

De l'obligation fondamentale à la cause déterminante

Charles BARRANGOU-POUEYS

Docteur en Droit, Chargé de Cours à l'Université Paris X - Nanterre

(31 mai 2008)

L'avant projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription remis à Monsieur le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice le 22 septembre 2005 propose notamment :

- d'une part, concernant l'objet, trois innovations dont l'atteinte à un élément essentiel du contrat ; sur ce point, pour les Professeurs Jérôme HUET et Rémy CABRILLAC, la jurisprudence qui a culminé avec l'arrêt Chronopost doit être incorporée au Code civil ; même si elle a été rendue sous le visa de l'article 1133 relatif à la cause, elle concerne davantage l'objet et figure désormais sous l'article 1121 alinéa 3 du projet : « *est réputée non écrite, toute clause inconciliable avec ces éléments essentiels* » ; les auteurs précisent en observation générale : « *il est utile de conserver les notions et les termes traditionnels (chose, donner, faire, ne pas faire, matière de l'engagement, commerce) mais en les mettant en correspondance avec l'usage actuel (prestations, éléments essentiels), ces termes et expressions revenant d'ailleurs dans maints autres textes. Tout le réseau est cohérent* » ;
- d'autre part, de prendre en considération la cause de l'engagement ; pour le Professeur Jacques GHESTIN, cette formulation relativement nouvelle évite, notamment, d'utiliser les dénominations contestées par certains, et sans doute contestables, de cause de l'obligation, dite objective et abstraite, opposée à la cause du contrat dite subjective et concrète ; le premier alinéa du projet d'article 1125 est qualifié d'essentiel : il rappelle d'abord que la cause est la justification de l'engagement et qu'elle doit être réelle, et il précise ensuite que l'appréciation de la réalité de la cause doit se faire au moment de la formation du contrat ; le second alinéa vise à confirmer la jurisprudence Chronopost et des arrêts qui en ont fait ensuite application ; il met en œuvre, sans qu'il paraisse opportun de le dire expressément, une nécessité logique de cohérence ; son éventuel rattachement à un « principe » de cohérence sera le rôle de la doctrine.

De fait, les deux notions sont d'importance, pour les parties au contrat bien entendu, mais aussi pour le juge qui utilise ces outils présentant une réelle valeur ajoutée pour trancher les conflits qui lui sont soumis.

Aussi, proposons de les aborder avec le regard d'un membre du « *corps de docteurs cimenté par une certaine manière doctrinale* »¹, par ailleurs – et entre autres – juge de proximité.

¹ V. « *La doctrine* » Philippe JESTAZ et Christophe JAMIN Dalloz, Collection Méthodes du Droit, 2004

La juridiction de proximité a été introduite par la loi d'orientation et de programmation du 9 septembre 2002 qui a inséré dans le Code de l'Organisation judiciaire un livre III relatif aux juridictions de proximité qu'elle a instituée. Cette loi a été complétée par les lois des 26 février 2003, 26 janvier 2005 et enfin par la loi du 5 mai 2007 relative au recrutement, à la formation et à la responsabilité des magistrats.

Doté de compétences en matière civile et pénale, le juge de proximité s'insère dans l'appareil judiciaire notamment aux côtés du juge d'instance puisque la « juridiction de proximité statue en première instance en matière civile et pénale » (art. L.231-1 COJ). « La juridiction de proximité connaît, en matière civile, sous réserve des dispositions législatives ou réglementaires fixant les compétences particulières des autres juridictions, des actions personnelles ou mobilières jusqu'à valeur de 4 000 euros. Elle connaît des demandes indéterminées qui ont pour origine l'exécution d'une obligation dont le montant n'excède pas 4 000 euros. Elle connaît, dans les mêmes limites, en vue de lui donner force exécutoire, de la demande d'homologation d'un contrat d'accord formé par les parties, à l'issue d'une tentative préalable de conciliation » (art. L.231-3 COJ). La juridiction de proximité traite aussi les ordonnances en injonction de payer et de faire ainsi que les ordonnances pénales.

Seuls 600 juges de proximité, sur les plus de 3000 initialement annoncés, exercent effectivement. Deux raisons expliquent cette situation : d'une part, les candidats à la fonction et les juges installés qui n'étaient pas à la hauteur de la tâche ont généralement mis fin eux même à leur fonction – même si on note quelques cas d'incurables qui s'incrument – ; d'autre part, de « vrais juristes » aptes à remplir la fonction ont démissionné de ce qui relève, à la vérité, d'un sacerdoce républicain, sans véritable contre partie, ni reconnaissance, sauf à avoir la satisfaction intellectuelle – ce qui n'est pas rien – de traiter des dossiers assez souvent très intéressants.

Concernant l'obligation fondamentale, si on a pu craindre en 2005, soit à peine neuf ans après le fameux arrêt « Chronopost », que la notion avait vécu à la vérité, elle se développe avec force et vigueur et présente un intérêt certain par exemple en matière de prestations de services relatives aux « nouvelles technologies » comme on va le démontrer (I).

Quant à la cause, des décisions, dans des domaines différents, se fondent sur la notion de cause déterminante sous trois formes : la cause déterminante d'évidence ; la cause déterminante par construction et la cause déterminante du renoncement à l'engagement (II).

- I - DE L'OBLIGATION FONDAMENTALE ...

Avec les deux arrêts du 22 avril 2005 rendus par la Chambre mixte, la Cour de Cassation semble rompre avec la fameuse jurisprudence « Chronopost » du 22 octobre 1996, consacrant la notion d'obligation fondamentale.

Rappelant que la faute lourde est caractérisée par une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle, la Chambre mixte a jugé qu'en l'absence d'autres éléments, une telle faute ne pouvait résulter du seul retard de livraison et n'était pas établie du seul fait pour le transporteur de ne pas pouvoir fournir d'éclaircissements sur la cause du retard.

Les arrêts ont été rendus sur les conclusions non conformes du premier avocat général².

Considérant le contenu et la portée de l' « arrêt Chronopost », le revirement des arrêts du 22 avril 2005 est surprenant. Ceci étant, ainsi que la Haute juridiction le précise dans le communiqué présentant la publication des arrêts, ce qui a été examiné le 25 avril 2005 c'est le régime d'indemnisation en matière de transport public terrestre de marchandises dans le cadre particulier de l'activité dite de messagerie rapide.

La lecture du rapport de M. GARBAN, Conseiller rapporteur, démontre la problématique : « ...ainsi le professeur JESTAZ, à l'appui de différents exemples assez cocasses, tel le client d'un restaurant dont le manteau de cashmere anglais a disparu, démontre qu'on ne peut pas vouloir une chose et son contraire, faire payer une prestation et s'affranchir de sa non réalisation, et qu'en réalité, la notion d' « obligation essentielle » est utilisée depuis longtemps, consciemment ou non, par la jurisprudence ».

En effet, les critiques exposées au sujet de l' « arrêt Chronopost » se conçoivent. Mais, à la vérité, dans les faits, de plus en plus aujourd'hui à propos d'exemples pouvant être qualifiés de cocasses, alors qu'ils concernent des prestations de services devenues habituelles, voire indispensables pour tous, on constate que la jurisprudence est tout simplement conduite à se référer à la théorie de l'obligation fondamentale³.

Il ressort avec une vigueur particulière du rapport de M. GARBAN et de l'avis de M. de GOUTTE qu'il y a lieu de s'attacher aux notions d'obligation essentielle et de cause. Par ailleurs, ils notent que la société CHRONOPOST a tiré les leçons du caractère manifestement inadapté de la clause limitative d'indemnisation litigieuse en cas de retard d'acheminement de dossiers de candidature à des appels d'offres ou de concours en rehaussant le plafond d'indemnisation et en s'évadant de la clause du contrat type réglementaire applicable aux autres transports terrestres de marchandises et en tenant compte de la spécificité de l'obligation essentielle dans le contrat de messagerie rapide.

² Cour de Cassation, Service de documentation et d'études 15 juillet 2005 : Arrêts du 22 avril 2005 rendus par la Chambre mixte, Rapport de M. GARBAN, Conseiller rapporteur et avis de M. de GOUTTES, Premier Avocat général.

³ Bien entendu la notion d'obligation fondamentale concerne également les contrats spéciaux et même à la fois spéciaux et complexes, V. notamment C. BARRANGOU-POUEYS : « *l'avenir de la location accession à la propriété immobilière* » RDI 1988, p.175 et s., et, même auteur : « *la nécessaire conjugaison du droit et du chiffre : le point de vue d'un civiliste* » Droit et Economie (Revue de l'Association Française des Docteurs en Droit) N° 78 1996 p. 3 et s.

Sur la théorie de l'obligation fondamentale : V. Ruth SELFTON-GREEN « *La notion d'obligation fondamentale : comparaison Franco-Anglaise* » Bibliothèque de droit privé tome 336 LGDJ. L'auteur constate que l'examen de la portée de l'obligation fondamentale conduit à une certaine prudence. En effet : (n° 616 p. 343) « *la notion a un fondement qui n'est pas solide et elle comporte des limites qui en réduisent forcément la portée* ». Mais l'auteur précise aussitôt : « *dépendante de la jurisprudence, tant pour sa formulation que pour sa qualification, l'obligation fondamentale présente néanmoins une utilité et une efficacité qui viennent de ce qu'à travers elle on unifie le contrat qui doit être conçu dans son ensemble. Ainsi, l'obligation fondamentale est une passerelle entre la formation et l'exécution du contrat. Plus exactement elle permet de prolonger le contrôle de l'équilibre contractuel dans l'exécution du contrat ... en tant que notion elle a beaucoup de défauts, elle ne trouve pas de définition réellement satisfaisante, mais son utilité en tant que correcteur d'injustice contractuelle demeure pour instant* ». Gageons que l'instant va perdurer, devenir une période à durée indéterminée..., pour une raison fondamentale : le « correcteur » a une utilité, une cause.

Il résulte du dernier constat qu'il y a un risque à ce que les professionnels multiplient les actions de lobbying tendant à faire adopter – bien entendu à leur profit – des contrats types, des clauses légales ou réglementaires qui échappent dès lors à un contrôle de l'abus, puisque dire d'une clause légale qu'elle est abusive revient à dire que la loi est illicite ; ce qui ne se peut pas⁴. Certes, mais la Cour de cassation a manifestement été claire et précise avec la décision de la Chambre commerciale du 13 février 2007 qui dit que le manquement du débiteur à une obligation essentielle du contrat est de nature à faire échec à l'application de la clause limitative de réparation stipulée par le contrat⁵.

A : L'essence de la notion d'obligation fondamentale

A l'instar du Conseiller GARBAN, il faut se référer à l'étude du Professeur JESTAZ de 1985 qui a pour titre : « *l'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale* » et de reprendre, en particulier, l'exemple du manteau de cashmere anglais qui a pour cadre un célèbre restaurant parisien : « *l'un des dîneurs s'y fait un jour voler un manteau de cashmere anglais. Bien entendu le restaurateur – noblesse oblige – n'affichait aucune pancarte qui déclinât sa responsabilité, mais selon lui la clause résultait implicitement de l'absence visible de surveillance et de ticket. C'est se moquer ! Dans un restaurant de ce style, on ne conçoit pas que le client pose son manteau sur le dossier de sa chaise. Ni, comme aurait dit Ponson du Terrail, qu'il mange d'un œil tout en gardant l'autre fixé sur la ligne bleue du vestiaire ! Le Tribunal décide à juste titre que l'obligation de garde « trouve sa source dans le repas convenu dont elle n'était en définitive que l'accessoire indispensable, cette garde étant conditionnée par les circonstances et l'usage. » « Cette proposition confirme qu'une obligation peut être à la fois fondamentale et accessoire (comme la délivrance de la carte grise dans la vente d'une voiture !) »⁶*

⁴ V. Xavier LAGARDE « *Qu'est-ce qu'une clause abusive ?* » Etude pratique, JCP Ed. Gale. N°6, 8 février 2006.

⁵ V. Bulletin d'information 1^{er} juin 2007 arrêts des Chambres N° 1194, Note : « *...la chambre commerciale décide que lorsqu'une telle clause résulte d'un contrat type établi par décret, elle ne peut être mise en échec que par une faute lourde, caractérisée par une négligence confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle... En revanche, lorsqu'elle résulte seulement d'un contrat passé entre les parties, elle est réputée non écrite en cas de manquement du transporteur à une obligation essentielle du contrat...les juges du fond doivent vérifier que ces [les] clauses ne portent pas atteinte à une obligation essentielle... ».*

⁶ Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD, Dalloz p. 273 et s.

Et l'auteur de poursuivre : « *Certes il n'y avait pas de préposé dont le restaurateur répercutât le salaire sur les prix de la carte, mais à la différence de ce qui se produit dans un restaurant moyen, le client payait – fort cher, cela va de soi – à la fois pour dîner bien et pour recevoir un certain accueil compris dans le prix. Or, le minimum d'accueil à quoi il puisse prétendre consiste à retrouver son manteau au sortir de l'établissement.* »

Le Professeur JESTAZ conclut son étude ainsi :

« ...dans tous les exemples cités, la fourniture d'une prestation annexe, mais importante (accueil, facilité de garage, garantie particulière), a implicitement ou explicitement déterminé un sacrifice financier supplémentaire de la part du créancier. Cette prestation, que dès lors le débiteur ne peut plus refuser d'assumer, porte en droit français le nom de cause et d'ailleurs la plupart des arrêts cités se fondent sur l'idée de contrepartie. Ainsi, la notion de cause explique qu'une obligation en soi annexe devienne fondamentale. »

« ...l'obligation fondamentale évince les clauses qui lui sont contraires par sa force propre, - sans le secours d'une règle particulière. Et cela qu'elle emprunte son caractère fondamental à la nature du

B : Les applications de la notion d'obligation fondamentale

Avec l'arrêt « Chronopost » la Cour de cassation consacre définitivement la théorie de l'obligation fondamentale (Cass. Com. 22 octobre 1996).

Face à sa défaillance, en l'occurrence ne pas avoir livré le pli dans le délai convenu, Chronopost se retranche derrière ses conditions générales précisant qu' « *elle s'engage à déployer tous ses efforts pour livrer ses clients dans les délais* », mais qu' « *en cas de préjudice justifié, le non respect des délais de transport ne (l') engage qu'à rembourser le prix du transport* ». Plus précisément, en application de cette clause, Chronopost adresse à la société Bancheureau un bon de transport gratuit pour un envoi équivalent.

Pour censurer l'arrêt de la Cour d'Appel de Rennes, la Cour de cassation, se fonde ouvertement sur la théorie de la cause et consacre l'obligation fondamentale (ou essentielle). La Cour observe que la stipulation dont Chronopost s'était prévaluée était nulle, dès lors qu'elle contredisait la portée de l'obligation essentielle du contrat, et consistant à livrer des plis dans un délai déterminé :

« ... spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis de la société Bancheureau dans un délai déterminé et qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle, la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite... ».

La solution de la Cour de Cassation de 1996 est catégorique, claire et logique. Chronopost a pour mission fondamentale d'acheminer dans les délais prescrits et non simplement indiqués, les plis qui lui sont confiés. Toute clause qui restreint cette mission n'a aucun sens ni aucune portée.

Il est utile de rapporter ici les principaux commentaires de la doctrine.

contrat ou à la volonté des parties. Point ne faut d'ailleurs exagérer l'opposition : la nature du contrat n'est rien d'autre que le moule préfabriqué à partir d'une volonté type, moule qui va désormais s'offrir à l'adhésion des volontés particulières. Ainsi, dans tous les cas, l'éviction de la clause contraire tient à ce que la volonté contractuelle ne saurait se contredire c'est-à-dire ... Le juge ... se borne à constater qu'on ne saurait vouloir une chose et son contraire... »

« ... L'obligation fondamentale, parce qu'elle est le consentement même (appliqué à un certain objet) et par sa charge interne de volonté, ne saurait supporter aucune dénégation ni de face, ni même de biais : or, elle disparaîtrait de fait, tout en continuant d'exister sur le papier, si elle ne recevait l'appui de la sanction dans le cas où elle en a le plus besoin, savoir dans le cas où le débiteur y a manqué d'une façon totale ou quasi-totale. De là vient que l'obligation fondamentale produit cet effet propre de balayer les clauses contraires ou indirectement contrariante.»

L'analyse est claire, évidente et imparable.

A propos de cet arrêt, le Professeur Philippe DELBECQUE précise⁷ : « *La théorie de la cause justifie la notion d'obligation essentielle. Un contrat ne peut légalement exister s'il ne renferme l'obligation qui est de son essence et s'il n'en résulte un lien de droit pour contraindre le débiteur à l'exécuter.* »⁸ Autrement dit, l'obligation essentielle ou fondamentale ne peut être définie dans l'absolu. Les parties font ce qu'elles veulent dans un contrat, mais seulement jusqu'à un certain point, le point à partir duquel l'engagement est vidé de toute substance, tel est le cas lorsque le créancier ne peut en obtenir l'exécution .»

Le Professeur Denis MAZEAUD semble, ainsi que le note M. le Conseiller GARBAN dans son rapport⁹, se réjouir de la mise en vedette du concept « *d'obligation essentielle* » et de l'abandon de « *l'encombrante faute lourde* » et de « *la notion très dynamique de la notion de cause de l'obligation* » que suggère ici la Cour de Cassation pour effacer du contrat la clause litigieuse. Il voit, dans cette notion, une nouvelle arme pour lutter contre les clauses qui fragilisent la force obligatoire du contrat et évincent la réparation intégrale du préjudice subi par le créancier victime.

D'autres universitaires ont regretté l'arrêt « Chronopost ».

Pour le Professeur LARROUMET les qualités de l'arrêt sont difficiles à discerner. Il estime la décision contestable à plusieurs points de vue. D'abord le visa de l'article 1131 du Code civil « *n'avait rien à faire dans cette espèce* ». Il déplore le raisonnement faux de la Cour suprême sur ce point et ajoute que l'arrêt est inopportun, qu'il ruine la liberté contractuelle¹⁰.

⁷ « *Que reste-t-il du principe de validité des clauses de responsabilité ?* » Dalloz Affaires N° 8/1997 p.235 et s. ; v. aussi Philippe DELBECQUE « *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats* » thèse, Aix-Marseille 1981, citée par Philippe JESTAZ (op. cit. n°6) p.275, 276 et 277 : « *D'une façon générale, dans cet ensemble qu'est le contrat, il y a au moins une obligation que les clauses restrictives peuvent à la rigueur écorner, mais non pas vider de son contenu sous peine de nier le contrat lui-même. Quelques arrêts la disent « essentielle ». Les juges anglais ou américains parlent couramment d' « obligation fondamentale » terme que nous adopterons à leur suite. Et la doctrine commence à s'y intéresser : une thèse récente – et l'on cite avec plaisir le nom de M. Ph Delbecque – lui consacre de remarquables développements.* »

⁸ Cass. req. 19 janvier 1863 D. 1863, 1, jur. P.248 (V. aussi, Archives Nationales), également cité par Ph. JESTAZ opp. cit. renvoi N° 12 ; **l'attendu exact est** : « *Un contrat ne peut légalement exister s'il ne renferme les obligations qui sont de son essence et s'il n'en résulte un lien de droit pour contraindre les contractants à les exécuter. Il est de l'essence du contrat de louage que le bailleur s'oblige à faire jouir le locataire de la chose louée et à l'entretenir pendant toute la durée du bail...* ». Cet attendu est pour le moins d'actualité presque un siècle et demi plus tard, cf. infra...

⁹ Op. cit. P. 26.

¹⁰ Dalloz 1997, Chronique, p.145. Pour cet auteur, « *il existe dans l'arsenal juridique actuel assez d'instruments permettant d'apprécier les clauses limitatives : pour les litiges entre un professionnel et un non professionnel ou consommateur, il existe l'article L. 132-1 du Code de la consommation ; dans les contrats de transport, une jurisprudence traditionnelle assimile à une clause de non responsabilité prohibée par l'article 103, alinéa 3, du Code de commerce la clause limitant les dommages-intérêts à un montant dérisoire par rapport au dommage effectivement subi ; enfin, dans tous les contrats, les clauses limitatives sont écartées en présence d'une faute dolosive ou lourde et le juge tient de l'article 1152 du Code civil le pouvoir de réviser à la hausse les clauses pénales stipulant un montant de dommages-intérêts manifestement dérisoire par rapport au dommage réellement éprouvé* ».

Certes, mais pourquoi compliquer quand la théorie de l'obligation fondamentale permet de faire simple et, avec élégance, de mettre en exergue ce qui relève de l'aporie ? Les exemples que nous présentons ci-après le démontrent.

Pour sa part, le Professeur SERIAUX estime lui aussi discutable la décision de la Cour de Cassation. Pour lui, le juge est toujours tenu par la loi des parties (art. 1134 C. civ.), qu'elle soit explicite ou même seulement tacite : « *le juge ne peut se borner, ce qui n'est déjà pas si mal, à exploiter au mieux ce que les contractants paraissent à ses yeux avoir voulu, ni moins mais aussi ni plus*¹¹ ».

A la vérité, l'arrêt de la Cour de Cassation est un arrêt de principe, pour deux raisons.

> La première est purement logique. Il est évident que la société Banchereau depuis l'incident de 1991 prend connaissance de l'intégralité des conditions générales et, en fonction du contenu et de la portée du pli à remettre pour telle date avant telle heure, ne contracte pas avec un tiers qui ne s'engage pas à assumer toutes les conséquences de son éventuelle défaillance, quitte à ce qu'un préposé ou même le Président de la Société Banchereau transporte directement le pli à son destinataire dans le délai requis. Mais, prenons l'hypothèse, les difficultés d'acheminement ne sont pas pour autant écartées, ni les procès...

Prudent, le Président a opté pour une marque de voiture à la réputation de fiabilité légendaire ; il a confiance dans son étoile, à savoir le logo de la marque automobile. Or, le Président pourrait être victime d'une des multiples surprises auxquelles ont été confrontés plusieurs journalistes spécialisés et notamment les journalistes du magazine anglais *AUTOCAR*, et ne pas être en mesure de remettre son pli dans les délais impartis. Au début de l'année 2003, les journalistes entament un essai « longue durée » (20.000 kilomètres en un an de la toute dernière C 32 AMG (à partir de 55.000 euros en fonction des options). L'essai sera de courte durée : défaut du contrôleur de trajectoire électronique, arrêt du fonctionnement du compresseur du moteur, mais surtout deux blocages du papillon des gaz ayant pour conséquence l'arrêt immédiat – et impromptu – du véhicule et donc le recours au remorquage. De fait, tous les observateurs, mais aussi et surtout les clients, ont noté depuis quelques années un manque de fiabilité évident des produits de la marque et une chute corrélative des indices de satisfaction. La conclusion des journalistes du magazine *AUTOCAR*

¹¹ Dalloz 1997, Jur. P.121 et s. « *Outrepasser ce rôle, (précise l'auteur) c'est entrer dans la sphère d'une police judiciaire des contrats...* ». L'universitaire précise aussi : « ... *Reste un point non explicitement tranché par la Cour de Cassation et sur lequel repose en définitive tout le sens d'une jurisprudence à venir si la présente décision devait s'avérer être un arrêt de principe. Effacée, la clause limitative de responsabilité, à quelle hauteur le juge devra-t-il fixer le préjudice indemnisable ? Admettre une réparation de tout le préjudice direct et certain, comme la Cour de Cassation paraît le sous entendre, n'est-ce point aller un peu vite en besogne ? Car, en matière contractuelle, l'absence de cause limitant le montant de la réparation due n'aboutit normalement pas, sauf faute dolosive ou, à la rigueur, faute lourde du débiteur dans l'exécution du contrat, à une indemnisation intégrale de ce type. L'article 1150 C. civ. dispose en effet in limine que « le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat ». Certes, l'expression dommages et intérêts, défectueuse, a été corrigée à bon escient par la jurisprudence qui l'a remplacée par celle de préjudice, mais il n'en demeure pas moins qu'en principe le seul préjudice révisible lors de la formation du contrat doit être indemnisé. Or, en l'espèce, comme d'ailleurs dans toutes les opérations de transport la prévisibilité du préjudice s'entend de ce que le débiteur (le transporteur) pouvait normalement connaître des espérances du créancier liées à l'exécution de sa propre prestation. Dès lors, sauf s'il a été dûment informé par l'expéditeur de la finalité personnelle poursuivie par ce dernier et en a par avance accepté les conséquences pour son éventuelle responsabilité, le transporteur est parfaitement fondé à n'indemniser l'usager que de la valeur extérieurement attachée par celui-ci à sa ponctualité : grosso modo, à peine un peu plus que le prix du transport... ».*

tombe comme un couperet : « *La C 32 est une excellente auto... lorsqu'elle veut bien fonctionner correctement !* ». Quant à l'explication du directeur général de la filiale française du constructeur : « *l'exigence du consommateur nous oblige à sophistiquer nos voitures, donc à multiplier les risques de pannes électroniques* », disons le tout net, elle ne tient pas. La première voir la seule chose que demande l'acquéreur d'un véhicule est que celui-ci fonctionne quand il décide, ou est dans l'obligation de se déplacer d'un point A à un point B. Peu lui chaut la technologie mise en œuvre et l'électronique embarquée. Mais, le problème persiste. En effet, si le cuir et le toit ouvrant sont des options facturées en sus du « prix de base » – déjà conséquent –, par contre l'électronique est de série. Or, rien n'oblige le constructeur à livrer des véhicules remplis d'électronique en série – sur des fonctions fondamentales – en sachant parfaitement qu'il y a un risque presque automatique de rendre le véhicule tout simplement impropre à sa destination. Dès lors, tout logiquement, le constructeur a l'obligation fondamentale d'assumer la totalité des conséquences de ce qui, à l'évidence, relève de sa défaillance.

> La seconde raison qui fait que l'arrêt « Chronopost » est un arrêt de principe réside dans le domaine des nouvelles technologies. En effet, le développement, l'explosion même, de nouvelles technologies, notamment en matière d'ADSL a eu pour première conséquence directe la création et l'activisme de sociétés proposant la fourniture des prestations de services venant d'être créés.

Les problèmes pour les contractants, le grand public, commencent...et ne sont peut être pas prêt d'avoir une solution ... Sachant que 500.000 clients peuvent être récupérés chaque année auprès de l'opérateur historique, à savoir la société France Télécom, les nouveaux prestataires de services sont manifestement prêts à tout pour conclure des contrats. En outre, on remarque que leur attitude est souvent fort critiquable quand un contentieux intervient.

Au second semestre 2006, plus de 17.000 plaintes ont été enregistrées par la DGCCRF, soit une hausse de 17,40% selon le rapport annuel de la direction de la concurrence rendu public le 22 mars 2007¹². Considérant l'augmentation des procédures judiciaires en 2007 – plus de 30.000 dossiers dans les domaines de la téléphonie et d'internet – la situation devient inquiétante.

Quelques exemples démontrent que les opérateurs sont défaillants au regard de leurs engagements, et, bien souvent, traitent les réclamations et les contentieux avec une désinvolture qui relève du mépris ; mais peut être s'agit-il d'une stratégie décidée à partir de l'évaluation des risques financiers encourus.

Les exemples, c'est à dire les jugements qui sont exposés ¹³ – qui s'inscrivent bien entendu dans la récente jurisprudence de la Cour de cassation ¹⁴ – démontrent que l'inexécution, ou la mauvaise exécution d'une obligation principale et même dans certains cas annexe suffit à elle seule à considérer le débiteur de la ou des prestations comme défaillant, et que cette

¹² V. « *Le Monde* » 23 mars 2007.

¹³ En l'espèce des décisions de la Juridiction de Proximité de Montmorency.

¹⁴ Cass. Civ. 1^{ère} Ch. 8 novembre 2007 Aol France c/ UFC Que Choisir, AFA : Pour la Cour de cassation, les fournisseurs d'accès à internet ont une obligation de résultat vis-à-vis de leurs clients – décision logique –.

défaillance entraîne sa condamnation à supporter l'intégralité des conséquences qui en résultent sans qu'il soit besoin de se référer à la notion de faute.

Accessoirement, la défaillance exclut, la question de l'application de telle clause limitative de responsabilité pouvant figurer au contrat.

a) La défaillance manifeste :

La véritable chasse aux clients à laquelle se livrent tous les opérateurs en concurrence avec l'opérateur dit « historique » fait qu'ils sont trop souvent dans l'incapacité de mettre en œuvre les prestations convenues avec lesdits clients.

- 1) Par ordonnance en date du 28 avril 2005, le juge ordonne à la société NEUF TELECOM « d'exécuter tous les engagements contractuels convenus avec Madame E., dans le délai de un mois » et « dit que l'affaire sera examinée à l'audience du 16 septembre 2005 à 9 h 30 » ;

A l'audience Madame E. expose : le système ne fonctionne toujours pas, malgré mes nombreuses relances par téléphone et par courrier ; j'ai mis plusieurs fois NEUF TELECOM en demeure, en vain ; je demande le remboursement des frais engagés, la somme de 2.000 euros à titre de dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1147 du Code civil, outre la somme de 1.000 euros au titre de l'article 700 du Nouveau code de procédure civile. La société NEUF TELECOM, dûment convoquée, ne comparait pas.

Il ressort du contenu des documents remis par la demanderesse (dont un courrier dans lequel elle rappelle que les factures sont payées pour un service non rendu) qu'un contrat est conclu entre les parties à effet du 28 juin 2004 et que la société NEUF TELECOM est tenue par une obligation d'accès à internet haut débit 24 heures sur 24, 7 jours sur 7 ; l'accès devient impossible en décembre 2004.

Dans sa décision¹⁵, la juridiction, se fonde sur les article 1134, 1142 et 1147 du Code civil, rappelle l'attendu de la Chambre des Requêtes du 19 janvier 1863¹⁶, constate que la société prestataire de services « a contracté vis à vis de Madame E. une obligation essentielle d'accès à internet 24 heures sur 24, 7 jours sur 7, qu'il est démontré que la société NEUF TELECOM est totalement défaillante depuis le mois de décembre 2004 [et] qu'une telle attitude est particulièrement fautive, [qu'en effet :] la juridiction note en outre que l'attitude de la société NEUF TELECOM est d'autant plus fautive qu'elle aggrave volontairement la situation qu'elle a créée ainsi qu'elle l'expose explicitement dans son courrier du 12 juillet 2005 quand elle écrit : en raison d'une forte demande sur votre zone [donc en raison de l'importance du nombre de contrats conclus], nos équipements sont momentanément saturés, et nous ne serons pas en mesure d'activer ou de faire évoluer votre offre ADSL avant quelques semaines » ; or, la juridiction rappelle que la société « proposant l'accès aux services,... elle est tenue par l'obligation essentielle, fondamentale, élémentaire que ledit accès soit effectif 24 heures sur 24 et 7 jours sur 7 ; que cette obligation est de l'essence même du contrat proposé par le fournisseur et accepté par le client ... ».

¹⁵ 14 octobre 2005 Madame E. c/ société NEUF TELECOM.

¹⁶ V. supra, renvois 6, 7 et 8.

D'autres opérateurs sont également, manifestement défaillants.

- 2) Par déclaration au Greffe de la juridiction en date du 29 novembre 2005, Monsieur W. sollicite la condamnation de la société TELECOM ITALIA FRANCE ALICE à lui payer la somme de 3.500 euros pour les motifs suivants : *« non respect de l'abonnement « Alice box » : privation de la ligne téléphonique depuis le 4 octobre 2005 ; non respect des obligations de service après vente ; impossibilité de joindre l'assistance technique ou d'avoir le moindre contact avec la société sous quelque forme que ce soit »*¹⁷. A l'audience du 16 mai 2006, Monsieur W. reprend le contenu de sa déclaration au Greffe et la société TELECOM ITALIA FRANCE ALICE est non comparante.

La juridiction rappelle que l'article 847-2 du Code de procédure civile dispose : *« la convocation adressée au défendeur vaut citation. Elle mentionne que, faute par lui de comparaître, il s'expose à ce qu'un jugement soit rendu contre lui sur les seuls éléments fournis par son adversaire. Une copie de la déclaration est annexée à la convocation »*, puis notant *« qu'il n'est pas contesté que Monsieur W. n'a bénéficié d'aucune des prestations convenues et qu'en outre il s'est retrouvé purement et simplement privé de ligne téléphonique depuis le 4 octobre »*, elle condamne la société TELECOM ITALIA FRANCE ALICE à payer à Monsieur W. la somme de 3.500 euros à titre de dommages et intérêts en raison de sa totale défaillance au regard de ses engagements contractuels.

- 3) On remarque que les opérateurs, à de très rares exceptions près, ne comparaissent pas à l'audience, et, quand un opérateur mandate un Avocat ce n'est pas pour développer les arguments les plus sérieux et fondés en droit, loin s'en faut en l'occurrence : Par déclaration au Greffe, Monsieur S. sollicite la condamnation de la société FREE à lui payer la somme de 379,94 euros pour les motifs suivants : *cette société a déduit de mon compte bancaire pendant 6 mois, à partir d'octobre 2004 les frais d'abonnement d'accès à internet alors qu'elle est incapable de régler les problèmes techniques qui m'empêchaient cet accès ; mes nombreuses réclamations (lettres recommandées avec accusé de réception, téléphone à coût surtaxé) sont demeurées vaines ; j'ai donc résilié ce contrat le 10 mai 2005, accepté par FREE (leur lettre du 24 mai 2005) ; aujourd'hui FREE me réclame 63,98 euros pour abonnement de juillet et août 2005, alors que j'ai résilié le 10 mai 2005 »* ; par ailleurs, Monsieur S. procède à une nouvelle déclaration au Greffe le 27 mars 2006.

A l'audience de renvoi, Monsieur S. précise : *« ... en résumé, sur 16 mois d'abonnement il y a eu 5 mois avec de sérieux problèmes, 4 mois d'absence et 7 mois sans aucune connexion, malgré toutes mes relances écrites et verbales ; j'ai adressé plus de 500 photocopies, puis j'ai suspendu l'abonnement en avril 2005 ; la société FREE m'a demandé la preuve de l'envoi du modem, puis m'a adressé une société de recouvrement ; le dossier total a de nouveau été envoyé à la société FREE en janvier 2006 [soit 4 mois après la déclaration au Greffe et 8 mois après la lettre d'acceptation de la société FREE de la résiliation du contrat par Monsieur S. !] ; aussi, je demande aujourd'hui la somme de 2.300 euros à titre de dommages et intérêts tous préjudices confondus »*.

L'Avocat de la société FREE expose *« être d'accord concernant les interruptions d'accès aux services et propose l'indemnisation des coûts et frais qui y sont attachés, soit la somme de*

¹⁷ 2 juin 2006 Monsieur W. c/ société TELECOM ITALIA FRANCE ALICE ; dans le même sens 2 juin 2006 Monsieur D. c/ société T-ONLINE FRANCE CLUB INTERNET.

265 euros, sollicite le rejet des autres demandes et précise que Monsieur S. a toujours une possibilité de secours avec le bas débit sur sa ligne FRANCE TELECOM ».

Bien entendu, dans sa décision¹⁸, la juridiction reprend les dispositions des articles 1134 et 1147 du Code civil, ainsi que le célèbre attendu de la Chambre des Requêtes du 16 janvier 1863 et indique logiquement que « la société FREE a une obligation fondamentale, élémentaire, essentielle, à savoir que les prestations de services proposées et acceptées, fonctionnent, ainsi que convenu par les parties ».

En l'espèce, note la juridiction : « il est démontré qu'il y a bien eu interruption de service, ainsi qu'en convient la société FREE dans ses conclusions ; attendu que Monsieur S. démontre que la défaillance du débiteur des prestations de services peut avoir des conséquences économiques d'importance notamment en citant les opportunités offertes sur internet par tel prestataire en matière de voyages à prix réduit, voire très réduit ; attendu que la société FREE ne saurait invoquer l'âge de son contractant pour tenter de relativiser les conséquences de sa défaillance caractérisée ; attendu que la société FREE, qui a pour activité : « toutes prestations de services dans le domaine de la communication et notamment des télécommunications », ne saurait invoquer l'impossibilité de déterminer les causes de l'interruption de service du fait de la résiliation de l'abonnement par Monsieur S. ni tel aspect technique tenant à un dégroupage partiel sur la boucle locale FRANCE TELECOM, du seul fait qu'elle a pris l'initiative de proposer des prestations de services et qu'il lui appartient donc de les assurer au titre des contrats conclus ».

Pour une fois que l'opérateur comparait à l'audience, il plaide, à la satisfaction générale du demandeur, des autres plaideurs présents dans la salle, du juge, de la communauté des juristes, de celle des consommateurs, etc..., en invoquant ses propres turpitudes, et, de plus, il se fourvoie.

Il y a lieu de mettre en exergue d'une part, la nécessaire nouvelle approche juridique imposée par les nouvelles technologies et d'autre part, l'aporie face à laquelle se retrouve l'opérateur « trop pressé ».

Cette affaire démontre que nous sommes entrés dans une situation dans laquelle il y a lieu de dépasser le contenu des analyses des Professeurs LARROUMET et SERIAUX concernant l'arrêt Chronopost¹⁹.

Le contenu et la portée des nouvelles technologies et des contrats de prestations de services dont ils sont l'objet, oblige le juge à constater qu'il ne saurait dorénavant faire autrement qu'en outrepassant les limites de son rôle traditionnel et d'entrer en conséquence, et en tant que de besoin, dans la sphère d'une police judiciaire des contrats. A la réflexion cette nouvelle approche reste dans le cadre et l'esprit de l'article 1134 du Code civil. En outre, l'exemple ici rapporté démontre qu'en l'espèce on ne saurait invoquer telle prévisibilité du préjudice, à savoir ce que le débiteur pouvait normalement connaître des espérances du créancier.

¹⁸ 2 juin 2006 Monsieur S. c/ société FREE

¹⁹ Op. cit. notes n° 10 et 11.

Dans l'affaire qui a opposé Monsieur S. à la société FREE, il ressort des dires des parties à l'audience que le prix de tel séjour au Vietnam passe du simple au double entre la conclusion du contrat par internet au dernier moment avec telle société spécialisée – ce qui est facile pour un retraité et son épouse ainsi que l'a exposé Monsieur S. – et la conclusion de tel autre contrat auprès de l'agence de voyage du quartier. Dans l'exemple avancé par le demandeur et non contesté par l'avocat du défendeur, la différence ressort à 2.000 euros ! Nous sommes loin, très loin, de l'indemnisation des coûts et frais qui y sont attachés, soit la somme de 265 euros proposée par la société FREE.

Quant à la société FREE, elle ne saurait davantage soutenir qu'en tant que retraité on n'a pas besoin du haut débit ainsi qu'elle l'a affirmé à l'audience. C'est inadmissible et même risible quand, en l'occurrence, le retraité visé est un ingénieur de haut niveau, en inactivité certes, mais spécialiste de la technologie en cause et « ingénieur conseil » de ses petits enfants... De même, l'opérateur ne saurait invoquer tel aspect technique tenant à un prétendu dégroupage partiel sur la boucle locale France TELECOM. Le prestataire de services est tenu par une obligation fondamentale ; les parties font ce qu'elles veulent dans un contrat, mais seulement jusqu'à un certain point, le point à partir duquel l'engagement est vidé de toute substance, tel est le cas lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution²⁰.

La mise en œuvre des prestations convenues avec le client commence par la construction de la ligne pour les concurrents de l'opérateur dit « historique ». Or, on constate trop souvent que le prestataire est défaillant concernant le support même des prestations proposées.

- 4) Monsieur R. sollicite la condamnation de la société TELE 2 à lui payer « 15 euros par jour sans téléphone, à compter du jour où commençait l'obligation pour TELE 2 de fournir le service, soit depuis le 7 février 2007 (cf. les conditions générales article 2.8), à titre de dommages et intérêts, outre la somme de 500 euros sur le fondement de l'article 700 du Nouveau code de procédure civile ». A l'audience Monsieur R. précise qu'en raison du contrat conclu avec la société TELE 2 il a perdu sa ligne fixe et toute possibilité de télécommunication. Dans cette affaire, les parties étaient convenues que l'opérateur disposait d'un délai d'un mois à compter du 8 janvier 2007 pour mettre en œuvre ses prestations. Monsieur R. consent à la suppression de sa ligne, car il a décidé de contracter avec la société TELE 2. Dès lors, le prestataire est bien tenu par une obligation fondamentale à savoir que les prestations de services proposées et acceptées fonctionnent ainsi que convenu par les parties,

²⁰ Rien ne justifie que la société FREE invoque ici telle difficulté – réelle ou non – avec l'opérateur historique. Sur cette dernière question V. « Le Monde » du 9 janvier 2007 : « FREE ...demande réparation devant le Tribunal de Commerce de Paris pour entrave à son développement dans le haut débit... Le porte-parole [de France Télécom], qui a qualifié cette demande de « largement infondée », a déclaré que « Free a largement pu bénéficier du développement et du dynamisme du marché qui est constaté tant en France qu'en Europe ». Orange, qui détient plus de la moitié du marché de l'ADSL en France (50,3% de parts de marché pour 5,5 millions d'abonnés haut débit), reste largement en tête des opérateurs, tandis que Free, avec ses 20% de parts de marché et ses deux millions d'abonnés, est considéré comme le premier opérateur alternatif, juste devant Neuf Cegetel... ».

Constatant qu'une réorganisation est en cours et qu'à terme seuls trois opérateurs devraient survivre et donc - de fait - se partager le marché, les contentieux et autres actions en justice ne sont pas prêts de disparaître.

Rien ne justifie, par ailleurs, que la société FREE expose dans ses conclusions que Madame A. n'a pas notamment jugé utile de communiquer son téléphone portable afin de lui faire livrer une nouvelle freebox, alors, justement et en parfaite contradiction avec les conclusions que le numéro de téléphone portable de Madame A. figure expressément dans les données détenues par la société FREE qui en remet une restitution papier à l'audience (Madame A. c/ société FREE 8 février 2008).

c'est à dire qu'elles soient effectives dans le mois qui suit la conclusion du contrat. Or tel n'est pas le cas. Aussi, la juridiction, retenant 137 jours de retard depuis le 7 février 2007, date limite contractuellement fixée, condamne la société TELE 2 à payer la somme de 2.055 euros à titre de dommages et intérêts, outre la somme de 500 euros sur le fondement de l'article 700 du Nouveau code de procédure civile²¹. Comme d'autres opérateurs, la société TELE 2 n'a pas comparu à l'audience, mais a quand même pris l'initiative, malheureuse, d'écrire à la juridiction.

D'autres défaillances doivent être relevées et analysées.

b) Les autres défaillances :

Outre la défaillance manifeste, d'autres défaillances sont notables et relèvent elles aussi de la notion d'obligation fondamentale. Il peut s'agir de défaillance annexes ou résultant d'une obligation accessoire ou implicite, voire même d'initiatives relevant de l'esquive au regard des dispositions du Nouveau code de procédure civile.

- 1) Monsieur L. sollicite la condamnation de la société NEUF CEGETEL à lui payer la somme de 1.400 euros en raison de l'interruption de sa ligne téléphonique et de l'accès à internet et l'annulation des factures depuis le 18 octobre 2006. A l'audience, le demandeur reprend le contenu de sa déclaration au Greffe ; il précise que la société NEUF CEGETEL n'a jamais répondu à aucun des courriers et que la situation persiste depuis plusieurs mois (plus de huit mois en l'espèce). La Juridiction reçoit Monsieur L. en ses demande et condamne, par décision réputée contradictoire, la société NEUF CEGETEL, après avoir noté qu'elle « *a été particulièrement défaillante et de mauvaise foi ; que son silence aux nombreuses sollicitations de son contractant relève d'un cynisme outrepassant, s'agissant d'une société dont l'activité déclarée concerne : « les autres activités de télécommunications, l'exploitation sous toutes ses formes des supports et de liaison spécialisées et notamment câbles » ; attendu [rajoute le rédacteur de la décision] qu'en l'espèce la société NEUF CEGETEL est totalement silencieuse et absente de ce qui, paradoxalement, relève de son activité, de son « cœur de métier » pour reprendre une expression portée aujourd'hui au pinacle dans le domaine industriel et commercial ; attendu qu'une telle attitude est purement inadmissible et condamnable »* »²².

Les sociétés spécialisées dans les prestations de services issues des nouvelles technologies ne répondent souvent pas à leurs clients et ne comparaissent pour ainsi dire jamais aux audiences. Mais, il arrive également qu'elles prennent l'initiative d'adresser des courriers dont le contenu mérite d'être rapporté.

Concernant l'affaire qui l'opposait à Monsieur R.²³, la société TELE 2 écrit au Greffe deux semaines avant l'audience à laquelle elle est convoquée, pour notamment l'informer que le

²¹ Monsieur R. c/ société TELE 2, 6 juillet 2007 ; dans le même sens : Madame d'A contre société TELE 2, 8 février 2008.

²² Monsieur L. c/ société NEUF CEGETEL, 6 juillet 2007.

²³ Jugement Monsieur R. c/ société TELE 2, v. supra note n° 21.

demandeur recevra sous quinzaine un chèque d'un montant total de 206,10 euros et qu'elle reste à la disposition du Greffe pour toute autre information concernant cette affaire.

Beaucoup de décisions doivent rappeler aux sociétés défaillantes et condamnées les dispositions essentielles du Code de procédure civile :

- l'article 847-2 dispose : « *la convocation adressée au défendeur vaut citation. Elle mentionne que, faute par lui de comparaître, il s'expose à ce qu'un jugement soit rendu contre lui sur les seuls éléments fournis par son adversaire. Une copie de la déclaration au Greffe est annexée à la convocation* ».
- l'article 843-1 dispose : « *la procédure est orale* ».
- l'article 16 alinéa 2 dispose que le juge : « *ne peut retenir dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celle-ci ont été en mesure d'en débattre contradictoirement* ».

Dès lors, si le défendeur ne comparait pas, c'est que, manifestement il persiste à ne pas vouloir débattre contradictoirement, alors même que le contenu de la déclaration au Greffe et le déroulement de la procédure devant la Juridiction démontrent qu'il sait parfaitement qu'il y a litige. Cependant et curieusement, des défendeurs écrivent directement à la Juridiction, inutilement au regard des dispositions du Code de procédure civile, mais aussi de façon surprenante à la lecture de certains courriers adressés.

- 2) La société T - ONLINE FRANCE CLUB INTERNET est convoquée par le Greffe de la juridiction à l'audience du 17 février 2006. La société adresse le 15 février par télécopie et par la Poste un courrier, des conclusions et des pièces, en précisant : « *notre société étant située à Paris, nous ne pouvons dans le délais nous présenter [dans le Val d'Oise !] ni nous faire représenter à l'audience...* ». De deux choses l'une : soit le rédacteur du courrier ne maîtrise pas la situation, soit il sait que la société sera condamnée et il tente de tergiverser. La seconde hypothèse doit ici être retenue ; en effet le demandeur précise à l'audience avoir reçu de son contractant une proposition d'indemnisation amiable correspondant aux sommes payées à tort au titre de l'abonnement, soit 228 euros. Le demandeur ayant sollicité dans sa déclaration au Greffe la somme supplémentaire de 684 euros à titre de dommages et intérêts, le défendeur, sachant qu'il sera condamné à payer ces sommes, a préféré éviter des frais supplémentaires de déplacement et de représentation²⁴. Les tentatives d'accord amiable avec le client entre la convocation et l'audience sont fréquents mais pas toujours acceptées par les demandeurs²⁵.

Il arrive également que l'attitude du débiteur face au litige soit totalement inadmissible. Deux cas méritent l'attention.

- 3) Dans la première affaire²⁶, le demandeur, Monsieur V., expose dans sa déclaration au Greffe en date du 1^{er} juin 2005 : « *l'accès ADSL haut débit n'a jamais fonctionné ; aucune*

²⁴ 3 mars 2006 Monsieur D. c/ société T- ONLINE FRANCE CLUB INTERNET.

²⁵ 1^{er} juin 2007 Monsieur T. c/ société NEUF CEGETEL, l'opérateur a proposé la somme de 250 euros directement au demandeur, ce dernier a refusé et s'en est tenu à sa déclaration au Greffe (1.030 euros).

²⁶ 5 mai 2006, Monsieur V. c/ société NEUF CEGETEL.

réponse aux courriers adressés ; aucun dépannage par la hot line ; matériel informatique endommagé ; aucune négociation amiable possible malgré l'intervention de la répression des fraudes ; courrier final ironique ». Par télécopie au Greffe en date du 6 décembre 2005, soit trois jours avant l'audience, la société NEUF CEGETEL sollicite un renvoi et transmet copie de son courrier à Monsieur V. exposant : « ... je vous remercie de bien vouloir me communiquer votre numéro d'appel ou bien votre numéro de compte Cegetel. En effet, vos nom et prénom ne sont pas enregistrés dans notre base client ; c'est la raison pour laquelle je vous remercie de bien vouloir prendre contact auprès du Service Consommateurs... ». L'affaire est bien entendu renvoyée en application de l'article 841 du Nouveau code de procédure civile au 27 janvier 2006. Cependant, le Greffe de la juridiction reçoit en date du 24 janvier 2006 un courrier à destination du juge de proximité dont l'objet est : « demande de renvoi : ... n'ayant pas reçu le complément d'information suite au courrier adressé le 5 décembre 2005 à Monsieur V. dans le but d'examiner sa demande, il ne m'est pas possible d'étudier le dossier. En effet, comme déjà indiqué, il n'existe pas de Marc V. à l'adresse citée à... Cependant, et si vous le souhaitez je suis joignable au 01... afin de répondre à vos attentes ». A l'audience de renvoi du 7 avril 2006, Monsieur V. reprend le contenu de sa déclaration au Greffe et la société NEUF CEGETEL est non comparante.

La juridiction considère que la société NEUF CEGETEL a une obligation fondamentale, à savoir que les prestations de services ADSL, proposées et acceptées, fonctionnent, ainsi que convenu entre les parties sur la ligne téléphoniques indiquée par Monsieur V., co-contractant de la société.

Il est démontré en l'espèce que :

- Monsieur V. a contracté avec la société CEGETEL concernant les prestations de services ADSL, lesdites prestations ayant pour support la ligne téléphonique dont il dispose, à savoir celle au nom de sa concubine ;
- la société CEGETEL agit indépendamment du contenu de ces données, c'est à dire sans, manifestement, intégrer que les différents éléments constituant les engagements contractuels concernent, pour le débiteur des prestations de services convenues, un tout non susceptible d'omission même partielle, de division ou de disjonction dans le traitement ;
- dès lors et logiquement, considérant le facteur décisionnel déterminant des logiciels informatiques définis et utilisés par la société CEGETEL, le mode de saisie des éléments par la société CEGETEL et le contenu des courriers en résultant, une distorsion fondamentale est survenue lors du non enregistrement par ladite société CEGETEL de la totalité des éléments constituant la demande de prestation de Monsieur V. ;
- ainsi, ont été traités, indépendamment, ou uniquement partiellement, alors même qu'ils sont par nature indissociables, la demande de Monsieur V. en matière de prestations de services ADSL et les références relatives au support matériel desdites prestations de services convenues, à savoir la ligne téléphonique de la compagnie de Monsieur V.

Pour la juridiction, la société CEGETEL a commis une faute qui, par sa nature et sa portée, doit être juridiquement qualifiée de lourde puisqu'elle a eu pour conséquence la non

effectivité des prestations convenues du seul fait que les éléments fournis par Monsieur V. n'ont pas été correctement lus et/ou pris en compte par le débiteur des prestations de services ; qu'en effet, note la juridiction, la société CEGETEL perçoit et encaisse 244 euros de Monsieur V., puis déclare par écrit dans son courrier du 6 décembre 2005 adressé par télécopie à la juridiction que les nom et prénom de Monsieur V. ne sont pas enregistrés dans sa base client, et, qu'en outre et alors qu'ils ont été convoqués par le Greffe de la juridiction, à aucun moment les services de la société CEGETEL ne se sont posé la question de la cause d'un tel dysfonctionnement, et ceci à un point tel qu'un des courriers de la société interpelle directement le juge.

Pour le juge, la question qui se pose face au caractère manifestement caricatural du dossier est celle de savoir si les conséquences de la stratégie et de l'approche de la société CEGETEL, dans cette affaire et peut être même d'une façon plus générale dans ce type d'affaire au regard du contenu du présent dossier, relèvent : de l'humour « so British », de l'incurie, ou de l'attitude volontaire (dont la sanction est l'amende civile).

4) Dans la seconde affaire, une amende civile sera prononcée à l'encontre de l'opérateur²⁷. Le contenu de l'affaire est maintenant classique : Monsieur W. saisit la juridiction suite à l'interruption des accès à internet et au téléphone ; les postes de préjudices exposés ressortent au total à la somme de 680 euros. A l'audience le demandeur reprend le contenu de sa déclaration au Greffe et remet son dossier. Quant à la société NEUF CEGETEL elle est non comparante. Dans le dossier remis à l'audience figure un courrier de l'opérateur à son client daté du 14 juin 2007, soit huit jours avant l'audience indiquant :

« ... sauf erreur de notre part nous n'avons pas reçu vos pièces en vue de l'audience du 22 juin 2007 ; celles-ci sont à adresser au préalable et ce afin de respecter le contradictoire... ; par conséquent, nous allons solliciter un renvoi de l'audience du vendredi 22 juin 2007 auprès du Juge de Proximité, le temps que vos pièces nous soient adressées ; la date de renvoi vous sera communiquée par courrier si vous n'êtes pas présent lors de l'audience ; d'autre part, nous ne serons pas présent ou représenté pour l'audience du vendredi 22 juin 2007, nous adressons également une copie de la présente au Juge ... ».

La société NEUF CEGETEL particulièrement défailtante et de mauvaise foi est condamnée à payer à Monsieur W. la somme de 680 euros tous préjudices confondus. Elle est aussi condamnée à payer une amende civile de 1.500 euros. En effet : d'une part, l'article 32-1 du Code de procédure civile dispose : « celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile de 15 euros à 1.500 euros » ; d'autre part, il ressort de la jurisprudence que « la défense à une action ne peut, sauf circonstance particulière qu'il appartient au juge de spécifier, constituer un abus de droit » ;

Or, en l'espèce, la juridiction :

- note que le contenu du courrier de la société NEUF CEGETEL à Monsieur W., daté du 14 juin 2007 et signé par le Directeur Service Client, est absolument dilatoire, abusif, inique même, et, en parfaite contradiction avec les fondements et principes du Code de procédure civile ;

²⁷ 6 juillet 2007, Monsieur W. c/ société NEUF CEGETEL.

- note aussi que la société NEUF CEGETEL pousse l'outrecuidance jusqu'à reprocher, à tort, à son cocontractant le non respect du principe du contradictoire, alors qu'il est établi qu'elle est elle-même totalement défailtante concernant ses propres engagements ainsi qu'au regard de la totale absence de réponse aux questions posées ;
- condamne en conséquence et par principe la société à une amende civile de 1.500 euros.

Deux précisions doivent être apportées : d'une part, l'opérateur ne saurait en l'espèce invoquer le non respect du contradictoire puisqu'il dispose de l'intégralité des pièces : contrat, prélèvements et copie de la déclaration au Greffe du demandeur communiquée par le Greffe avec la convocation à l'audience ; d'autre part, parmi les postes de préjudices exposés par le demandeur, figurent l'interruption de la participation à une vente aux enchères sur internet et les attentes de réponses à diverses recherches d'emplois par téléphone et par internet ; or, que l'opérateur reste silencieux face à la nature de tels préjudices est proprement inacceptable. Pour ce type de prestations de services devenues le quotidien de chacun, répondre aux questions du client est pour l'opérateur une obligation élémentaire. Tenter d'esquiver les dispositions élémentaires du Code de procédure civile en allant jusqu'à tendre à provoquer la radiation de l'affaire en incitant le demandeur à ne pas se rendre à l'audience ainsi que tente de la faire l'opérateur dans son courrier au client huit jours avant l'audience doit, manifestement, être condamné au titre de l'amende civile et dénoncé avec vigueur.

La notion d'obligation fondamentale conduit aussi à élaborer le concept de cause déterminante.

- II - ... A LA CAUSE DETERMINANTE

A propos du client d'un restaurant dont le manteau de cashmere avait disparu on a bien vu que l'on ne peut pas vouloir quelque chose et son contraire, et qu'en réalité la notion d'obligation essentielle est utilisée depuis longtemps, consciemment ou non par la jurisprudence.

Il en est certainement de même concernant la notion de « cause déterminante ». Reprenant l'exemple du Professeur JESTAZ on peut se poser la question de savoir quelle est la cause déterminante de la venue du client dans « *ce restaurant* » : la qualité du Chateaubriand, l'existence d'un vestiaire, la proximité du restaurant ; mais, peut être aussi, qu'il n'y a pas de cause déterminante, le client étant entré par pur hasard.

L'avant projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription propose de prendre en considération la cause de l'engagement. L'intérêt doctrinal pour la théorie de la cause (en France) perdure²⁸. Cependant, certains auteurs s'interrogent sur l'utilité de la théorie de la cause, condamnée dans le moyen terme par l'unification communautaire du droit des obligations et, aussi parce qu'il n'est pas interdit de se demander si la matière ne souffre pas d'un trop faible « rendement doctrinal »²⁹.

²⁸ Jacques GHESTIN : « *Cause de l'engagement et validité du contrat* » LGDL 2006.

²⁹ Xavier LAGARDE : « *Sur l'utilité de la théorie de la cause* » Recueil Dalloz 2007 n°11 p. 740 et s.

Tentons de démontrer que la cause perdurera car elle est nécessaire voire même pour le juge déterminante dans certains cas. C'est donc a minima un outil essentiel, pour celui qui est chargé de trancher les conflits, d'exercer « *l'art de résoudre les difficultés nées de la vie en société* »³⁰.

Bien entendu, il s'agit ici d'aborder la notion de cause déterminante de l'engagement d'une partie à un contrat et non de la notion de cause déterminante d'une situation dommageable telle qu'on la rencontre en matière d'un dommage trouvant sa cause déterminante dans l'action d'un véhicule³¹, ou bien de la faute d'un employeur qui a été la cause directe et déterminante du dommage subi par son salarié³².

La cause déterminante est celle qui fait que le contractant a, justement en l'espèce, décidé de contracter pour une (ou plusieurs) raison(s) expressément déterminée(s) ou déterminable(s). Le propos ici est d'analyser la cause déterminante en tant que cause de l'engagement, et, dans certains cas de renoncement à l'engagement.

La cause déterminante peut être d'évidence ou résulter d'une construction.

A : La cause déterminante d'évidence :

Deux exemples fort différents démontrent la réalité d'une raison précise de l'engagement et donc le fondement de la notion de cause déterminante.

- 1) Le premier exemple concerne un jouet de collection. Monsieur T. assigne Monsieur D. à comparaître à telle audience de la juridiction de proximité. Dans son acte Monsieur T., Médecin de son état, expose être collectionneur de jouets de collection et qu'au vu d'une annonce il s'est mis en rapport avec Monsieur D. qui a fait valoir qu'il était vendeur de modèles réduits en parfait état, le prix du matériel le démontrant surabondamment, puisque pour une locomotive et son accessoire, Monsieur T. a réglé la somme de 1.600 euros. A réception des jouets, le demandeur constate que sa confiance a été abusée puisque les jouets achetés sont en très mauvais état : déformations majeures et rouille dus à des chocs, peinture ternie, qui les rendent sans valeur aucune. Aussi, par application des dispositions de l'article 1641 du Code civil, Monsieur T. demande la restitution du prix, les biens étant rendu à Monsieur D.

Dans sa décision³³, la juridiction vise successivement les article 1134, 1641, 1183, 1184 et même l'attendu de l'arrêt de la Chambre des Requêtees du 19 janvier 1863, puis, constate qu'il

³⁰ V. la superbe définition du droit proposée par Philippe JESTAZ « *Pour une définition du droit empruntée à l'ordre des beaux arts (éléments de métajuridique amusante)* » Rev. Trim. Droit Civil 1979 p.480 et s.

³¹ Tribunal des Conflits 20 juin 2005 « *le dommage invoqué trouve sa cause déterminante dans l'action d'un véhicule et non dans la conception ou l'exécution de l'opération de travaux publics prise dans son ensemble* ».

³² Cass. Assemblée plénière, 24 juin 2005, Bull. n°7.

³³ 5 mai 2006 Monsieur T. c/ Monsieur D.

ressort des éléments du dossier qu'est établi que nous sommes en présence d'une cession de jouets de collection.

Or, concernant les jouets de collection, il y a un présumé élémentaire, de base, à savoir l'entière, la totale conformité de l'état des objets dont il s'agit au regard de la parfaite qualité, exigence fondamentale en matière d'objets de collection et des prix en découlant.

Attendu, constate la juridiction, que Monsieur D. a proposé à la vente, par annonce référencée XX dans la publication « la vie du jouet » N° XX du XX, revue spécialisée à destination en premier des personnes averties et initiées à ce type d'activité, au prix du marché, des objets de collection, à savoir une locomotive et son accessoire « Homby 0 220 Compound LMS 1929, LT n°2 poste aiguillage n° 2 + boîte », jouets relevant effectivement des objets de collection et donc des conditions et qualités propres en découlant ; que dans cette affaire, il ressort que les objets vendus ne correspondent en rien aux conditions et qualités propres requises ; qu'en effet, il est démontré par le demandeur que les objets en cause présentent des défauts inacceptables, soit, en l'occurrence, des défauts et rouille dus à des chocs, peinture ternie et comportant des reprises grossières ; que, s'agissant d'objets de collection, ces défauts les rendent effectivement, par hypothèse, sans valeur aucune ;

Attendu indique la juridiction qu'en cette matière, « *le vendeur a une obligation fondamentale, élémentaire, essentielle, à savoir que les objets qu'il propose à la vente soient conformes à ce que l'on attend d'objets de collection, c'est-à-dire qu'il soient remarquables, du seul fait que cette obligation fondamentale constitue la cause déterminante de l'acquéreur, en l'occurrence à la seule lecture de l'annonce publiée dans un journal dédié à des connaisseurs ; qu'ainsi, Monsieur T. sera reçu en ses demandes et Monsieur D. condamné* ».

Dans cet exemple, la juridiction tient à préciser qu'elle note, en l'espèce et en pur droit des obligations, que la question qui se pose à la vérité ici est celle de la résolution du contrat pour inexécution partielle du fait de l'attitude du vendeur, compte tenu des défauts affectant objectivement les jouets ; qu'il y a donc lieu de mesurer la gravité de l'inexécution pour apprécier si elle justifie la résolution du contrat et, en conséquence, la condamnation du vendeur à restituer le prix qui serait alors indûment perçu ; que l'inexécution partielle est ici telle qu'elle justifie la résolution du contrat.

La notion de cause déterminante de l'engagement est établie et il s'agit bien d'une cause déterminante d'évidence.

- 2) Le second exemple, fort différent, confirme le fondement de la notion de cause déterminante et nécessite d'être exposé dans tous ses détails :

Par déclaration au Greffe, Monsieur D. sollicite la condamnation de l'Assistance Juridique de la GMF au remboursement des cotisations versées et des frais liés à la procédure, ainsi qu'à des dommages et intérêts estimant que la position de GMF Assistance Juridique « *a contribué à cinq mois d'angoisse en raison de l'absence de ligne téléphonique* »³⁴.

Dans la note jointe à la déclaration, Monsieur D. expose :

³⁴ 27 avril 2007 Monsieur D c/ Assistance Protection Juridique le Vendôme (GMF).

- la société GMF est tenue par une obligation de moyen ; un contrat a été signé le 18 avril 2004, suite à un litige en mai 2005 avec Club Internet qui faisait la sourde oreille au problème : la ligne téléphonique était inutilisable – impossible de nous joindre – impossible d’entendre l’interlocuteur ; j’ai demandé l’assistance de la GMF ; leur intervention s’est résumée à deux lettres simples auprès de Club Internet leur demandant de régulariser la situation ; suite à mes relances, la société GMF a eu pour réponses « il faut tenter toute médiation amiable et nous demanderons ensuite le remboursement des mensualités défectueuses » ; le 5 octobre – soit après cinq mois sans téléphone – la société GMF écrit : « je n’ai aucune nouvelle de Club Internet mais je leur adresse un nouveau courrier » ; excédé, je dépose un dossier auprès de la juridiction de proximité le 14 octobre 2005 et la GMF m’écrit : « qu’étant donné que je m’étais permis d’agir par moi-même auprès, d’une juridiction de proximité, selon l’article 6-2 du contrat, cela entraîne la suspension de la garantie ;
- le 19 octobre 2005, Club Internet solutionne le problème technique puis la société est condamnée par la juridiction de proximité le 2 juin 2006³⁵ à me payer une somme à titre de dommages et intérêts ;
- aussi, j’estime que GMF Assistance Juridique n’a pas mis les moyens nécessaires pour mettre fin à ces problèmes durant 5 mois en se contentant de quelques lettres sans réponse et a largement contribué à mes problèmes en trompant ma confiance en me laissant envisager une solution amiable et en m’abandonnant au moment où une solution est trouvée par moi-même ; c’est un non respect de l’obligation de moyen.

A l’audience, le demandeur reprend le contenu de sa déclaration au Greffe et le défendeur expose :

- la société ne pouvait accorder son concours dans le cadre de la procédure judiciaire engagée par le demandeur, le contrat prévoyant qu’une procédure ne doit jamais être engagée sans l’accord écrit préalable de la compagnie ; Monsieur D. a contesté le refus de prise en charge, arguant du laxisme de l’assureur dans la gestion du sinistre ; par courrier du 1^{er} février 2006, la société APJ rappelait que son refus de concours dans le cadre de la procédure judiciaire était fondé sur le fait que : une démarche amiable était en cours avec l’opérateur et l’assuré avait pris seul l’initiative d’engager une procédure sans en informer l’APJ ni a fortiori recueilli son accord ;
- la société APJ a agi dans le strict respect de ses engagements contractuels puisque le contrat d’assistance protection juridique conclu a pour objet la recherche prioritaire d’une solution amiable pour régler les différends rencontrés par l’assuré ; ce n’est qu’à défaut de solution amiable qu’une suite judiciaire est donnée au litige, en accord avec l’assureur ; ainsi, l’assuré est déchu de son droit à garantie lorsqu’il prend l’initiative d’engager une procédure sans accord préalable écrit de l’assureur ;

³⁵ V. supra note n° 24, Monsieur D. c/ T – ONLINE FRANCE CLUB INTERNET.

- en l'espèce, alors que des négociations amiables étaient en cours avec la société CLUB INTERNET et avaient permis d'obtenir une prise en charge au moins partielle des réclamations de Monsieur D., celui-ci a pris l'initiative d'engager une procédure contentieuse sans la moindre concertation avec son assureur ; or, d'une part, il est constant que ne peuvent être à la fois menées une procédure judiciaire et des négociations amiables ; d'autre part, il résulte des stipulations contractuelles que l'assureur doit être informé de l'évolution du dossier et des démarches de son assuré, et donner son accord pour engager toute procédure ; par ailleurs, et contrairement aux allégations de Monsieur D., la société APJ n'a nullement mis cinq mois à réagir aux demandes, bien au contraire, elle est intervenue de manière prompte et efficace dès réception de la déclaration de son assuré ;
- Il est donc établi que la société APJ a mis en œuvre, dans un délai parfaitement raisonnable, les moyens nécessaires à l'obtention d'une solution amiable du litige conforme aux intérêts de son assuré ; en tout état de cause, et indépendamment du bien fondé éventuel des démarches de Monsieur D., il n'appartenait pas à l'APJ d'apporter son concours dès lors qu'elle poursuivait un règlement amiable du litige et qu'elle n'a été informée que postérieurement au dépôt de la demande contentieuse.

La juridiction vise les articles 1134, 1131 et 1147 du Code civil et rappelle que dans les contrats synallagmatiques, l'obligation de chaque contractant trouve sa cause dans l'obligation, envisagée par lui comme devant être effectivement exécutée, de l'autre contractant.

Puis, le juge se penche très logiquement sur les conditions générales du contrat conclu entre Monsieur D. et la société Assistance Protection Juridique de la GMF qui stipulent :

- article 2.1 : *« ce contrat vous fournit les moyens juridiques et financiers nécessaires pour vous aider à trouver prioritairement une solution amiable, ou, à défaut, judiciaire, à un litige garanti »* ;
- article 4.1 : *« les prestations de conseil : à titre informatif et préventif, ou en cas de litige, nous vous délivrons des renseignements juridiques par téléphone. Pour satisfaire à votre demande et lorsque des recherches sont nécessaires, nous vous rappelons dans les meilleurs délais »* ;
- article 4.2 : *« les prestations d'assistance juridique : à la réception de votre déclaration de litige, un juriste prend personnellement en charge votre dossier et vous informe sur vos garanties. Après étude complète de votre dossier, il vous conseille sur l'étendue de vos droits... Ensemble, vous élaborez une stratégie commune pour trouver une solution amiable conforme à vos intérêts. [...] Spécialiste de la négociation, votre juriste met en œuvre tous les moyens nécessaires pour régler votre affaire. Dans un souci d'efficacité et de rapidité, il engage des pourparlers en intervenant directement auprès de votre adversaire ou de son mandataire. A défaut de trouver une solution amiable ou lorsque la situation le nécessite, une suite judiciaire est donnée à votre litige avec notre accord (articles ... des conditions générales) ».*

Dans ce dossier, la juridiction remarque que « *la société Assistance Protection Juridique GMF est tenue par une obligation fondamentale, à savoir que les prestations de services en matière de conseil et d'assistance juridique soient effectives et adaptées aux spécificités du litige pris en charge* ».

Attendu, dit la juridiction, « *qu'en la matière, la mise en œuvre par le prestataire de services de tous les moyens nécessaires pour régler au mieux l'affaire, le litige pris en charge constitue la cause déterminante de l'engagement de son cocontractant ; qu'en l'espèce, il est établi que l'affaire, le litige avait pour contenu l'absence d'effectivité depuis plusieurs semaines, voire même plusieurs mois, par la société T – ONLINE FRANCEE CLUB INTERNET de ses prestations de services* » ; qu'il y avait dès lors urgence à obtenir une solution définitive dans les meilleurs délais ; que la société Assistance Protection Juridique GMF ne saurait affirmer qu'« *il est constant que ne peuvent être à la fois menées une procédure judiciaire et des négociations* » ; qu'eu égard au contenu de l'affaire et à l'urgence à trouver une solution définitive dans les meilleurs délais, il appartenait notamment et logiquement à la société Assistance Protection Juridique GMF, débiteur des prestations de services en matière de conseil et d'assistance juridique, de saisir ou faire saisir par son client la juridiction compétente, en l'occurrence par déclaration au Greffe, en parallèle avec telle(s) négociation(s) et/ou démarche(s) amiable(s) ;

Attendu en effet (précise la décision de justice) qu'un désistement dans l'hypothèse d'un accord amiable avant l'audience ou une conciliation (articles 127 à 131 du Nouveau code de procédure civile) sont toujours possibles ; que la convocation de la personne mise en cause à telle date d'audience par le Greffe de la juridiction en application des dispositions de l'article 847-2 du Nouveau code de procédure civile est de nature à l'inciter à envisager en conséquence l'hypothèse d'un accord amiable ou d'une conciliation ; qu'ainsi, une telle démarche était bien de nature à répondre au mieux au litige en cause et s'inscrivait dans un des éléments essentiels du contrat conclu par Monsieur D. et la société Assistance Protection Juridique GMF, à savoir, élaborer ensemble une stratégie commune pour trouver une solution conforme aux intérêts de l'assuré, ainsi que stipulé à l'article 4.2 des conditions générales ; qu'il ressort, en outre du dossier que Monsieur D. a bien informé la société Assistance Protection Juridique GMF de sa saisine de la Juridiction par déclaration au Greffe et que cette dernière n'a pas réagi positivement à cette initiative, pourtant élémentaire quant au contenu et déterminante quant à sa portée ».

Attendu, rajoute le juge, que les clauses d'un contrat doivent être conciliables avec la réalité de la cause ³⁶.

La juridiction conclut : « *qu'en l'espèce il est établi que c'est l'initiative prise directement par Monsieur D. qui a eu pour effet la solution définitive de son litige et non les seules actions de son prestataire de services juridiques ; qu'en agissant ainsi qu'elle l'a fait, la société Assistance Protection Juridique a été défaillante* ».

Le fondement de la notion de cause déterminante d'évidence de l'engagement est bien confirmé, de façon imparable semble-t-il. Dans les deux exemples, la cause déterminante de l'engagement du demandeur a pour contenu la spécificité des caractères de ce que lui a

³⁶ V. l'article 1125 du projet de réforme du droit des obligations.

proposé son contractant : le parfait état des jouets de collection d'une part ; la mise en œuvre de tous les moyens nécessaires pour régler le litige pour le spécialiste juridique d'autre part.

On aura aussi remarqué dans ces deux exemples la parfaite correspondance entre les contenus de la cause déterminante et de l'obligation fondamentale.

- 3) Une autre affaire mérite d'être rapportée en détail ³⁷. En l'espèce, Madame A. forme opposition à l'ordonnance lui ayant enjoint de payer à l'agence UNISSON la somme principale de 1.459 euros.

A l'audience, l'agence UNISSON expose : « le 11 octobre 2006, Madame A. a signé un contrat de courtage matrimonial prenant effet, après expiration du délai de rétractation de 7 jours, le 19 octobre 2006 ; la loi N° 89-421 du 23 juin 1989 et le décret N° 90-422 du 16 mai 1990 prévoient que le contractant du professionnel peut revenir sur son engagement dans un délai de 7 jours, comme indiqué au contrat ; Madame A. n'est pas revenue sur son engagement, ni avant, ni après le 19 octobre 2006 ; lors de la signature du contrat, Madame A. s'engageait à régler 1.280 euros au titre des honoraires, ainsi que 179 euros au titre des frais de dossier, soit un total de 1.459 euros ; conformément à sa demande, Madame A. a été mise en relation avec un adhérent Monsieur T. par échange de fichiers ; Madame A. qui n'a rien payé, n'a pas davantage demandé de délais ou de paiement échelonné ; elle reste devoir la somme de 1.459 euros pour laquelle nous demandons sa condamnation » ;

Madame A. expose : « le 11 octobre 2006 a été signé un contrat de courtage matrimonial ; aux termes de ce contrat, conclu pour une durée de 12 mois, il est prévu que l'adhérent versera au comptant, à l'expiration du délai légal de 7 jours, la somme de 1.459 euros ; il s'agit donc d'un contrat à exécution successive d'un an payé dès le début ; or, la clause qui consiste à exiger un paiement au comptant, s'agissant de plus d'un contrat à exécution successive, est particulièrement abusive ; il y a donc lieu de déclarer la clause abusive et donc non écrite, et, en conséquence, de débouter l'agence UNISSON de ses demandes ».

Le juge demande à l'agence matrimoniale de communiquer, par note en délibéré, tous éléments relatifs à la mise en relation de Madame A. avec Monsieur T., puisque ce dernier a été cité à l'audience ; le Greffe reçoit un courrier communiquant un document à en tête d'une autre agence matrimoniale, indiquant le nom de Monsieur L. et comportant deux mentions : la première mention indique : « prenez contact à réception, nom de la personne sélectionnée : A. » ; la seconde mention indique : « je n'ai pas contacté cette personne pour les raisons suivantes : pour raisons personnelles » ; le document daté du 26 octobre 2006 est signé « L. ».

Dans cette affaire, le juge, au visa des articles 1134 du Code civil et L. 132-1 du Code de la consommation, constatera, non seulement qu'en l'espèce la clause contractuelle consistant à exiger un paiement au comptant doit être réputée abusive, mais aussi que, dans le cas soumis : d'une part, l'agence matrimoniale n'a en rien exécuté, ni même commencé à exécuter ses engagements ; d'autre part, les clauses relatives aux engagements de l'agence matrimoniale sont abusives puisqu'elles ont pour effet de créer au détriment du contractant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.

³⁷ Agence UNISSON C/ Madame A. 5 octobre 2007.

Les motifs de la décision comportent trois parties :

1°) sur la nature du contrat conclu : *« attendu qu'il ressort des dires des parties et du contenu des documents produits que le contrat conclu est un contrat synallagmatique à exécution successive sur une durée d'une année portant sur des prestations de services dans le domaine du courtage matrimonial » ;*

2°) sur le contenu des engagements du prestataire de services :

- *« attendu que le contrat stipule : « l'agence [matrimoniale] UNISSON s'engage à mettre en relation les personnes adhérentes à l'agence et à ventiler la fiche de l'adhérent(e) et autorise le conseiller à communiquer ses coordonnées aux agences matrimoniales autres que l'agence UNISSON. L'adhérent(e) devra rendre compte par écrit de ses observations après chaque prestation ;*
- *attendu que si : d'une part, l'expression « ventiler la fiche de l'adhérent(e) n'est pas explicite, et, d'autre part, il semble y avoir une confusion entre l'agence (dont la forme juridique n'est pas précisée) le conseiller dont, curieusement le nom n'est pas mentionné au contrat, il n'en résulte pas moins que le prestataire de services, en l'occurrence l'agence matrimoniale UNISSON – RCS... N° ..., est tenue par l'obligation fondamentale, élémentaire, essentielle de mettre effectivement en relation, en présentation directe, des candidats à la vie en couple ;*
- *que le contenu de cette obligation constitue la cause déterminante de l'engagement de Madame A. ;*
- *attendu que cette obligation est une obligation de résultat ; que la seule limite à laquelle l'agence matrimoniale UNISSON, professionnel, peut prétendre est la clause stipulant que sa responsabilité ne saurait être engagée pour : non mariage, absence de vie maritale ou de pacs, après mise effective en relation, en présentation directe, de son client candidat à la vie en couple avec d'autres candidats à la vie en couple ;*
- *attendu dès lors, qu'il appartient au débiteur des prestations de services de rédiger le contrat en conséquence et de mettre en œuvre les actions répondant au contenu et à la portée de ses engagements ; que tel n'est pas le cas ; que par ailleurs est utilisée de façon non fondée la notion d'obligation de moyens ; qu'enfin, il y a confusion entre les fonctions d'agence et de conseiller ;*
- *attendu qu'au regard de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, les clauses relatives aux engagements de l'agence matrimoniale seront déclarées abusives et non écrites ;*
- *attendu qu'il ressort du document communiqué par note en délibéré, qu'à la vérité, Madame A. n'a pas été mise en relation avec qui que ce soit suite à l'action de son prestataire de services, du seul fait, en l'espèce, que Monsieur L. (et non T.) expose dans le document produit : « je n'ai pas contacté cette personne [Madame A. personne sélectionnée]... pour raisons personnelles » ;*

- *attendu en conséquence que la Juridiction constate que, contrairement à ce qu'elle affirme, l'agence matrimoniale UNISSON n'a en rien exécuté, ni même commencé à exécuter ses engagements* » ;

3°) sur la demande de Madame A. : « *attendu qu'en l'espèce la clause contractuelle consistant à exiger un paiement comptant doit être déclarée abusive et donc réputée non écrite* ».

Ainsi, si au visa de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, deux clauses du contrat sont déclarées abusives, en l'occurrence **le juge déboute le demandeur de sa demande en paiement des honoraires convenus du fait qu'il n'a pas mis en œuvre et plus précisément pas commencé à mettre en œuvre ses engagements contractuels, engagements dont le contenu constitue la cause déterminante de l'engagement de sa cliente ; cause déterminante d'évidence.**

Mais, la cause déterminante de l'engagement peut aussi résulter d'une construction.

B - La cause déterminante par construction :

Les deux premiers exemples présentés au titre du fondement de la notion, du concept de cause déterminante concernent des contrats de prestation de services dans le domaine du déménagement, sachant que dans les deux cas c'est la société de déménagement qui a saisi le juge.

- 1) Dans la première affaire ³⁸, par ordonnance, le juge enjoint à Monsieur et Madame M. de payer à la société de déménagement la somme de 641,24 euros, soit le solde de la facture. Ces derniers ayant formé opposition, l'affaire est convoquée à l'audience.

A l'audience, la société de déménagement expose qu'il s'agit d'une opération d'importance dans tous les sens du terme ; que l'option contractuelle « Grand confort + » a été choisie par les clients ; le déménagement passe par la case garde meubles et la livraison est décidée par les clients. Or, les déménageurs interviennent sur un immeuble non encore achevé, des ouvriers de différents corps de métiers travaillant dans la villa ; en d'autres termes le maître de l'ouvrage demande à son prestataire de services de procéder à l'aménagement de ses meubles dans un immeuble qu'il n'a pas encore réceptionné et sans l'avoir précédemment informé de la situation.

Compte tenu des dires des parties et des documents remis, le juge :

- note qu'il apparaît que Monsieur et Madame M., qui sont manifestement disposés à payer le coût effectif des prestations auxquelles ils se réfèrent, n'ont pas, en l'espèce, indiqué à leur prestataire de services les différentes contraintes supplémentaire qu'il lui appartenait de prendre en compte pour que les obligations contractuelles, qu'il devait mettre en œuvre, soient effectives ;

³⁸ 9 février 2007 SA DEMENAGEMENTS Christian GRIE c/ Monsieur et Madame M.

- note également que, au regard de la qualité des prestations proposées par la société, toutes précisions par le client sur l'état du chantier d'un immeuble à usage d'habitation, en l'occurrence, non livré parce que non achevé, devient une cause déterminante de l'engagement du débiteur de la prestation de déménagement contractuellement convenue ;
- note enfin que les clients ne justifient en rien tel fait ayant produit l'extinction de leur obligation quant au paiement du prix convenu et ne justifient pas davantage tel préjudice du fait de la société de déménagement.

Il est bien évident dans cette affaire que, considérant la qualité des parties, et partant la qualité irréprochable des prestations à la charge de la société de déménagement, dont à aucun moment le coût n'a été mis en cause, il appartient d'évidence au client de préciser à son prestataire de services tous les points particuliers pouvant poser a priori problème, sachant que la réponse sera bien entendu apportée par le débiteur des prestations au regard des attentes de son client.

En d'autres termes, la société de déménagement « construit » l'exécution des prestations qu'elle doit effectuer au regard des demandes de son contractant, en fonction des spécificités précisées par ledit client. Chacune des spécificités, constitue ou génère des problèmes à solutionner en mettant en œuvre les moyens appropriés. Dès lors, si le demandeur de prestations oublie, ou omet d'indiquer que le lieu de réception et d'installation du déménagement est encore un chantier, il ne saurait se retourner contre son contractant du fait, qu'en l'espèce, l'absence de précision d'un point d'importance au regard des prestations attendues dans un contexte normal, constitue effectivement la cause déterminante de l'engagement du prestataire de services du seul et unique fait que ladite absence de précision à empêché le débiteur de mettre en œuvre les moyens humains et matériels nécessaires.

- 2) Dans l'autre affaire de déménagement ³⁹ la société DGM prestataire de services saisit le juge pour obtenir le paiement du solde de la facture, soit en l'espèce la modique somme de 471 euros. L'affaire est cependant d'importance : au cours du déménagement il s'est avéré que la bibliothèque qui se trouvait au premier étage ne pouvait pas passer par la cage d'escalier au risque d'endommager les murs ; or, cette bibliothèque ne se démonte pas. Après plusieurs tentatives, les déménageurs ont refusé de procéder au déménagement en passant par la cage d'escalier, afin d'éviter que le meuble soit endommagé tout comme les murs.

L'avocat de la société DGM précise à l'audience : si Madame G. avait informé la société DGM de ce que sa bibliothèque ne se démontait pas, la difficulté rencontrée n'aurait jamais eu lieu ; en effet, Madame G. a passé sous silence cette information pourtant essentielle pour permettre aux déménageurs d'effectuer dans les meilleures conditions les opérations de déménagement. L'avocat de Madame G. plaide qu'il appartenait au professionnel qu'est l'entrepreneur de déménagement de vérifier au moment de l'établissement du devis si tous les meubles pouvaient être transportés ; ce meuble n'a été ni collé ni cloué sur place ; acquise par les parents de Madame G. en 1953, la bibliothèque a été transportée dans la maison en 1978, et rien n'a été changé dans la cage d'escalier ; la société DGM garantit dans la plaquette publicitaire annexée au devis un prétendu savoir faire concernant particulièrement le déménagement des meubles et objets volumineux en se prévalant de son expérience et

³⁹ 2 mars 2007 société DGM c/ Madame G.

d'utilisation d'un matériel adapté ; aussi, elle a manqué à son obligation et il lui appartenait de prendre ses dispositions pour permettre le déménagement de la bibliothèque, soit, préalablement à la signature du contrat, de refuser cette prestation, auquel cas, Madame G. aurait fait appel à une autre entreprise de déménagement.

Le juge note :

- d'une première part : *« qu'une société de déménagement est tenue par une obligation de résultat ; « attendu en effet, qu'il lui appartient d'accepter ou non une mission, et, si elle l'accepte de la réaliser sans dommage et dans les temps convenus ; qu'il s'agit d'une obligation fondamentale ; attendu qu'au titre de cette obligation fondamentale il appartient au prestataire de services de mettre en œuvre les moyens humains et matériels nécessaires et notamment tout appareil adapté aux circonstances particulières, d'autant que tout moyen particulier et supplémentaire est facturé par le prestataire de services et donc payé par son client » ;*
- d'une deuxième part : *« qu'il ressort des dires des parties et du contenu des documents produits que la société DGM a normalement établi le devis comprenant implicitement des moyens à mettre en œuvre pour procéder au déménagement le 25 juillet ; qu'à l'exception du piano droit mentionné sur le devis, il s'agit d'un déménagement sans caractère particulier » ;*
- d'une troisième part : *« qu'il appartenait à Madame G. de signaler à la société de déménagement le fait que la bibliothèque sise au premier étage était non démontable... que la société de déménagement ne s'est pas engagée en toute connaissance de cause du seul fait que lors du tour de la maison fait en présence de Madame G., celle-ci n'a pas indiqué que la bibliothèque sise au premier étage était non démontable ; que si cette indication d'importance puisque fondamentale au regard des engagements de la société de déménagement avait été apportée par Madame G. la société DGM aurait prévu tel appareil adapté permettant le passage du meuble par la fenêtre ou telle équipe humaine supplémentaire pour se consacrer au passage, en finesse, du meuble par la cage d'escalier sans occasionner aucun dommage tant au meuble qu'aux parties de l'immeuble ».*

Le juge conclut que : *« l'indication d'une telle caractéristique par le propriétaire du meuble constitue une cause déterminante de l'engagement du prestataire de services qui doit agir en professionnel ; en effet, les meubles sont par nature conçus et construits pour être démontables, sauf exception ; dès lors, il appartient au propriétaire d'apporter toutes précisions concernant les caractères particuliers de ses biens meubles, sauf à les ignorer ce qui n'est pas le cas puisque Madame G. a précisé que ladite bibliothèque qui date de 1953 avait été installée sans démontage en 1978 ».*

Le professionnel a bien évidemment une obligation d'information, de renseignement, de conseil pouvant aller jusqu'au conseil de ne pas contracter. Ceci ne dispense en rien le client non professionnel de communiquer tous les éléments indispensables au professionnel pour s'engager en conséquence, d'autant que dans chacune des deux espèces, l'élément qui a manqué au professionnel du fait de son client constitue la cause déterminante de son engagement en sa qualité de professionnel.

Le concept de cause déterminante aura des développements dans de nombreux domaines. Tentons d'en aborder deux pour lesquels des contentieux – ou des procédures arbitrales – d'importance pourraient apparaître : l'externalisation ; des projets immobiliers aux technologies à concevoir et à mettre en œuvre pour le moins précises.

- 3) L'externalisation :

Le développement en forte croissance des services marchands aux entreprises s'accompagne d'une imbrication de plus en plus étroite entre les métiers de production et les métiers de services. Dans ce contexte, les stratégies des entreprises s'orientent vers une logique de recentrage sur leur métier de base, là où elles disposent de compétences internes fortes. L'entreprise doit trouver à l'extérieur des savoirs techniques et humains plus spécialisés pour mieux gérer en interne des fonctions souvent critiques. Dans le même temps et par principe, l'entreprise doit augmenter son efficacité en cherchant à réduire ou à stabiliser ses coûts de gestion ou de production.

L'externalisation doit être dissociée de la sous-traitance. Ainsi, la notion d'externalisation s'associe à celle de coopération dans le sens où la relation de service s'inscrit dans une démarche « maîtrise d'ouvrage – maîtrise d'œuvre »⁴⁰ dans laquelle le client, quel qu'il soit, a pour ambition de co-piloter la démarche en liens étroits avec l'entreprise prestataire. La maîtrise de la conception du service est gardée en interne. Mais le prestataire dispose d'une marge de manœuvre forte pour proposer des innovations, pour faire évoluer son offre dans le temps, au vu des attentes des utilisateurs.

De plus, le déplacement de la valeur des produits vers l'immatériel modifie considérablement la donne des industriels traditionnels. Ceux-ci deviennent des innovateurs/concepteurs qui achètent des savoirs faire et tendent à mutualiser les risques. Cependant, la relation de sous-traitance traditionnelle s'appuie encore aujourd'hui sur des liens de subordination qui ne font pas encore des sous-traitants des partenaires à part entière de la chaîne de valeur.

Le mouvement de fond que constitue l'externalisation a été étudié par le Comité de Liaison des Services (CSL) du MEDEF auquel la Direction Générale pour l'Emploi et les Affaires Sociales de la Commission Européenne a confié le pilotage d'un projet européen⁴¹.

Leur constat concernant les enjeux stratégiques et économiques est le suivant :

- les entreprises externalisent majoritairement dans le but de trouver des compétences spécifiques et des savoirs faire qui n'existent pas en leur sein dans un meilleur souci de maîtriser les coûts ;
- le principal obstacle aux activités d'externalisation est la méfiance. Il s'agit en effet beaucoup moins d'un manque de confiance ou de savoir faire au sein d'une même entreprise que de la méfiance à l'égard des partenaires⁴².

⁴⁰ Sur les notions et l'ensemble des aspects concernant la maîtrise d'ouvrage et la maîtrise d'œuvre V. « *Droit de la promotion immobilière* » Précis DALLOZ 7^{ème} édition par Philippe MALINVAUD, Philippe JESTAZ, Patrice JOURDAIN et Olivier TOURNAFOND.

⁴¹ Le CSL et l'Institut Esprit Service ont organisé un colloque européen sur l'externalisation le 14 novembre 2000 et publié « *Management de l'externalisation - Guide européen* », toujours d'actualité !

Pour le MEDEF « *l'externalisation consiste à confier la totalité d'une fonction ou d'un service à un prestataire externe spécialisé pour une durée pluriannuelle. Celui-ci fournit alors la prestation en conformité avec le niveau de service, de performance et de responsabilité spécifié* »⁴³.

Concernant la fonction de facilities management on proposera la définition suivante : « *on entend par facilities management la prise en charge d'un ensemble de services, de fournitures et d'installations à savoir : l'ingénierie, le management et l'effectivité des prestations de services nécessaires au fonctionnement des entreprises et des immeubles qu'elles occupent. Cet ensemble permet donc l'exécution des activités des résidents, utilisateurs ou usagers d'un patrimoine ou d'un site dans les meilleures conditions d'environnement, de performance économique et technique, de sécurité, d'hygiène et de confort. Suivant les hypothèses, le facilities management englobe les activités de property management et d'asset management* ».

Si d'une manière générale on souligne le gain potentiel de souplesse et de réactivité de l'entreprise qui s'enrichit de la connaissance du spécialiste des métiers externalisés, on note des freins d'importance ; aussi, pour l'essentiel il s'agit :

- de la crainte d'une réversibilité impossible ou d'un changement de prestataire impossible si la prestation ne répond pas aux attentes, ou si l'évolution de la stratégie de l'entreprise impose un retour en interne des fonctions ou services ;
- des problèmes internes de ressources humaines et des conséquences sociales sur le personnel concerné et sur l'ensemble des utilisateurs des fonctions externalisées⁴⁴ ;
- l'externalisation s'inscrit dans une logique de résultats et non plus de moyens ; mais, pour cela le prestataire doit disposer de la marge de manœuvre nécessaire à savoir la totalité du service externalisé et la pluri-annualité du contrat.

⁴² A titre d'exemple, depuis plus de 15 ans, on a noté une restructuration très profonde du marché de l'automobile devenu ultra compétitif et capitalistique. Les constructeurs ont externalisé de nombreuses activités, plus précisément des modules de la ligne d'assemblage, découlant d'une politique de flux tendus. La conséquence de tout cela est que les équipementiers ont pu développer des savoir-faire supérieurs à ceux du constructeur automobile lui-même, et l'on peut se demander si celui-ci ne sera à terme qu'un simple assembleur. On peut imaginer en effet que lesdits constructeurs externalisent à terme non plus les seuls modules mais par exemple tout l'intérieur d'un véhicule. On voit sous un autre jour une des images avancées par RENAULT : « *Créateur d'automobiles* ».

⁴³ Définition de la charte de l'externalisation du CSL du MEDEF et de l'Institut Esprit Service cf. note n° 40.

⁴⁴ Sur les aspects relevant du droit social et du droit du travail V. l'intervention de Bernard BOUBLI, Conseiller à la Chambre Sociale de la Cour de Cassation au colloque de novembre 2000 ; il expose notamment : « *on pourrait au fond qualifier l'externalisation de mécanisme de sous-traitance avec transfert d'activité et fourniture d'une prestation accessoire... si l'on veut bâtir un droit adapté, il faut innover sur le plan social et sortir du cadre habituel* ». De fait, à l'évidence il y a des difficultés juridiques conséquentes dans ces domaines, d'autant qu'il y a une extrême diversité des textes et notamment des conventions collectives. Il faudra donc bien évoluer par la voie de la négociation en amont et l'association des salariés concernés. En France deux questions sont posées en matière d'externalisation : l'application ou non de l'article L. 122-12 du Code du travail sur le transfert du contrat de travail ; les délits de prêt illicite de main d'œuvre et de marchandage.

Le phénomène de l'externalisation est un mouvement de fond qui touche depuis maintenant quelques années l'ensemble des pays de l'Union Européenne après un fort développement en Amérique du Nord et en Asie. Au Royaume Uni, pays le plus avancé dans ce domaine, plus de 90% des entreprises d'au moins 25 salariés externalisent au moins un service : maintenance l'immeubles, nettoyage, transport de documents ou de biens, formation, sécurité. A l'autre extrémité de la chaîne, les concepts d' « entreprises virtuelles », préconisées par des entreprises comme British Airways, ont entraîné des projets d'externalisation de la quasi-totalité des services.

Or, on note d'importants problèmes de qualité, surtout en ce qui concerne l'externalisation informatique. Dans ce secteur 40% échouent ou ne sont pas menés à bien dans leur totalité ; seules 25% des prestations intègrent correctement les exigences commerciales et technologiques. Seuls 20% des contrats sont considérés comme réussis – donc 80% doivent être considérés comme non réussis ! – Ces chiffres sont surprenants et révélateurs des difficultés auxquelles peuvent être confrontés les clients des prestataires de services, des coûts et surcoûts directs et indirects à supporter et, bien entendu des conflits et contentieux potentiels.

On voit bien que dans ce type d'activité, de prestations à concevoir et mettre en service, de contrats à établir, les notions d'obligation fondamentale et de cause déterminante sont bien nécessaires voire même indispensables au client, au maître de l'ouvrage qui commande, dans le sens où il passe une commande et paye, mais aussi à son ou ses contractants, sans, bien entendu, oublier le juge – ou l'arbitre – qui sera chargé de trancher les conflits ⁴⁵.

Le second exemple présenté ici le démontre encore plus précisément.

- 4) Des projets immobiliers à hautes technologies embarquées :

Prenons le cas d'un grand Groupe industriel français de taille et de réputation internationale qui veut réaliser une opération présentant un caractère exceptionnel sur tous les plans : implantation, architecture, conception technique, mais aussi maîtrise des coûts futurs dans les domaines asset management, property management et facilities management.

Le promoteur-vendeur choisi par le Groupe a intégré, dès les premières phases de définition et de conception, une réflexion sur les thèmes de la gestion et de l'exploitation future du site. Dès la phase conception, le fonctionnement et l'exploitation de l'immeuble on dû être pris en compte dans une perspective de parfaite maîtrise, tant en termes d'infrastructures techniques que d'organisation et de coût prévisionnel d'exploitation. L'approche est la suivante :

➤ Sur le plan de la méthode :

- intégration des enjeux liés à la gestion et à l'exploitation dans les différentes étapes du projet (procédures, plate-forme d'échanges, formalisation, constitution au fil de l'eau du dossier d'exploitation...)

⁴⁵ et devra aussi, certainement : « vérifier que les clauses ne portent pas atteinte à une obligation essentielle » cf. Cass. Com. 13 février 2007, note n°5.

- planning de définition, de spécification, de contractualisation et de mise en place de la gestion et de l'exploitation ;
- Sur le plan des spécifications techniques de l'exploitation :
 - programme des surfaces à l'usage de la gestion et de l'exploitation du site ;
 - fonctions techniques de l'exploitation (conduite, gestion technique, maintenance) ;
 - fonctions de sécurité et de sûreté ;
 - fonctions de services généraux (accueil, standard, courrier, espaces verts) ;
 - gestion et optimisation des énergies et fluides ;
 - outils d'aide à l'exploitation ;
- Sur le plan de l'organisation :
 - organisation des moyens humains, formation, politique de sous-traitance ;
 - organisation des outils d'aide à la gestion ;
 - système d'information et de tableaux de bord ;
- Sur le plan des résultats :
 - performances techniques ;
 - performances économiques, coûts de gestion et d'exploitation ;
- Sur le plan juridique :
 - mise en place des structures ;
 - contrat de gestion et d'exploitation.

Pour différentes raisons – toutes ne nous intéressent pas ici – le montage retenu est complexe :

- une société par actions simplifiée est créée à l'initiative du Groupe, du maître de l'ouvrage, pour la circonstance. Son objet est l'acquisition en état futur d'achèvement ⁴⁶, la détention, la location, la mise en valeur de l'immeuble à concevoir et à construire ;
- une entité du Groupe (filiale) est choisie en qualité de futur gestionnaire technique de l'immeuble ;
- l'acquéreur de l'immeuble étant juridiquement un tiers, un bail commercial est conclu entre l'acquéreur de l'immeuble et le Groupe ; ce bail commercial rappelle les **stipulations essentielles et déterminantes** du projet dont le montage juridico-financier découle ; dans ce sens, la durée du bail et le montant du loyer résultent de l'équilibre économique général de l'opération, ce qui est logique puisque le Groupe est preneur à bail parce qu'il a initié le projet et ses caractères exceptionnels ; dès lors, ces caractères exceptionnels conditionnent l'ensemble des engagements et obligations des différentes parties aux contrats qui doivent être conclus pour réaliser le projet ;
- bien entendu, l'immeuble portera le nom du Groupe ; à ce titre, il résulte des stipulations de l'acte portant vente en état futur d'achèvement, puis du bail

⁴⁶ (45) V. « *Droit de la promotion immobilière* » op. cit. note n°40.

commercial que l'exploitation de l'image de l'immeuble, le droit de reproduction et le droit de représentation reviennent au Groupe ; autrement dit, ces droits sont cédés.

Partant, le projet a pour objet la réalisation d'une opération présentant un caractère unique, exceptionnel. Le montage retenu est composé de contrats dont les objets respectifs et le contenu des engagements et obligations de chacune des parties participent à la réalisation de l'objet du projet. Juridiquement, on se réfère aux articles 1101 et 1134 du Code civil, aux notions d'objet du contrat, d'objet de l'obligation, de cause, et donc aussi à la théorie de l'obligation fondamentale et à la notion de cause déterminante.

La mise en œuvre du projet initié, puis ses aspects asset management, property management et facilities management, une fois l'immeuble achevé, livré et occupé ont pour effet que chacune des parties aux contrats qui seront conclus a l'obligation fondamentale, essentielle, élémentaire de répondre effectivement aux caractéristiques exceptionnelles exposées et attendues par l'initiateur ; initiateur dont la cause déterminante de l'engagement réside dans le contenu des engagements de toutes les parties au projet. Réciproquement, la cause déterminante de l'engagement des autres parties réside dans les attentes de l'initiateur du projet.

Enfin, on remarque qu'il y a ici une chaîne explicite de contrats et que chacun des engagements des contractants, est fondamental puisqu'il participe à la réalisation du projet défini ab initio. On voit, on comprend dans cet exemple, les possibilités offertes par le concept de cause déterminante de l'engagement.

On a la confirmation de l'utilité de la cause déterminante et plus généralement que la cause est bien la justification de l'engagement et qu'elle doit être réelle ; que l'appréciation de la réalité de la cause doit se faire au moment de la formation du contrat ⁴⁷. De même, qu'elle soit intégrée ou non au Code civil, la théorie de l'obligation fondamentale est bien, elle aussi, utile ⁴⁸.

Il y a également lieu d'aborder l'hypothèse selon laquelle il peut exister une cause déterminante de renoncement à l'engagement.

C - La cause déterminante du renoncement à l'engagement :

Concernant les nouvelles technologies et les contrats en découlant en matière de communications diverses et variées, ainsi que les autres prestations de services pouvant les accompagner, on remarque que peu de décisions font expressément référence au fait que le client potentiel commence par demander au nouvel opérateur qu'il choisit de procéder au

⁴⁷ V. Jacques GHESTIN in « *L'avant projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription* » remis à Monsieur le Garde des Sceaux, Ministre de la Justice le 22 septembre 2005.

⁴⁸ V. Jérôme HUET et Rémy CABRILLAC ibid qui précisent en observation générale : « *il est utile de conserver les notions et les termes traditionnels (chose, donner, faire, ne pas faire, matière de l'engagement commerce) mais en les mettant en correspondance avec l'usage actuel (prestations, éléments essentiels), ces termes et expressions revenant d'ailleurs dans maints autres textes. Tout le réseau est cohérent* ».

dégrouper sa ligne auprès de l'« opérateur historique » et à la « construction d'une nouvelle ligne » – nouvelle ligne ad hoc – engagements constituant la condition déterminante de son propre engagement⁴⁹. Or, ces opérations constituent la première phase de la mise en œuvre de l'obligation fondamentale, élémentaire, essentielle – pour reprendre précisément les décisions citées – à laquelle est tenu le débiteur des prestations de services.

Les clients se sont en effet attachés au fait que le débiteur des prestations de service a été purement et simplement défaillant. Si on va un peu plus loin dans la démarche contractuelle engagée on remarque que ledit client recherche un moindre coût pour des prestations identiques ou supérieures et que, dès lors, l'abandon de l'opérateur « historique » ou précédent a bien pour cause déterminante la construction et la mise en place, par le nouveau prestataire de services, des ouvrages et prestations nécessaires et effectives, dans le délai convenu entre les parties.

Aussi, reprenant la notion de cause déterminante de l'engagement une évidence s'impose : à la réflexion, face à la masse des offres qui me sont proposées sans plus de précisions sur l'effectivité des prestations offertes, ne faut-il pas conclure : je suis très bien là où je suis du seul fait que cela marche ; ainsi, réside ici la cause déterminante de mon renoncement à un engagement ... en l'occurrence ... ailleurs !

L'hypothèse n'est pas de circonstance. Nous reprendrons l'exemple du véhicule victime des aléas électroniques et évoquerons la question des ambiguïtés en matière d'énergie électrique.

- 1) Dans le prolongement de son confrère Britannique *AUTOCAR* en 2003, le magazine français *SPORT AUTO* a fait en 2004 une enquête sur la fiabilité des modèles de la célèbre marque à l'étoile auprès de ses lecteurs possesseurs de modèles haut de gamme⁵⁰. Les pannes subites, multiples, variées répétitives et incompréhensibles, tant pour les conducteurs que, semble-t-il, pour le constructeur, se succèdent et se répètent ; de la vitre qui ne remonte pas à : « ... alors que la voiture a tout juste 18000 km, je roulais dans Paris à environ 40 km/h, je freine et ...rien ! ». La conclusion appartient à un client de plus de 25 ans, possesseur d'au moins deux modèles récents et qui a gardé, au fond de son garage, un vieux modèle de plus d'un quart de siècle, tournant comme une horloge ; il expose : « quand j'en ai assez de me prendre la tête, c'est elle que je sors ». Une telle conclusion est bien de nature à constituer la cause déterminante du client de renoncer à poursuivre avec sa marque jusque là préférée.

Mais, la situation empire, se généralise. Quelques mois plus tard, la presse grand public évoquera l'« affaire » du régulateur de vitesse d'un modèle de la marque au losange.

Le magazine *SPORT AUTO* remarque⁵¹ : d'une part, que l'évolution de l'électronique à bord des véhicules est irréversible et qu'elle est à cent lieux d'offrir les mêmes fiabilités que les puces et systèmes aéronautiques ; d'autre part, que la marque à l'étoile, consciente des

⁴⁹ Dans ce sens V. Jur. Prox. Montmorency : *Monsieur C-B. c/ NEUF CEGETEL*, 16 mars 2007 et *Madame V. c/ TELE 2*, 7 décembre 2007.

⁵⁰ V. « *SPORT AUTO* » n° 505 février 2004 p. 70 et s.

⁵¹ V. « *SPORT AUTO* » n° 520 mai 2005 p. 5.

problèmes rencontrés a renoncé à la langue de bois et a rappelé plus de 1,3 million de voitures pour remise à niveau des divers systèmes électroniques⁵².

Une nouvelle conclusion se dessine, pourquoi choisir un modèle avec électronique – qu'elle que soit la marque – dont je ne suis pas sûr du fonctionnement, alors que des modèles dits low cost viennent d'être conçus et mis en vente, moins chers et avec l'avantage supplémentaire d'être parfaitement conforme à leur destination⁵³.

- 2) les ambiguïtés de la concurrence :

L'ouverture du secteur de l'électricité à la concurrence est totale, la dernière étape permettant aux particuliers de choisir leur prestataire ayant été franchie en juillet 2007⁵⁴. La décision – manifestement politique – a été et est encore aujourd'hui dénoncée. Reprenons les principaux arguments à la lumière de la notion de cause déterminante.

L'ouverture du secteur est confrontée à une difficulté résultant de la nature même de l'activité, en l'occurrence le trading de l'énergie électrique⁵⁵. Le débat sur la question de la libéralisation du secteur électrique a connu un coup d'accélérateur conséquent – mais en vain

⁵² Il résulte de cette décision que manifestement, au moins implicitement, le constructeur a pris conscience qu'il a l'obligation fondamentale de fournir des véhicules conformes à leur destination – ainsi qu'évoqué supra à propos de l'affaire Chronopost et de ses conséquences – .

⁵³ Dès lors, pour le client, le consommateur, se conjuguent les notions d'obligation fondamentale et de cause déterminante. En effet, le futur possesseur d'un véhicule est face à un dilemme : soit, d'une part, il entend que le constructeur du modèle qu'il choisit est tenu par l'obligation fondamentale résidant dans le fait que ledit véhicule le transporte effectivement du point A au point B quand il le faut, d'autant qu'il a payé fort cher dans le prix dudit véhicule moult aides et systèmes électroniques ; soit, d'autre part, il se résigne à opter pour un véhicule de type « low cost » sans équipements électroniques, mais alors la cause déterminante de son engagement fait que justement il s'est décidé parce que ledit modèle est éminemment classique, à savoir qu'il fonctionne avec des câbles et non tels systèmes électroniques éminemment sophistiqués pour actionner l'accélérateur, les freins, les diverses ouvertures, le toit ouvrant, les phares etc...

⁵⁴ Sur l'ensemble de la question et des textes en vigueur, V. Guy BLOCK et Rémy COIN « *la loi N° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité* » JCP Ed. Gén. N°9 1^{er} mars 2000 p. 331 et s.; R. COIN « *Le régime juridique de la production d'électricité en France dans la loi du 10 février 2000* » CJEG N°558 juillet 2001 p. 269 et s. ; R. COIN et G. BLOCK « *L'ouverture des marchés de l'électricité et du gaz ; une nouvelle étape : la loi N° 2004-803 du 9 août 2004* » JCP Ed. Gén. N° 378 septembre 2004 p.1517 et s. ; Christophe BELLOC et Rémy COIN « *Les orientations de la politique énergétique ; à propos de la loi de programme du 13 juillet 2005* » JCP Ed. Gén. N°40 5 octobre 2005 p.1781 et s. ; R. COIN « *Les circuits de production, de distribution et de commercialisation de l'électricité* » in « *Annales de la régulation* » Université Paris – I ; Institut André TUNC ; C. BELLOC et R. COIN « *La loi sur l'énergie publiée au Journal officiel : L. n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 ; JO 8 déc. 2006, p. 18531* » JCP édition administration et collectivités territoriales N°51. 18 décembre 2006, 1653.

⁵⁵ Le trading n'est rien d'autre que l'activité fort ancienne de négoce exercée par tout commerçant qui achète pour revendre en gardant une marge lui permettant de vivre. Si les traders réalisent des profits en revendant des matières premières plus chères qu'ils ne les achètent, c'est parce qu'ils ont des capacités de stockage et de transport qui leur permettent d'exploiter les variations de prix. Or, l'électricité, entre autres, ne se stocke pas. En outre, il faut craindre en la matière des errements à l'instar de celui de la société ENRON aux USA, basé sur une bonne vieille opération de cavalerie, mais de niveau industriel, qui a entraîné une faillite pour le moins retentissante ; sur l'ensemble de ces questions V. M. François SOULT « *EDF : chronique d'un désastre inéluctable* » ed. Calmann-Levy 2003.

semble-t-il pour l'Europe – en août 2003, avec les phénomènes de canicule et les pannes gigantesques survenues dans le nord est des USA et le sud est du Canada, puis en Italie.

En Europe, en août 2003, la canicule et la sécheresse ont mis en difficulté les producteurs d'électricité ; les caractères et qualités d'EDF – capacité de production, fiabilité du réseau – ont permis d'éviter la catastrophe ; le rôle primordial du gestionnaire du réseau a été mis en évidence ; on a aussi constaté que les prix à la bourse de l'électricité (Powernext), opérationnelle depuis novembre 2001, ont connu une flambée conséquente.

Fin 2007, tous les textes permettant un réel marché sont en vigueur. Quant aux électriciens alternatifs d'EDF, ils demandent à exprimer leur point de vue ⁵⁶ :

- ELECTRABEL, filiale du Groupe SUEZ, à la fois producteur et transporteur, implanté dans 8 pays dit pouvoir proposer un prix inférieur de 5% à celui d'EDF. Mais, la société précise : nous approchons ce marché avec prudence car nous ne savons pas comment il va évoluer ; le prix de l'électricité ne reflète pas le coût réel de production. ... Il faudra développer les capacités de production, ce qui entraînera une augmentation de prix ; d'autant plus que l'Europe réclame une libéralisation totale du marché ; en clair, la fin du tarif régulé ; bref, sans aucun doute, dans un premier temps, le prix de l'électricité va augmenter.
- DIRECT ENERGIE a une politique, différente : pour les particuliers, nous avons lancé à la rentrée une offre simple : le prix du kilowattheure 10% moins cher qu'au tarif régulé et la possibilité de partir sans frais de résiliation du contrat ; nous pouvons garantir des prix bas car nous avons acheté de l'électricité sur le marché de gros lorsque les tarifs étaient avantageux ; et nous avons les reins assez solides pour tenir ; aujourd'hui, EDF vend aux fournisseurs alternatifs le mégawattheure à, 55 euros, un tarif basé sur le coût de production à partir d'énergie fossile alors que le coût de l'électricité d'origine nucléaire est de 35 euros ! nous avons saisi le Conseil de la concurrence pour abus de position dominante d'EDF et nous avons obtenu satisfaction ; nous aurons donc accès à terme aux tarifs régulés sur le marché de gros pour pouvoir faire jouer la concurrence ⁵⁷.
- POWEO a opté pour développer des capacités de production pour assurer des prix bas à ses clients ; nous avons signé avec EDF un accord pour échanger des capacités de production sur 15 ans ; nous leur vendons de l'électricité produite à base de gaz et nous avons accès à leur énergie d'origine nucléaire ; un partenariat gagnant-gagnant : EDF n'a pas besoin d'investir dans de nouveaux moyens de production et POWEO a accès à une énergie bon marché. ... le marché est gelé car les consommateurs n'osent pas quitter le tarif régulé ; le blocage vient de l'irréversibilité : une fois passé au tarif de marché, il est impossible de revenir en

⁵⁶ V. « Economie Matin » N°105 du 10 au 16 décembre 2007, dans le prolongement du numéro du 12 au 18 novembre 2007 qui suggérait de rester aux tarifs régulés. Dans son numéro 105, l'hebdomadaire expose que « *les alternatifs se rebiffent* » et qualifie leurs arguments « *audibles* ».

⁵⁷ Les limites du « système » seraient elles déjà atteintes moins de six mois après l'ouverture totale ? Le Conseil de la concurrence, face à cette situation « *susceptible d'être qualifiée de ciseau tarifaire* » a imposé à EDF de lui transmettre « *une proposition de fourniture d'électricité en gros* » permettant à tous ses concurrents de faire des offres rentables ; le Conseil a accepté officiellement l'offre d'EDF le 10 décembre 2007.

arrière ; c'est un comble ! nous avons signé une lettre avec 12 associations de consommateurs pour obtenir une réversibilité totale ; le Sénat a fait une proposition de loi dans ce sens ; elle est actuellement en examen à l'Assemblée ⁵⁸.

Précisons que l'amendement prévoyant la possibilité de revenir à tout moment – jusqu'au 1^{er} juillet 2010 – aux tarifs réglementés d'EDF aux moins six mois après avoir choisi les prix du marché a été adopté dans la nuit du 11 au 12 décembre 2007.

La véritable analyse de la problématique revient au Président d'honneur d'EDF qui expose à nouveau les ambiguïtés de la concurrence dans le domaine de la libéralisation du marché de l'électricité ⁵⁹, au moment où, non seulement plusieurs pays européens, dont la France et l'Allemagne, mettent en garde la commission européenne sur la réforme du marché de l'énergie qui est de nature à provoquer une hausse incontrôlée des prix du gaz et de l'électricité, mais en outre les défenseurs de la notion de service public persistent avec vigueur, puisqu'en novembre 2007 la Commission européenne a adopté une communication affirmant « *un nouvel engagement européen* » en faveur des services d'intérêts général jugés « *essentiels à la vie quotidienne des citoyens et des entreprises* » qu'ils soient gérés directement par l'Etat ou délégués à des opérateurs privés, sans retenir cependant le principe d'une directive générale qui s'appliquerait à l'ensemble des services publics ⁶⁰.

Le Président d'Honneur d'EDF expose, pour l'essentiel :

- la mission qu'avait reçue EDF était d'une part de produire au coût minimum, et d'autre part de vendre au prix de revient ;
- l'ouverture dont on parle tant paraît finalement très limitée ; les réseaux relèvent de la catégorie des « monopoles naturels » (pour distribuer deux fois plus de kilowattheures sur 100 kilomètres carrés, le coût est double si l'on s'y met à deux, mais il n'augmente que de 40 % à 50 % si l'on est seul à développer des maillages sur le réseau existant) ; aussi, les autorités de Bruxelles ont donc reconnu que la gestion du réseau d'interconnexion d'une part, des réseaux de répartition et de distribution d'autre part, devait rester en monopole ; ce que l'on a mis en

⁵⁸ CQFD : les principaux « alternatifs » sont face à leur propre aporie, et, à part celui qui est effectivement producteur, jouent avec les concepts... Manifestement, l'énergie électrique est avant tout une affaire d'industriel et non de financier ou/et de commerçant.

⁵⁹ Marcel BOITEUX : « *Les ambiguïtés de la concurrence ; Electricité de France et la libéralisation du marché de l'électricité* » Futuribles N° 331 juin 2007 p.5 et s. Dès 2001 à un colloque eu Conseil économique et social, le Président BOITEUX exposait – non sans humour – « *pour lutter contre les mouvements de prix sur le marché électrique, il n'y a que deux solutions : mettre en place une entente, ou confier à un régulateur le soin d'avoir sous sa coupe un certain nombre de centrales capables de produire à un niveau permettant d'atteindre l'optimum. Cette solution revient à inventer EDF au niveau des régulateurs et sera sans doute adoptée au final* ».

⁶⁰ La logique libérale de l'Union européenne fondée sur le principe de libre concurrence s'accommode mal de la notion de service public « à la française ». Mais, la notion de services dits d'intérêt économique général a cependant fait son chemin. Le traité d'Amsterdam (1997) reconnaît « *la place qu'occupent les services d'intérêt économique général (c'est-à-dire les services publics marchands) parmi les valeurs communes de l'Union* » et « *le rôle qu'ils jouent dans la promotion de sa cohésion sociale et territoriale* ». Une étape ultérieure a été franchie en 2000 avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union qui a demandé que soit respecté « *l'accès aux services d'intérêt économique général* ». La Commission retient six domaines : l'énergie, les transports, les communications électroniques, les services postaux, la santé, les services sociaux.

concurrence, c'est d'un côté la production d'électricité, et de l'autre la vente au consommateur, grossiste ou détaillant, moyennant péage pour l'emploi des réseaux ;

- outre les monopoles naturels, existe le phénomène des « coûts de transaction » ; lequel peut justifier que l'on renonce dans certains cas aux heureux effets de l'émulation concurrentielle ; en l'occurrence, il arrive dans certains secteurs que la difficulté, l'urgence et l'enjeu de l'information soient tels que l'organisation hiérarchique se trouve préférable au libre jeu du marché ;
- les réseaux étant ce qu'ils sont, il n'existe un réel marché que sur la « plaque » formée de la France du Benelux et de l'Allemagne (de l'ouest) ; grâce à son parc nucléaire, l'EDF bénéficie de prix de revient bien plus avantageux que ceux de ses collègues allemands, mais les lois du marché étant ce qu'elles sont, ce ne sont donc plus, dorénavant, ses clients qui vont en profiter, mais ses actionnaires – c'est-à-dire l'Etat pour l'essentiel ;
- à vrai dire, Bruxelles a une autre raison de demander la suppression des tarifs régulés et autres tarifs de transition, c'est que, face à EDF, aucun concurrent ne peut survivre en pratiquant des prix aussi bas ;
- avec la suppression des tarifs régulés que demande Bruxelles, il ne s'agit donc plus, comme on pouvait le croire initialement, d'ouvrir la concurrence pour faire baisser les prix, mais d'élever les prix pour permettre la concurrence ;
- le fait est, en tout cas, que le chemin est étroit pour les concurrents ; leur vraie chance réside dans l'obligation où se trouve EDF de s'ingénier par tous les moyens à les maintenir discrètement en vie ⁶¹, du moins les plus compétents, pour éviter d'encourir à Bruxelles l'accusation d'abus de position dominante et la punition d'avoir à se démanteler un peu plus.

Il est ici démontré que les clients n'ont, semble-t-il aucun intérêt, à court, moyen – et peut être même long terme – à quitter leur contractant historique, car il y a d'évidence une cause déterminante de renoncement à un autre engagement ⁶².

Qu'elle soit incorporée ou non au Code civil, la théorie de l'obligation fondamentale se développe avec force et vigueur et présente un intérêt certain tant pour les parties au contrat que pour le juge. Quant à la notion de cause déterminante, les décisions qui viennent d'être rapportées et les possibilités ouvertes par le concept de cause déterminante de renoncement à l'engagement démontrent l'utilité de la théorie de la cause et que dès lors il serait hasardeux de la condamner au nom de telle unification communautaire du droit des obligations.

En tout état de cause, le juge continuera d'utiliser les outils qui lui permettent de trancher les conflits qui lui sont soumis.

⁶¹ Le propos ne vise pas SUEZ, producteur.

⁶² Il apparaît que « les autorités » ont l'obligation fondamentale, car c'est leur rôle, d'agir au mieux des intérêts des citoyens et de leur collectivité ; or, d'évidence elles ne mettent plus en œuvre ladite obligation. Un nouveau domaine est offert tant à la doctrine qu'à la jurisprudence...