les modèles qu'il avait téléchargés sans en avoir modifié les propriétés informatiques de telle sorte que son site était accessible depuis le nom du site des demandeurs et, ce, dans un but commercial.

De fait, ainsi qu'il est souligné, l'exploitation de ces propriétés informatiques lui permettait de détourner la clientèle des demandeurs et ce, même si le site de ces derniers apparaissait en premier lors de la recherche, la clientèle pouvant, dès lors que le site dudit défendeur lui était signalé, réaliser des comparaisons de prix et éventuellement au détriment de celui des demandeurs.

La Cour de cassation accueille ces arguments par une décision qui, bien que rendue en formation restreinte, est destinée à être publiée au *Bulletin civil* ainsi que dans son *Bulletin d'information*.

4720

- CONTRAT D'ASSURANCE
- DECLARATION DU RISQUE
- FAUSSE DECLARATION

Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2004, n° 03-14.726

Nullité du contrat pour fausse déclaration

La nullité du contrat est encourue pour réticence ou fausse déclaration intentionnelle, alors même que le risque omis ou dénaturé par l'assuré a été sans influence sur le sinistre.

En l'espèce, afin de garantir contre les risques décès et invalidité le remboursement d'un prêt qui leur avait été consenti, les époux L. adhèrent à l'assurance de groupe souscrite par la banque. A la suite d'une thyroïdectomie entraînant pour l'assuré une décision d'incapacité totale et définitive à l'emploi, l'assureur, qui avait pris en charge le remboursement des échéances du prêt, a cessé tout versement en invoquant la nullité du contrat pour fausse déclaration intentionnelle, un contrôle médical lui ayant révélé que l'assuré avait dissimulé, lors de l'adhésion, une hospitalisation pour une sciatique. Sur assignation de l'assuré, un tribunal retient l'existence d'une fausse déclaration intentionnelle et prononce la nullité du contrat. La cour d'appel infirme ce jugement au motif que « *cette réticence qui n'avait pas changé l'objet du risque, n'en avait pas non plus diminué l'opinion pour l'assureur* ». L'arrêt d'appel relève, en effet, en se fondant sur une attestation émanant de l'assureur, que si l'assuré avait déclaré cette hospitalisation antérieure, les garanties couvertes auraient concerné, outre le décès, l'incapacité totale de travail sauf celle résultant de troubles lombo-sciatiques, et l'invalidité absolue et définitive, sauf celle résultant de troubles lombo-sciatiques.

La Cour de cassation casse cette décision, au visa de l'article L. 113-8 du Code des assurances : « *En retenant que l'omission de déclaration n'avait pas été de nature à changer l'objet du risque ou à en diminuer l'opinion pour l'assureur puisque, en dépit de cette restriction de garantie, le montant de la prime d'assurance serait demeurée la même, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé le texte susvisé* ».

4721

- CONTRAT D'ASSURANCE
- PRESCRIPTION
- IMPOSSIBILITE D'AGIR

Cass. 2^e civ., 8 juill. 2004, n° 03-14.717

Impossibilité d'agir (non)

La prescription de deux ans prévue par l'article L. 114-1 du Code des assurances ne peut

être suspendue que par des circonstances mettant la partie qui en invoque la suspension dans l'impossibilité d'agir. Tel n'est pas le cas de l'assuré qui, dès lors qu'il a été avisé du refus de l'assureur de garantir le sinistre déclaré, se trouve en mesure d'agir.

Ainsi, doit être rejeté le pourvoi soutenant que « *la prescription ne saurait courir à l'insu de celui contre lequel elle court* » et que « *c'est à la suite d'une modification tout à fait récente du droit positif que le refus de garantie de l'assureur adressé à l'assuré a été considéré comme faisant courir le délai de prescription de deux ans visé à l'article L. 114-1 du Code des assurances, en sorte qu'à réception du courrier du 19 mai 1994 par lequel l'assureur refusait sa garantie, l'assuré ne pouvait savoir que la prescription biennale courait contre lui* ».

Cette décision sera publiée au *Bulletin civil* et au *Bulletin d'information de la Cour de cassation*.

4722

- ACCIDENT DU TRAVAIL
- FAUTE INEXCUSABLE
- PREUVE

Cass. 2^e civ., 8 juill. 2004, n° 02-30.984

Faute inexcusable de l'employeur et charge de la preuve

Il incombe au salarié de prouver que l'employeur, qui devait avoir conscience du danger auquel il était exposé, n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver.

Alors qu'il effectuait des travaux de débroussaillage pour son entreprise à l'aide d'une pelle mécanique, un employé se blesse à l'œil ; le rotor du broyeur, accrochant un grillage, avait projeté le piquet qui y était attaché dans le pare-brise de l'engin.

Pour déclarer établie la faute inexcusable de l'employeur, les juges du fond relèvent que le salarié soutient que, lors de l'accident, le broyeur n'était pas muni du dispositif de protection approprié et que si ce dispositif existait lors de l'examen de la machine par le technicien conseil de l'assureur, cet examen avait eu lieu plusieurs mois après l'accident, de sorte que l'employeur ne pouvait pas avoir pris les mesures nécessaires pour éviter toute projection en direction de la cabine. L'arrêt est censuré au visa des articles L. 411-1 et L. 452-1 du Code de la sécurité sociale, de l'article L. 230-2 du Code du travail et de l'article 1315 du Code civil.

Dans cet arrêt destiné à figurer dans son *Rapport annuel* pour 2004, la Cour de cassation, après avoir rappelé la définition de la faute inexcusable de l'employeur, énonce : « *En se déterminant ainsi, alors qu'il incombait au salarié de prouver que son employeur, qui devait avoir conscience du danger auquel il était exposé, n'avait pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver, qui a inversé la charge de la preuve, a violé les textes susvisés* ».

4723

- INDEMNISATION
- CALCUL
- DISPOSITIONS FISCALES

Cass. 2^e civ., 8 juill. 2004, n° 03-16.173

Dispositions fiscales et calcul du préjudice

Les dispositions fiscales frappant les revenus sont sans incidence sur les obligations des personnes responsables du dommage et le calcul de l'indemnisation de la victime. C'est ce qu'on peut lire dans un arrêt du 8 juillet 2004 destiné à une publication au *Bulletin civil* et au *Bulletin d'information de la Cour de cassation*.

Ainsi, doit être cassée, la décision d'appel qui, pour procéder à l'évaluation du préjudice économique de l'ayant droit de la victime décédée, retient la situation de chacun des membres du foyer au jour de l'accident en se fondant sur les revenus de la victime hors abattements fiscaux de 10 et 20 % et sur ceux de l'ayant droit. Les juges du fond ont violé l'article 1382 du Code civil.

DROIT IMMOBILIER

Par Pascal MENDAK
Secrétaire général de la Rédaction
Lamy droit immobilier

4724

- VENTE D'IMMEUBLE
- JOUISSANCE DE L'IMMEUBLE
- ANNULATION DE LA VENTE
- INDEMNITE D'OCCUPATION

Cass. ch. mixte, 9 juill. 2004, n° 02-16.302

L'indemnité d'occupation et l'annulation de la vente

Par une décision rendue en chambre mixte le 9 juillet dernier, la Cour de cassation s'est prononcée sur la question du versement d'une indemnité d'occupation par l'acquéreur d'un bien immobilier qui a eu la jouissance dudit bien pendant plusieurs années avant que la vente ne soit annulée.

En l'espèce, le propriétaire de deux maisons contiguës les avait vendues à deux personnes différentes. Or, l'une d'elles, constatant l'imbrication des deux logements, a fait annuler la vente sur le fondement de l'article 1116 du Code civil. En effet, compte tenu de la configuration des lieux, le logement ne pouvait être acquis qu'en copropriété, ce que les acquéreurs ignoraient et, s'ils l'avaient su, ils n'auraient pas fait l'acquisition. La vente a alors été annulée par un arrêt d'appel et la demande des vendeurs tendant au paiement d'une indemnité d'occupation par les acquéreurs a été

rejetée par jugement dont il a été fait appel. Un arrêt partiellement confirmatif a condamné les acquéreurs au paiement d'une indemnité d'occupation pour la jouissance de l'immeuble pendant soixante-cinq mois.

Les acquéreurs ont alors formé un pourvoi contre cette décision.

Retenons que, selon le moyen unique articulé en trois branches, l'annulation de la vente en raison du dol du vendeur exclut l'obtention d'une indemnité correspondant au profit retiré par l'acquéreur de l'utilisation du bien.

Selon la deuxième branche, l'acquéreur n'est pas tenu d'une indemnité, dès lors que la vente se trouve annulée en raison de la faute du vendeur ayant commis un vol.

Selon la troisième branche, et, en vertu des articles 549 et 550 du Code civil, l'acquéreur fait siens les fruits de la chose qu'il possède de bonne foi et ne doit restitution qu'à compter de la demande faite par le propriétaire donc, en l'espèce, à compter de la demande en justice et non à compter de la vente.

La chambre mixte, statuant sur les deux premières branches du moyen et visant l'article 1324 du Code civil relatif à l'extinction des obligations, censure les juges du fond en décidant que « *le vendeur n'est pas fondé, en raison de l'effet rétroactif de l'annulation de la vente, à obtenir une indemnité correspondant à la seule occupation de l'immeuble* ».

En outre, visant l'article 1382 du Code civil, la partie de bonne foi... peut seule demander la condamnation de la partie fautive à réparer le préjudice subi en raison de la conclusion du contrat annulé.

► OBSERVATIONS

A propos du droit pour le vendeur d'obtenir une indemnité en cas d'annulation de la vente ou plus précisément une indemnité de jouissance, la doctrine est partagée (pour l'obtention : Planiol, Ripert et Esmein, *Traité pratique de droit civil français*, tome VI, § 322 ; *contra*, Starck B., Roland H. et Bayer L., *Droit civil, les obligations, 2, contrat et quasi-contrat, régime général*).

Notons également que la position de la chambre mixte s'inspire de celle de la première chambre civile (*cf.* Cass. 1^{re} civ., 2 juin 1987, n° 84-16.624, Bull. civ. I, n° 183 ; Cass. 1^{re} civ., 11 mars 2003, n° 01-01.673, Bull. civ. I, n° 74).

La troisième chambre civile adoptait une position inverse en se prononçant pour le versement d'une indemnité (*cf.* Cass. 3^e civ., 12 mars 2003, n° 01-17.207, Bull. civ. III, n° 63 : enrichissement sans cause).

Plus nuancée est la position de la chambre commerciale qui varie selon ses décisions (enrichissement sans cause : *cf.* Cass. com., 16 déc. 1975, n° 74-14.207, Bull. civ. IV, n° 308 ; absence d'indemnité : *cf.* Cass. com., 11 mai 1976, n° 75-10.011, Bull. civ. IV, n° 162).

La présente décision du 9 juillet 2004, par un attendu des plus concis, semble mettre un terme à ces divergences.

Le rapport du Conseiller rapporteur, Mme Pinot, et les conclusions de l'Avocat général, M. Guérin, sont disponibles sur le site <www.courdecassation.fr>.

4725

- COPROPRIETE
- PARTIE PRIVATIVE
- SERVITUDE
- DROIT DE PASSAGE

Cass. 3^e civ., 30 juin 2004, n° 03-11.562

Servitude sur un lot de copropriété

Par une décision importante, la Cour de cassation a reconnu la validité d'une servitude sur un lot de copropriété (deux emplacements de stationnement en l'espèce). Une servitude de passage avait été constituée sur un emplacement de parking, afin que celui qui était situé derrière le fonds servant et enclavé puisse être accessible.

Il vient d'être reconnu que ce droit de passage devait s'exercer à titre de servitude réelle et perpétuelle. Rappelant que le titulaire d'un lot de copropriété dispose d'une propriété exclusive sur la partie privative de son lot et d'une propriété indivise sur la quote-part afférente à son lot, la Haute Juridiction décide ici que le régime de la copropriété « n'est pas incompatible avec l'établissement de servitudes entre les parties privatives de deux lots, ces héritages appartenant à des propriétaires distincts ».

Elle rompt ainsi avec la jurisprudence antérieure (cf. Cass. 3^e civ., 6 mars 1991, n° 89-14.374, RD imm. 1991, p. 247, obs. Capoulade et Giverdon).

Toutefois, une décision isolée avait déjà retenu la possibilité de constituer des servitudes sur parties privatives (cf. Cass. 3^e civ., 10 janv. 1984, n° 82-13.418).

4726

- COPROPRIETE
- SYNDICAT DES COPROPRIETAIRES
- ACTION EN JUSTICE
- PARTIE COMMUNE
- PARTIE PRIVATIVE
- ORIGINE DU DOMMAGE

Cass. 3^e civ., 23 juin 2004, n° 03-10.475

Action en justice du syndicat : l'assouplissement du caractère collectif du préjudice

Selon l'article 15 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965, le syndicat a qualité pour agir en justice tant en tant que demandeur qu'en tant que défendeur... Il peut notamment agir conjointement ou non avec un ou plusieurs copropriétaires en vue de la sauvegarde des droits afférents à l'immeuble, afin d'assurer la conservation de l'immeuble et l'entretien des parties communes.

Visant l'article 15 précité, la Cour de cassation s'est récemment prononcée sur la possibilité pour un syndicat d'agir en justice pour demander réparation

des préjudices affectant les parties privatives d'une majorité de copropriétaires de l'immeuble (41 sur 130) et trouvant leur origine dans les parties communes de l'immeuble. Elle y a répondu positivement, censurant ainsi les juges du fond qui avaient refusé de faire droit à la demande du syndicat, au motif que le préjudice n'était pas subi par l'ensemble des copropriétaires et qu'il n'affectait pas la totalité des parties privatives.

Selon la Haute Juridiction, « le syndicat des copropriétaires a qualité pour agir en réparation des dommages ayant leur origine dans les parties communes et affectant les parties privatives d'un ou plusieurs lots ».

► OBSERVATIONS

La « sauvegarde des droits afférents à l'immeuble » a donné lieu à nombreuses interprétations jurisprudentielles. Le syndicat est ainsi compétent pour agir en présence de dommages causés bien entendu aux parties communes mais aussi aux parties privatives, lorsqu'ils trouvent leur origine dans des parties communes (cf. Cass. 3^e civ., 31 mai 2000, n° 98-16.079, RD imm. 2000, p. 397, obs. Giverdon).

Toutefois, jusqu'à présent, le préjudice devait affecter la totalité des parties privatives (cf. Cass. 3^e civ., 12 mai 1993, n° 91-11.878, RD imm. 1993, p. 427, obs. Capoulade). L'ensemble des copropriétaires doit éprouver le préjudice (cf. Cass. 3^e civ., 19 nov. 1997, n° 96-10.827, Loyers et copr. 1998, n° 46). Aujourd'hui, la Cour de cassation, dans l'arrêt du 23 juin 2004 qui fera l'objet d'une large publication (*Bulletin civil, Bulletin d'information et Rapport*), revient sur cette exigence : le syndicat a qualité pour agir en justice alors même que le préjudice n'est pas subi par tous les copropriétaires, dès lors que le dommage trouve son origine dans les parties communes.

4727

- BAIL D'HABITATION
- CHARGE
- JUSTIFICATIF

Cass. 3^e civ., 30 juin 2004, n° 03-11.098

Les obligations du bailleur et les justificatifs de charges

Selon l'article 23 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, les demandes de provisions de charges sont justifiées par la communication des résultats antérieurs arrêtés lors de la précédente régularisation et, lorsque le bailleur est soumis au statut de la copropriété ou lorsque le bailleur est une personne morale, par le budget prévisionnel.

Le bailleur doit communiquer le décompte par nature de charges un mois avant la régularisation et durant le mois de l'envoi, il tient à la disposition du locataire les pièces justificatives.

En l'espèce, un locataire avait demandé la mise à disposition des pièces justificatives des charges réelles. Cette demande fut rejetée par les juges du fond, dès lors que le décompte transmis par le bailleur était parfaitement détaillé, permettant la

ventilation par nature de charges ; en outre, aucune disposition légale n'obligeait le bailleur à remettre une copie de tout ou partie de la comptabilité du syndicat ou à permettre au locataire d'y avoir l'accès direct.

La réponse des juges ne pouvait ici prospérer et la Cour de cassation a rappelé que le bailleur était tenu de mettre à la disposition du locataire les pièces justificatives des charges locatives figurant au décompte, quand bien même ce décompte serait très détaillé.

En revanche, La Haute Juridiction n'apporte ici aucune précision nouvelle sur la notion de pièces justificatives. Il importe donc de bien distinguer chacune des obligations du bailleur au regard de l'article 23 précité : envoi du décompte, d'une part, et mise à disposition, d'autre part.

DROIT INTERNATIONAL

Par Lionel COSTES
Secrétaire général de la Rédaction
Lamy contrats internationaux

4728

- VENTE INTERNATIONALE
- CONVENTION DE VIENNE
- EXECUTION
- OBLIGATIONS CONTRACTUELLE

Cass. 1^{re} civ., 30 juin 2004, n° 01-15.964

Interprétation d'un contrat de vente internationale au regard des dispositions de la CVIM

Une société française et une société suisse ont conclu un accord de collaboration concernant la fourniture de carters devant équiper les camions d'une autre société. La première société ayant fin audit contrat, la seconde l'a assignée devant le tribunal de grande instance en réparation du préjudice en résultant pour elle. Les juges d'appel, infirmant le jugement et appliquant la Convention de Vienne, ont estimé que la société française avait manqué à ses obligations contractuelles et devait réparer le préjudice conformément aux articles 74 et 77 de la CVIM sans pouvoir en invoquer l'article 79.

A suivre le présent arrêt de la Cour de cassation, les juges d'appel ont légalement justifié leur décision au regard des articles 2, 3, 7, 8 et 30 de la Convention et, ce, sans avoir à constater expressément l'obligation pour la société suisse de transférer la propriété.

Elle relève à cette fin, qu'ils ont retenu, d'une part, que dans le contrat litigieux les parties sont désignées comme « fabricant » et « acheteur » et, d'autre part, qu'y sont déterminées précisément la marchandise à fournir, les quantités à livrer, la méthode de détermination du prix et les modalités de paiement.

Les Hauts Magistrats en concluent qu'interprétant les éléments de preuve qui leur étaient soumis au regard des principes définis à l'article 8 de la CVIM et, notamment, de celui selon lequel les contrats doivent s'interpréter de bonne foi, ils ont pu en déduire que l'accord comportait des obligations réciproques de livrer et d'acheter une marchandise déterminée, à un prix convenu de sorte qu'il constituait une vente soumise à la Convention.

Pour considérer que c'est à juste titre que les juges d'appel ont estimé qu'il appartenait à la société française d'assumer le risque d'inexécution sans pouvoir se prévaloir des dispositions de l'article 79 de la CVIM, la Cour de cassation relève qu'ils ont retenu d'une part, qu'elle justifie des impératifs de prix de la société suisse rendant nécessaire non une renonciation du prix des carters, mais la fourniture d'une pièce différente et d'un coût de revient bien moindre, mais d'autre part, qu'elle n'établit pas le caractère imprévisible de cette modification des conditions de vente de ses produits et ce, alors que, professionnelle rompue à la pratique des marchés internationaux, il lui appartenait de prévoir des mécanismes contractuels de garantie ou de révision.

CONTRATS ET MARCHES PUBLICS

Par Claire DEMUNCK
Secrétaire général de la Rédaction
Lamy droit public des affaires

4729

- REGLEMENT COMMUNAUTAIRE
- APPLICATION DIRECTE
- RESPONSABILITE DE L'ETAT

CE, sect., 12 mai 2004, n° 236834, Société Gillot

Absence de responsabilité de l'Etat du fait d'un règlement communautaire

Le Conseil d'Etat, dans un arrêt du 12 mai 2004, souligne qu'un règlement communautaire est directement applicable en droit interne et ne laisse aucun pouvoir d'appréciation aux autorités nationales pour la mise en œuvre des règles qu'il fixe. Ces dernières sont donc tenues, aussi longtemps que la juridiction communautaire compétente n'a pas constaté l'invalidité de ces règles, de les appliquer.

Les faits de l'espèce sont les suivants. A la suite de la découverte d'un cas de fièvre aphteuse dans une exploitation agricole de la Mayenne, la Commission européenne a, par une décision du 14 mars 2001, arrêté diverses mesures de protection interdisant, notamment, la sortie de certains produits laitiers des départements concernés par la maladie. En applica-

tion de cette décision, le ministre de l'Agriculture, par des instructions impératives à caractère général en date des 15 et 16 mars 2001, a enjoint à ses services d'appliquer cette décision.

La société G., productrice de fromage établie dans l'Orne, a alors décidé de rechercher la responsabilité de l'Etat dans le préjudice qu'elle aurait subi en conséquence en soutenant que cette responsabilité serait engagée pour faute à raison du caractère illégal des instructions. Le Conseil d'Etat rejette la responsabilité de l'Etat en relevant que « la décision de la Commission, directement applicable dans l'ordre juridique interne, ne laisse aux autorités nationales aucun pouvoir d'appréciation pour la mise en œuvre des règles qu'elle fixe ».

Aussi, « les instructions litigieuses, qui ne prescrivent l'application d'aucune mesure qui n'ait été prévue par cette décision, ne méconnaissent ni le sens ni la portée de celle-ci » et que, « dès lors, à supposer même que les règles fixées par cette décision soient contraires à une norme juridique supérieure et que les instructions qui les réitèrent soient, pour ce motif, entachées d'illégalité, la faute ainsi commise ne serait pas de nature à engager la responsabilité de l'Etat, tenu, aussi longtemps que la juridiction communautaire compétente n'a pas constaté leur invalidité, d'appliquer ces dispositions en vertu des articles 10 et 249 du traité instituant la Communauté européenne ».

4730

- ACTE COMMUNAUTAIRE
- RECOURS EN ANNULATION

CJCE, 1^{er} avr. 2004, aff. C-263/02, Commission c/ Jégo-Quéré

Recours en annulation d'un règlement communautaire

La Cour de justice des Communautés européennes réaffirme, le 1^{er} avril 2004, que le Traité CE a établi un système complet de voies de droit destiné à assurer la protection effective des droits que les citoyens tirent de l'ordre juridique communautaire.

La Cour rappelle, ainsi, que les particuliers doivent pouvoir faire valoir les droits que l'ordre juridique communautaire leur octroie et doivent pouvoir saisir un juge à même de trancher leur prétention.

Dans ce sens, le Traité CE a établi un système complet de voies de recours et de procédures destiné à assurer le contrôle de la légalité des actes des institutions, en le confiant à la Cour de justice des Communautés européennes et au Tribunal de première instance des Communautés européennes. Dans ce système, les personnes destinataires d'un acte communautaire les concernant directement et individuellement ont la possibilité de le contester devant le juge communautaire par le biais d'un recours en annulation.

En revanche, l'annulation d'un acte communautaire de portée générale, tel qu'un règlement, ne saurait être obtenue par un particulier de manière directe devant les juridictions communautaires. C'est ce que décide la Cour, contrairement à ce qu'avait déclaré le Tribunal de première instance des Communautés européennes, en accueillant le recours en annulation d'une société de pêche contre un règlement fixant la taille minimale des mailles de filets (*cf. TPICE, 3 mai 2002, aff. T-77/01, Jégo-Quéré c/ Commission, Rec. CJCE, II, p. 2365*).

Ce faisant, le Tribunal rompait ainsi avec une jurisprudence selon laquelle une personne physique ou morale ne peut attaquer un acte de portée générale que si cet acte l'atteint en raison de certaines qualités qui lui sont particulières ou d'une situation de fait qui la caractérise par rapport à toute autre. La Cour de justice lui a donné tort...

4731

- CONTENTIEUX PUBLIC
- REFERE-PROVISION

CE, 2 avr. 2004, n° 256504, Société Alstom Power Turbomachines

Référé-provision : obligation non sérieusement contestable

Le juge des référés peut, même en l'absence d'une demande au fond, accorder une provision au créancier qui l'a saisi lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable (*cf. C. just. adm., art. R. 541-1*). Une société est intervenue en urgence sur des compresseurs frigorifiques équipant un sous-marin nucléaire pour des réparations, pour lesquelles elle a, par la suite, transmis les factures correspondantes. Ainsi que le souligne le Conseil d'Etat, ces travaux ont été effectués à la demande de l'administration (ici, le ministère de la Défense) et ont été utiles.

Dès lors, « il n'est pas sérieusement contestable que la société A. a droit à être indemnisée de ses dépenses ; que la société évalue sa créance à un montant de 998 832,22 F, soit 152 270,99 euros ; que l'Etat ne conteste ni le principe ni le montant de cette obligation ».

Ce faisant, la Haute Juridiction administrative infirme la position des juges du fond qui avaient considéré que la créance de la société A. ne pouvait être regardée comme non sérieusement contestable « lorsque le mandatement ou l'ordonnancement des sommes correspondantes a fait l'objet, de la part de la personne publique bénéficiaire de ces travaux ou prestations, d'un refus fondé sur l'application des règles de la comptabilité publique et sur des risques de difficultés dans les rapports entre ordonnateur et comptable ».

Cette condition n'est pas prévue par l'article R. 541-1 du Code de justice administrative et doit, en conséquence, être écartée.

4732

- MARCHE PUBLIC DE TRAVAUX
- PASSATION
- CONTENTIEUX PUBLIC
- REFERE PRECONTRACTUEL

CE, 29 mars 2004, n^{os} 258114 et 258116,
Communauté de communes Centre Littoral

Référé précontractuel : avant la signature du contrat

En l'espèce, par deux ordonnances en date du 16 juin 2003, le juge des référés du Tribunal administratif de Cayenne, saisi sur le fondement des dispositions de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative par une entreprise candidate, avait suspendu la passation de plusieurs marchés publics de travaux. Il avait également enjoint à la communauté de communes qui avait engagé la procédure de passation du marché, de recommencer la procédure de consultation en se conformant, cette fois, au règlement de la consultation.

La communauté de communes a donc décidé de contester ces deux ordonnances devant le Conseil d'Etat. Ce dernier considère, au grand dam de la demanderesse, que cette requête est sans objet dès lors que, « *ainsi que la communauté de communes [...] l'a porté à la connaissance du juge de cassation, dès le 23 mai 2003, soit avant l'introduction de la demande de première instance, était intervenue la signature des marchés litigieux* ».

Ce faisant, la Haute Juridiction administrative confirme la jurisprudence constante selon laquelle les pouvoirs conférés au juge administratif, en vertu de la procédure instituée par l'article L. 551-1 du Code de justice administrative, ne peuvent plus être exercés après la conclusion du contrat.

4733

- REFERE PRECONTRACTUEL
- JUGE
- POUVOIRS

CE, 3 mars 2004, n^o 258272, Société Mak System
CE, 3 mars 2004, n^o 258602, Commune de Chateaudun

Pouvoirs du juge des référés précontractuels

Par deux arrêts en date du 3 mars 2004, le Conseil d'Etat apporte d'utiles précisions sur le pouvoir du juge des référés précontractuels.

Dans un premier arrêt, la Haute Juridiction administrative se fonde sur l'article L. 551-1 du Code de justice administrative selon lequel le président du tribunal administratif peut être saisi avant la conclusion du contrat. Il peut alors ordonner à l'auteur du manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, auxquelles est soumise la passation des marchés publics, de se conformer à ses obligations et suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Il peut, en outre, annuler ces décisions et supprimer les clauses ou prescrip-

tions destinées à figurer dans le contrat et qui méconnaissent ces obligations.

En l'espèce, par un avis d'appel public à la concurrence, la commune de Chateaudun avait lancé un appel d'offres ouvert, divisé en deux lots, pour la reconstruction d'un rempart. La commission d'appel d'offres, réunie pour procéder à l'ouverture des enveloppes relatives aux candidatures, a décidé d'écarter la candidature présentée par la société T. en vue de l'attribution du lot numéro deux du marché litigieux, au motif que les moyens de celle-ci étaient insuffisants par rapport à la nature et au montant des travaux à réaliser.

Le Conseil d'Etat considère, qu'alors même qu'il estimait irrégulier le motif du rejet de la candidature de la société T. à l'attribution du lot numéro deux du marché litigieux, il n'appartenait pas au juge des référés précontractuels d'enjoindre à la commune d'admettre la candidature de cette société, faute pour ce dernier d'avoir préalablement constaté que, au regard des débats devant lui, aucun autre motif n'était susceptible de justifier légalement un tel rejet.

Mais, même s'il n'appartient pas au juge des référés précontractuels de prescrire à la commune d'admettre la candidature de la société T., ni, par conséquent, de lui enjoindre de procéder à l'ouverture de l'enveloppe contenant l'offre de cette société, en revanche, la commune de Chateaudun a pour obligation de soumettre la candidature de la société T. à la commission d'appel d'offres pour qu'il soit procédé à son réexamen et « *de prendre toute disposition garantissant que la procédure ultérieure se déroule dans des conditions qui assurent une égalité effective entre l'ensemble des candidats* » (CE, 3 mars 2004, n^o 258602, Commune de Chateaudun).

Dans un second arrêt, le Conseil d'Etat rappelle les dispositions de l'article 73 du Code des marchés publics, dans sa rédaction alors applicable, qui prévoit la possibilité, lorsque la personne publique n'est pas en mesure de préciser, notamment, les buts et performances à atteindre par le marché, de recourir aux marchés dits de définition. Ces marchés ont pour objet d'explorer les possibilités et les conditions d'établissement d'un marché ultérieur. Les prestations faisant suite à plusieurs marchés de définition ayant le même objet, conclus à l'issue d'une seule procédure et exécutés simultanément peuvent être attribuées, sans nouvelle mise en compétition, à l'auteur de la solution retenue.

Lorsqu'il est saisi de la régularité d'une procédure engagée par une autorité administrative en application de l'article 73 du Code des marchés publics, le juge des référés détient le pouvoir « *d'enjoindre à l'autorité administrative de ne pas signer sans mise en concurrence préalable un marché de réalisation avec l'un des titulaires des marchés de définition passés en application de [cet article]* ».

Le Conseil d'Etat en déduit, en l'espèce, que les modalités d'attribution des marchés de définition sont entachées d'un vice « *susceptible de rejallir sur l'ensemble de la procédure prévue par cet article* » et que le juge des référés précontractuels du Tribunal administratif de Paris a commis une erreur de droit en estimant qu'il ne disposait pas de cette prérogative (CE, 3 mars 2004, n^o 258272, Société Mak System).

N° ET MOTS CLES	TEXTES OFFICIELS	OBSERVATIONS
4734 <ul style="list-style-type: none"> ■ PREFETS ■ POUVOIRS ■ SERVICES DE L'ETAT ■ ORGANISATION ■ ACTION ■ REGIONS ■ DEPARTEMENTS 	<p><i>D. n° 2004-374, 29 avr. 2004, JO 30 avr., p. 7755</i> Décret du 29 avril 2004 relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'Etat dans les régions et départements</p>	<p><i>Le présent texte abroge le décret n° 82-389 du 10 mai 1982 relatif aux pouvoirs des préfets et à l'action des services et organismes de l'Etat dans les départements et le décret n° 82-390 du 10 mai 1982 relatif aux pouvoirs des préfets de région, à l'action des services de l'Etat et organismes publics de l'Etat dans la région et aux décisions de l'Etat en matière d'investissement public. Il renforce sensiblement les pouvoirs des préfets de région et de département.</i></p>
4735 <ul style="list-style-type: none"> ■ CODE DE L'URBANISME ■ DOCUMENTS D'URBANISME 	<p><i>D. n° 2004-531, 9 juin 2004, JO 13 juin, p. 10542</i> Décret du 9 juin 2004 relatif aux documents d'urbanisme et modifiant le Code de l'urbanisme</p>	<p><i>Ce décret, pris à la suite de la loi n° 2003-590 du 2 juillet 2003, dite « Urbanisme et habitat », modifie un certain nombre de dispositions du Code de l'urbanisme parmi lesquelles l'article R. 122-10 du Code de l'urbanisme relatif au contenu du dossier qui doit être fourni pour l'enquête publique lors de l'élaboration du schéma de cohérence territoriale (SCOT). Les dispositions de l'article R. 122-11 du Code de l'urbanisme concernant l'hypothèse d'une opération qui n'est pas compatible avec les dispositions d'un SCOT ont également fait l'objet d'une modification. La « déclaration de projet » voit le jour. Le décret n° 2004-531 du 9 juin 2004 prévoit, avec le nouvel article R. 122-11-1 du Code de l'urbanisme, le cas des déclarations de projet qui ne sont pas compatibles avec un SCOT lorsque ces opérations sont réalisées par un établissement public et ne requièrent pas une déclaration d'utilité publique.</i></p>
4736 <ul style="list-style-type: none"> ■ ASSURANCE SUR LA VIE ■ CAPITALISATION 	<p><i>Arr. min. n° NOR ECOT 0491214A, 21 juin 2004, JO 29 juin, p. 11761</i> Arrêté du 21 juin 2004 modifiant et complétant certaines dispositions du Code des assurances en matière d'assurance sur la vie et de capitalisation</p>	<p><i>Pris en application de l'article 85 de la loi n° 2003-706 du 1^{er} août 2003 de sécurité financière, cet arrêté précise les nouvelles obligations d'information sur les contrats en unités de compte.</i></p>
4737 <ul style="list-style-type: none"> ■ VALEURS MOBILIERES ■ REGIME ■ REFORME 	<p><i>Ord. n° 2004-64, 24 juin 2004, JO 26 juin, p. 11612</i> Ordonnance du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commerciale</p>	<p><i>Les nouvelles règles présentées par ce texte s'articulent autour de deux grandes idées complémentaires. La première consiste à assouplir et simplifier le cadre des augmentations de capital. La seconde tend à harmoniser et unifier le régime d'émission des valeurs mobilières composées en soumettant à un même régime juridique l'ensemble des titres donnant accès de façon différée au capital de la société ou à un droit de créance sur elle.</i></p>
4738 <ul style="list-style-type: none"> ■ ASSURANCES OBLIGATOIRES DE DOMMAGES ■ FONDS DE GARANTIE ■ STATUTS 	<p><i>D. n° 2004-655, 5 juill. 2004, JO 6 juill., p. 12223</i> Décret du 5 juillet 2004 abrogeant le décret n° 85-275 du 22 février 1985 et portant approbation des statuts du fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages</p>	<p><i>Les statuts du fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages ont été approuvés par un décret du 5 juillet 2004.</i></p>

N° ET MOTS CLES	TEXTES OFFICIELS	OBSERVATIONS
4739	<p><i>D. n° 2004-693, 15 juill. 2004, JO 16 juill., p. 12752</i> Décret du 15 juillet 2004 relatif à l'organisation et au fonctionnement de la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance et modifiant le Code des assurances (partie Réglementaire), le Code de la sécurité sociale (partie Réglementaire) et le Code de la mutualité (partie Réglementaire).</p>	<p><i>Un an (déjà) après l'adoption de la loi de sécurité financière n° 2003-706 du 1^{er} août 2003, un décret du 15 juillet 2004 fixe l'organisation et le fonctionnement de la Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance (CCAMIP) en commissions spécialisées.</i></p>
4740	<p><i>Arr. min. n° NOR ECO T0491216A, 16 juill. 2004, JO 5 août, p. 13928</i> Arrêté du 16 juillet 2004 fixant le taux des contributions alimentant le fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages et modifiant le Code des assurances</p>	<p><i>Le taux des différentes contributions alimentant le fonds de garantie a été fixé comme suit :</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - contribution des entreprises d'assurance au titre du 1^o de l'article R. 421-27 : 1 % de la totalité des charges de la section relative aux opérations résultant de la défaillance d'entreprises d'assurance dommages ; - contribution des entreprises d'assurance au titre du 3^o de l'article R. 421-27 : 1 % de la totalité des charges de la section automobile ; - contribution des responsables d'accidents non assurés au titre du 4^o de l'article R. 421-27 : taux normal : 10 % des indemnités restant à leur charge, taux réduit : 5 % ; - contribution des assurés au titre du 5^o de l'article R. 421-27 : 0,1 % des primes.
4741	<p><i>L. n° 2004-800, 6 août 2004, JO 7 août, p. 14040</i> Loi du 6 août 2004 relative à la bioéthique</p>	<p><i>La loi relative à la bioéthique, publiée le 7 août 2004 au Journal officiel, porte notamment transposition de la directive européenne relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques (cf. Dir. Parl. et Cons. CE n° 98/44, 6 juill. 1998, Code Lamy droit commercial 2004, n° 100). L'article 17 de la loi du 6 août 2004 avait fait l'objet d'un recours devant le Conseil constitutionnel, recours rejeté, le Conseil ayant constaté que les dispositions critiquées tiraient les conséquences nécessaires des dispositions précises et inconditionnelles de l'article 5 de la directive précitée et que la Cour de justice des Communautés européennes avait jugé dans un arrêt du 9 octobre 2001 que cette directive « encadre le droit des brevets de façon suffisamment rigoureuse pour que le corps humain demeure effectivement indisponible et inaliénable et qu'ainsi la dignité humaine soit sauvegardée » (CJCE, 9 oct. 2001, aff. C-377/98, Royaume des Pays-Bas c/ Parlement européen et Conseil de l'Union européenne, Rev. Lamy dr. aff. 2001, n° 44, n° 2775, obs. Haberger J.). Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a estimé que la transposition de cette directive ne se heurtait à aucune disposition expresse et spécifique de la Constitution française (Cons. const., 29 juill. 2004, n° 2004-498 DC).</i></p>
4742	<p><i>L. n° 2004-801, 6 août 2004, JO 7 août, p. 14063</i> Loi du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel</p>	<p><i>La France est ainsi, enfin, en conformité avec la directive européenne du 24 octobre 1995 (cf. Dir. Parl. et Cons. CE n° 95/46, 24 oct. 1995, JOCE 23 nov., n° L 281, p. 31). Si le nouveau texte maintient la loi « Informatique et libertés » du 6 janvier 1978, il modifie cependant nombreuses de ses dispositions. Les modifications apportées concernent plus précisément les points suivants : le renforcement de la Commission nationale de l'informatique et des libertés qui voit ses missions confortées et qui a désormais un pouvoir de sanction ; l'allègement des formalités préalables à la mise en œuvre des traitements avec comme innovation principale la dispense de toute formalité préalable au profit des organismes ayant désigné un « correspondant à la protection de données » (pour une présentation d'ensemble du nouveau dispositif, cf. Costes L., La loi « Informatique et libertés » maintenue mais dans une version profondément modifiée par la loi du 6 août 2004, Lamy droit de l'informatique et des réseaux, Bulletin d'actualité E, n° 172, sept. 2004, p. 1).</i></p>

N° ET MOTS CLES

TEXTES OFFICIELS

OBSERVATIONS

4743

- SOUTIEN
- CONSOMMATION
- INVESTISSEMENT

L. n° 2004-804, 9 août 2004, JO 11 août, p. 14269, rectific. JO 12 août, p. 14399
Loi du 9 août 2004 pour le soutien à la consommation et à l'investissement

Ce texte a pour objectif annoncé de dynamiser la consommation des ménages français, de renforcer l'investissement des entreprises et de favoriser le maintien des activités de proximité. Parmi toutes les mesures adoptées, on relève l'article 2 du texte qui instaure une réduction d'impôt sur le revenu, à raison des intérêts payés en 2004 et 2005 au titre des crédits à la consommation conclus entre le 1^{er} mai 2004 et le 31 mai 2005. Elle est égale à 25 % du montant annuel des intérêts payés, dans la limite annuelle de 600 euros. Néanmoins, sont exclues du bénéfice de cette mesure les sommes qui n'ont pas servi, dans un délai de deux mois, « à l'acquisition d'un meuble corporel ou d'un service, ou qui sont affectées au remboursement en tout ou partie d'autres crédits ou découverts en compte, ou qui sont pris en compte pour la détermination des revenus catégoriels imposables » (CGI, art. 199 viciés nouveau, rédaction L. n° 2004-804, 9 août 2004).

En outre, les articles 18 et 19 de la nouvelle loi apportent des modifications au livre VII du Code commerce, ainsi qu'à la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat. L'objectif principal consiste ici à mieux encadrer l'implantation des « centres de magasins de marques », autrement dénommés magasins d'usine.

Par ailleurs, la loi du 9 août 2004 comporte un article dédié à la redevance d'archéologie préventive codifié aux articles L. 524-1 et suivants du Code du patrimoine. D'importantes précisions sont apportées sur le champ d'application de la redevance, son fait générateur et son mode de calcul.

Enfin, la loi nouvelle prévoit, notamment, que les plus-values professionnelles, issues des cessions de fonds de commerce ou de clientèles et réalisées entre le 16 juin 2004 et le 31 décembre 2005, sont exonérées de droits de mutation dès lors que l'acquéreur s'engage, lors de l'acquisition, à maintenir la même activité pendant au moins cinq ans (cf. L. n° 2004-804, 9 août 2004, art. 14 et 16).

Les départements et les communes peuvent également exonérer ces mêmes opérations des taxes communales et départementales pour les communes de plus de 5 000 habitants. L'exonération doit résulter d'une délibération expresse et notifiée aux services fiscaux avant le 30 septembre 2004.

4744

- ASSURANCE MALADIE

L. n° 2004-810, 13 août 2004, JO 17 août, p. 14598
Loi du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie

4745

- SECURITE CIVILE
- MODERNISATION

L. n° 2004-811, 13 août 2004, JO 17 août, p. 14626
Loi du 13 août 2004 de modernisation de la sécurité civile

4746

- NOTAIRE
- SOCIETES

D. n° 2004-856, 23 août 2004, JO 25 août, p. 15235
Décret du 23 août 2004 pris pour l'application à la profession de notaire du titre IV de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé

Le décret n° 2004-856 du 23 août 2004 définit les modalités de constitution, de fonctionnement et de dissolution des sociétés de participations financières de professions libérales qui peuvent être mises en place par les notaires.

L'interprofessionnalité est interdite au sein de cette société. Outre les notaires, peuvent être admis dans cette structure pendant un délai de dix ans les personnes qui n'exercent pas d'activité mais qui ont été notaires ainsi que les ayants droit de ces personnes ou des notaires, pendant un délai de cinq ans après leur décès (sur ce point, cf. l'édito de Me Lasaygues, notaire à Paris dans la Lettre des juristes d'affaires : Lasaygues D., Complémentarité notaires/avocats : une fin en partie dépourvue de moyens, LJA 20 sept. 2004).

N° ET MOTS CLES	TEXTES OFFICIELS	OBSERVATIONS
4747 <ul style="list-style-type: none"> ■ ASSURANCE VIEILLESSE ■ ASSURANCE INVALIDITE-DECES ■ PROFESSIONS ARTISANALES, INDUSTRIELLES ET COMMERCIALES 	<p><i>D. n° 2004-848, 23 août 2004, JO 24 août, p. 15157, rectific. JO 28 août, p. 15448</i> Décret du 23 août 2004 relatif à l'assurance vieillesse et à l'assurance invalidité-décès des professions artisanales, industrielles et commerciales</p>	<p><i>En application de la loi n° 2003-775 du 22 août 2003 portant réforme des retraites, est paru le décret relatif à l'assurance vieillesse et à l'assurance invalidité-décès des professions artisanales, industrielles et commerciales.</i></p>
4748 <ul style="list-style-type: none"> ■ AGGLOMERATION DE PARIS ■ LOYERS ■ EVOLUTION 	<p><i>D. n° 2004-879, 27 août 2004, JO 28 août, p. 15444</i> Décret du 27 août 2004 relatif à l'évolution de certains loyers dans l'agglomération de Paris, pris en application de l'article 18 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989</p>	<p><i>Le décret n° 2004-879 du 27 août 2004 relatif à l'évolution des loyers en région parisienne est reconduit dans les mêmes termes que le décret de l'an passé et des années précédentes. La liste des communes concernées par le décret figure en annexe du décret.</i></p>
4749 <ul style="list-style-type: none"> ■ CONSEIL DE LA CONCURRENCE ■ NOMINATION 	<p><i>D. 26 juill. 2004, JO 28 juill., p. 13442</i> Décret du 26 juillet 2004 portant nomination au Conseil de la concurrence</p>	<p><i>Par décret du président de la République, Bruno Lasserre, conseiller d'Etat, a été nommé président du Conseil de la concurrence à compter du 29 juillet 2004, en remplacement de Marie-Dominique Hagelsteen, dont le mandat est arrivé à expiration.</i> <i>Membre du Conseil de la concurrence depuis 1998, il est aujourd'hui nommé à la présidence pour une durée de six ans renouvelable (D. 26 juill. 2004, JO 27 juill., p. 13379).</i> <i>Par ailleurs, Françoise Aubert, conseiller à la Cour de cassation et membre du Conseil depuis 2002, devient vice-présidente, par décret du président de la République en date du 7 septembre 2004 (D. 7 sept. 2004, JO 8 sept., p. 15808).</i> <i>Le 29 septembre 2004, Anne Perrot, professeur de sciences économiques à l'Université de Paris I, a également été nommée vice-présidente du Conseil de la concurrence, en remplacement de Frédéric Jenny, appelé en tant que conseiller en service extraordinaire à la Cour de cassation.</i> <i>Ces nominations sont accompagnées de l'arrivée au Conseil de la concurrence de deux nouveaux membres. Il s'agit, d'une part, de Edmond Honorat, conseiller d'Etat, et, d'autre part, de Pierrette Pinot, conseiller à la Cour de cassation. Tous deux sont nommés sur le fondement de l'article L. 461-1, II-1° du Code de commerce, au titre des personnes désignées parmi les membres ou anciens membres du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation, de la Cour des comptes ou des autres juridictions administratives ou judiciaires.</i></p>
4750 <ul style="list-style-type: none"> ■ CODE DE LA CONSTRUCTION ET DE L'HABITATION ■ ASCENSEURS ■ SECURITE 	<p><i>D. n° 2004-964, 9 sept. 2004, JO 10 sept., p. 15966</i> Décret du 9 septembre 2004 relatif à la sécurité des ascenseurs et modifiant le Code de la construction et de l'habitation</p>	<p><i>La loi n° 2003-590 du 2 juillet 2003 comporte de nombreuses dispositions relatives à la sécurité des ascenseurs (cf. CCH, art. L. 125-1 et s.). Le décret n° 2004-964 du 9 septembre 2004 en définit les modalités d'application (cf. CCH, art. R. 125-1 et s.). Les ascenseurs concernés sont destinés soit exclusivement au transport des personnes, soit exclusivement à celui d'objets ou bien aux deux à la fois.</i></p>

N° ET MOTS CLES	AUTRES TEXTES	OBSERVATIONS
4751 <ul style="list-style-type: none"> ■ REFORME ■ NUMERO DE COMPTE ■ COMPTE BANCAIRE ■ CLOTURE ■ COUT 	<i>Rép. min. à QE n° 34634, JO AN Q., 8 juin 2004, p. 4281</i>	<p>Face aux contraintes tarifaires toujours plus lourdes pesant sur les consommateurs dans leurs relations avec leur banque, l'institution d'un numéro de compte permanent qui resterait inchangé quel que soit l'établissement choisi permettrait-il d'alléger les frais de clôture de compte ?</p> <p>Dans sa réponse à la question d'un parlementaire, le ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie penche plutôt pour la négative.</p>
4752 <ul style="list-style-type: none"> ■ APPEL PUBLIC A LA CONCURRENCE ■ MARCHE NEGOCIE ■ PASSATION ■ APPEL D'OFFRES INFRUCTUEUX 	<i>Rép. min. à QE n° 10609, JO Sénat Q., 17 juin 2004, p. 1341</i>	<p>Le ministre chargé de l'Economie précise quelles sont les modalités de passation d'un marché négocié après appel d'offres infructueux.</p>
4753 <ul style="list-style-type: none"> ■ MARCHE PUBLIC ■ PASSATION ■ DEMATERIALISATION 	<i>Rép. min. à QE n° 34231, JO Sénat Q., 6 juill. 2004, p. 5127</i>	<p>Interrogé sur l'application des dispositions de l'article 56 du Code des marchés publics (qui ne permettront plus à la personne publique d'interdire à compter du 1^{er} janvier 2005 la communication des candidatures et des offres par voie électronique), notamment aux plus petites collectivités territoriales, le ministre de l'Economie précise que cette disposition ne s'applique pas aux marchés passés selon une procédure adaptée car ces marchés ne sont pas soumis aux règles prévues au titre III du Code des marchés publics, notamment à son article 56. En conséquence, le seuil à partir duquel les collectivités territoriales ne pourront pas interdire, à compter du 1^{er} janvier 2005, par une mention dans l'avis de publicité, la communication des candidatures et des offres par voie électronique est de 230 000 euros hors taxes. Dès lors, les petites communes devraient être peu concernées.</p>
4754 <ul style="list-style-type: none"> ■ ENTREPRISES EN DIFFICULTE ■ SAUVETAGE ■ RESTRUCTURATION ■ CONDITIONS 	<i>Communiqué Comm. CE n° IP/04/856, 7 juill. 2004</i>	<p>Toute aide au sauvetage ou à la restructuration d'une entreprise en difficulté doit se conformer aux lignes directrices communautaires pour les aides d'Etat au sauvetage et à la restructuration de telles entreprises afin d'être admise par la Commission européenne (cf. Communication Comm. CE, JOCE 9 oct. 1999, n° C 288, p. 2). Ces lignes directrices arriveront à expiration en octobre 2004. De nouvelles lignes directrices remplaceront le texte existant à compter du 10 octobre 2004 et elles seront applicables à toutes les aides notifiées après cette date.</p> <p>Elles se fondent sur le principe central selon lequel, dans toute opération de restructuration, le bénéficiaire de l'aide doit être tenu de financer une part importante de ses coûts de restructuration, soit au moyen de fonds provenant de la vente d'actifs qui ne sont pas essentiels à la survie de l'entreprise, soit au moyen de financements extérieurs obtenus aux conditions du marché. Un pourcentage minimal des coûts de restructuration que le bénéficiaire de l'aide doit financer par ses propres moyens est désormais fixé.</p> <p>Autre élément novateur à relever, l'établissement d'une période uniforme pendant laquelle l'entreprise bénéficiaire de l'aide ne pourra recevoir aucune aide supplémentaire. Après l'octroi d'une aide à la restructuration, une période uniforme de dix ans doit s'écouler avant qu'une nouvelle aide, sous quelque forme que ce soit, puisse être envisagée. Il s'agit là de la règle « one time, last time ».</p>
4755 <ul style="list-style-type: none"> ■ LOI DE SECURITE FINANCIERE ■ RAPPORT D'INFORMATION 	<i>La loi de sécurité financière, un an après, Rapport d'information n° 431 (2003-2004), 27 juill. 2004, par Marini Ph.</i>	<p>Rapporteur général de la commission des finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation, Monsieur Philippe Marini a rendu public son rapport d'information faisant office de premier bilan annuel d'application pour la loi de sécurité financière publiée le 2 août 2003. Le rapport peut être consulté dans son intégralité sur le site www.senat.fr.</p>

REVUE LAMY DE LA CONCURRENCE

La Revue trimestrielle de la Concurrence



NOUVEAU

Retrouvez chaque trimestre
l'actualité nationale,
communautaire et internationale
commentée par les meilleurs
spécialistes :

- Concentrations économiques
- Pratiques anticoncurrentielles
- Transparence et pratiques restrictives
- Aides d'État
- ...

Inclus dans votre abonnement,
le *cdérom Revue Lamy
de la Concurrence* et l'accès
en ligne au texte intégral
des sources commentées.

Lamy : la référence en droit économique

Exceptionnel :

Bénéficiez aussi d'un partenariat privilégié avec *les Matinées Débats*
de la *Lettre des Juristes d'Affaires*.

LES
MATINÉES
DÉBATS

de la
Lettre des
Juristes
d'Affaires

Lamy

Le plus court chemin entre le Droit et Vous

Pour toute information ou commande
► N° Indigo 0 825 08 08 00

www.lamy.fr