





Presses de l'Université
Saint-Esprit de Kaslik

*La Revue juridique de l'USEK est ouverte à tous les enseignants et chercheurs en matière de Droit.
Ces derniers pourront envoyer leurs articles tapuscrits à l'adresse suivante :*

Université Saint-Esprit de Kaslik

Faculté de Droit

B. P. 446 Jounieh, Liban

Tél. : +961 9 600 651

Fax : +961 9 600 011

Mél. : fdroit@usek.edu.lb

usek.edu.lb

*Les opinions exprimées dans ces pages n'engagent que leurs auteurs
et ne reflètent pas nécessairement le point de vue de la Faculté.
La Direction ne rend pas les manuscrits non publiés.*

Comité scientifique:

Prof. Frank Emmert, Prof. Franck Violet, Prof. Thierry Rambaud, D^r Aref Fakhry,
D^r Céline Baaklani, M^{me} Reine Daou, D^r Bechara Karam.

La Revue juridique de l'USEK est une revue publiée depuis 1992.

ISSN 1026-3268

© **PUSEK, Kaslik, 2018**

Tous droits réservés

Université Saint-Esprit de Kaslik

B. P. 446 Jounieh, Liban

Tél. : +961 9 600 275

Fax : +961 9 600 273

Mél. : pusek@usek.edu.lb

usek.edu.lb

Sommaire

ARTICLES

Céline Baaklini, Reine Daou

La réforme du pacte de préférence en France : une initiative inachevée 7

David Bosco

L'influence de la réforme du droit des contrats français sur le droit de la concurrence : regards sur la question des « *clauses abusives* » 21

Franck Violet

L'impact du phénomène normatif sur la liberté des propriétaires de DPI 33

Thierry Rambaud

Réflexions sur la structure de l'exécutif gouvernemental en droit constitutionnel français : une singularité institutionnelle « *Des secrétaires d'État sans attribution précise !* » 53

Joseph Ajaca

إعادة صياغة أو كتابة نظام الإفلاس في لبنان 7

JURISPRUDENCES

Gaby Chabine

القاضي المنفرد الجزائري في جيبيل، تاريخ ٢٠١٧/١١/٢٩ 43

Gaby Chabine

القاضي المنفرد الجزائري في جيبيل، تاريخ ٢٠١٥/٣/٣٠ 49

Joseph Ajaca

..... 55
القاضي المنفرد المدني في جيبيل الناظر في قضايا الأمور المستعجلة، تاريخ ٢٠١٧/٦/٢

Marwan Karkabi

..... 87
محكمة الإستئناف في بيروت، الغرفة الثالثة، تاريخ ٢٠١٠/١٠/١٦

Samih Sfeir

..... 95
محكمة التمييز المدنيّة، الغرفة الثانية، تاريخ ٢٠١٧/١٢/١

La réforme du pacte de préférence en France : une initiative inachevée¹ / The French reform of the preferential agreement: an unfinished initiative

Céline Baaklini, Docteur en droit, Vice-Recteur Associé pour l'Administration, Professeur Assistant à la Faculté de Droit de l'USEK, Coordinatrice du développement de la recherche et de la publication, avocate à la cour

Reine Daou, Chargée d'enseignement à la Faculté de Droit de l'USEK, Coordinatrice de la Revue juridique, membre de Comité auprès du Centre Asher

Abstract

The main objective of the French reform of the contract law introduced by the ordinance of the 10th of February 2016 was to enhance and guarantee visibility, accessibility and attractiveness of the civil law.

Therefore, the aforementioned reform tackled several fields among them the preliminary contracts and notably the preferential agreement.

Although this reform constitutes the first step towards security, however, it remains incomplete.

This paper aims at underlining the substantial changes introduced by the French reform of the contract law regarding the preferential agreement, while focusing on the missing topics.

-
1. Nous tenons à remercier Madame le Professeur Rose-Noëlle SCHÜTZ pour avoir accepté de relire cet article.

La réforme du droit des contrats introduite par l'ordonnance du 10 février 2016 a réglementé les deux principaux avant-contrats² dont le pacte de préférence qui occupe le devant de la scène juridique et qui était ignoré du Code civil de 1804.

En effet, la conclusion du contrat dans le Code Napoléonien était perçue comme la rencontre instantanée d'une offre et d'une acceptation³. Ainsi, on passait d'un battement de cils du néant au contractuel. Néanmoins, « *l'environnement économique de certains contrats fait apparaître l'insuffisance d'instruments juridiques, aussi sommaires que l'offre et que l'acceptation. Ces contrats nécessitent une élaboration juridique beaucoup plus longue que les contrats classiques, car ils sont beaucoup plus complexes. Ils impliquent une montée par étape progressive vers l'accord contractuel*⁴ ». De la sorte, du type du contrat se déduit le processus de sa formation. La réforme du droit français introduite par l'ordonnance du 10 février 2016 est venue combler le silence du Code civil de 1804 qui ne correspondait plus au droit vivant issu de la jurisprudence, notamment en matière de conclusion du contrat. Elle a donc consacré un corps de règles règlementant d'une part le processus de la formation du contrat (la négociation, l'offre et l'acceptation), et d'autre part deux des avant-contrats fréquemment utilisés par la pratique : la promesse unilatérale de contrat et le pacte de préférence.

Alors qu'elle a brisé la jurisprudence en matière de promesse unilatérale de contrat⁵, l'ordonnance a consolidé les solutions jurisprudentielles avec quelques nuances en matière de pacte de préférence.

Cet avant-contrat se présente aujourd'hui comme un « *moule susceptible de se prêter à toute opération contractuelle*⁶ ». La préférence peut être accordée

-
2. En France aujourd'hui la doctrine préfère utiliser le terme : « *contrats préparatoires* ».
 3. V. notamment : R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2016, p. 51 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations, L'acte juridique*, Sirey, 16^e éd., 2014, p. 111 ; J.-M. MOUSSERON, M. GUIBAL et D. MAINGUY, *L'avant-contrat*, Fr. Lefebvre, 2001, p. 113.
 4. J. CEDRAS, « L'obligation de négocier », *RTD com.* 1985, p. 273.
 5. V. notamment : P. PUIG, « La phase précontractuelle », *Dr. et patr.*, n° 258, mai 2016, p. 56 ; N. DISSAUX, « Les nouvelles sanctions en matière contractuelle », *Aj. Contrats* 2017, p. 10. Malgré la critique de la doctrine majoritaire, la jurisprudence admettait l'efficacité de la rétractation du promettant intervenant avant la levée de l'option (Cass. civ. 3^e, 15 déc. 1993, *Bull. civ.* III, n° 174). Ce dernier n'engageait alors que sa responsabilité contractuelle. L'ordonnance restaure la force obligatoire de la promesse unilatérale en disposant que : « *la révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis* », (art. 1124 al. 2).
 6. S. LEQUETTE, « Réflexions sur la durée du pacte de préférence », *RTD civ.* 2013, p. 491.

par une convention particulière mais elle est souvent insérée de manière accessoire dans un contrat principal spécialement dans les contrats de bail, les statuts de société⁷, parfois dans les prêts à usage, mais aussi dans les contrats de distribution, spécialement par le franchiseur à son franchisé⁸. Cette fréquence d'usage n'a pas manqué d'alimenter les prétoires et de susciter une vive réflexion doctrinale⁹.

Dans l'objectif d'accroître la sécurité juridique, l'ordonnance du 10 février 2016 a réglementé le pacte de préférence en consolidant avec des nuances les solutions jurisprudentielles existantes et en créant une action interrogatoire¹⁰. En l'état, cette codification a-t-elle atteint son objectif ?

Sans aucun doute elle constitue un pas vers la sécurité juridique (paragraphe 1). Néanmoins, elle ne dissipe pas toutes les incertitudes et toutes les difficultés que soulève la mise en œuvre du pacte de préférence : le pas est donc inachevé (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Un pas vers la sécurité juridique

L'ordonnance introduit deux nouveautés (A) en donnant une définition du pacte de préférence et en instaurant une action interrogatoire. Elle consolide par ailleurs les solutions jurisprudentielles acquises en matière de sanction de la violation du pacte (B).

A. Les nouveautés

En l'absence d'une définition légale du pacte de préférence dans le Code civil de 1804, la doctrine s'était attelée à définir ce type d'avant-contrat. Selon Piazzon, « *le pacte de préférence est le contrat par lequel une personne s'engage à proposer par priorité la conclusion d'une convention future à une autre personne, le bénéficiaire, qui accepte la préférence qui lui est accordée*¹¹ ». Rien

7. A. GAUDEMET, « La portée des pactes de préférences ou de préemption sur les titres de société », *Société* 2011, p. 139 ; C. GINESTET, « Pacte de préférence et droit des sociétés », *Dr. et patr.*, n° 144, janv. 2006, p. 62.
8. A. VAN DE WYNCKELE-BAZELA, « Pacte de préférence et contrat de franchise », *D.* 2004, p. 2487.
9. M. MIGNOT, « Pacte de préférence : liberté ou contrainte ? », *Dr. et patr.*, n° 144, janv. 2006, p. 36 ; H. KENFACK, « Validité du pacte de préférence », *Dr. et patr.*, janv. 2006, p. 43 ; P. VOIRIN, « Le pacte de préférence », *JCP G.* 1954, I, 1192.
10. V. *infra*, les nouveautés.
11. Th. PIAZZON, « Retour sur la violation des pactes de préférence », *RTD civ.* 2009, p. 433, spéc. n° 1.

n'est donc assuré, « *le promettant n'est pas certain de vendre, le bénéficiaire pas certain d'acheter et le contenu du contrat n'est pas définitivement arrêté*¹² ».

Le recours fréquent à ce type d'avant-contrat dans la pratique, que ce soit sous forme de convention particulière¹³ ou de clause insérée dans un contrat principal¹⁴, justifie l'ajout d'une définition légale. Désormais, selon le nouvel article 1123 al.1 du Code civil : « *Le pacte de préférence est le contrat par lequel une partie s'engage à proposer prioritairement à son bénéficiaire de traiter avec lui pour le cas où elle déciderait de contracter* ».

En dépit de la clarté de cette définition qui laisse aux parties le soin de déterminer librement le contenu du pacte, certains commentateurs regrettent son ajout en raison du risque qu'elle introduit : enfermer le pacte dans un moule rigide alors qu'il est fréquemment utilisé en pratique et selon diverses modalités. Toutefois, la critique avancée peut être nuancée dès lors que cette définition ne contient que les éléments essentiels du pacte sans aucune mention de ses modalités. De surcroît, tout contrat nommé faisant l'objet d'une réglementation spéciale doit être nécessairement défini. Ceci garantit l'alignement avec les objectifs de lisibilité, d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi prévus par la réforme du droit des obligations et des contrats.

Outre l'intégration d'une définition, la principale innovation de la réforme en la matière réside dans l'introduction du mécanisme des « *actions interrogatoires*¹⁵ ». En effet, l'article 1123 alinéa 3 du Code civil¹⁶ donne à celui qui projette d'acquérir un bien le droit d'interroger par écrit l'éventuel bénéficiaire d'un pacte de préférence de confirmer dans un délai raisonnable l'existence d'un tel pacte et s'il a l'intention de s'en prévaloir. À défaut de

12. D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 10^e éd., 2016, p. 89.

13. Cass. com., 7 janv. 2004, n° 00-11.692.

14. V. notamment pour une clause insérée dans un contrat de bail : Cass. civ. 3^e, 12 juillet 2000, *Contrats, Conc., Cons.* 2000, p. 173 ; pour une clause insérée dans un contrat de société : Cass. com., 9 avr. 2002, *JCP* 2003, II, 10067.

15. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 2001, V° « action interrogatoire » : « *Nom doctrinal parfois donné à une catégorie d'actions qui aurait pour objet de mettre une personne en demeure soit de déclarer si elle entend ou non user d'un droit ou exercer une action en justice, soit d'opter entre plusieurs parties qui s'offrent à elle, action dont l'existence, contestée, est à tout le moins exclue lorsque la personne interrogée jouit, en vertu de la loi, d'un délai de réflexion ou justifie d'un intérêt légitime à ne pas choisir* ».

16. L'article 1123 al. 3 du C. civ. dispose : « *Le tiers peut demander par écrit au bénéficiaire de confirmer dans un délai qu'il fixe et qui doit être raisonnable, l'existence d'un pacte de préférence et s'il entend s'en prévaloir* ».

réponse dans ce délai, le bénéficiaire ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat¹⁷.

L'intégration de cette technique dans le paysage juridique français découle d'une triple influence. Tout d'abord, il convient de noter que tous les avant-projets de réforme du droit des contrats prévoyaient ce mécanisme¹⁸. Ensuite, il existait déjà dans les Codes de quelques États européens¹⁹. Enfin, il était déjà réglementé au niveau du droit spécial²⁰. Cette triple influence semble donc fonder la légitimité de l'action interrogatoire.

La procédure de cette action est fixée par l'ordonnance. L'option offerte au tiers en cas de doute sur l'existence du pacte relève de sa libre appréciation. Au cas où il décide de s'en prévaloir, il est tenu d'interroger par écrit le bénéficiaire comme le prévoit l'article 1123 alinéa 3. Néanmoins, il est regrettable que ni la forme de cet écrit, ni la procédure de notification ne soient précisées.

Dans la perspective de renforcer ce pas vers la sécurité juridique, l'ordonnance a supprimé la limite à l'obligation d'information du tiers en présence d'une clause de confidentialité, qui était prévue dans le projet. Celle-ci apparaissait comme un moyen capable de réduire à néant l'efficacité de l'action interrogatoire en permettant au bénéficiaire de ne pas répondre au tiers tout en conservant en même temps son action contre lui²¹.

En dépit des innovations déjà mentionnées, la sécurité juridique à laquelle aspire la réforme n'aurait pas été atteinte sans que soit précisées les sanctions de sa violation.

B. La consolidation de solutions jurisprudentielles acquises en matière de sanctions

La préférence octroyée par le pacte s'analyse en un droit de créance personnel pour le bénéficiaire et en une obligation pour le promettant, qui consiste à offrir le bien prioritairement au bénéficiaire avant de l'offrir au tiers. En cas de refus, le promettant retrouve la liberté de conclure le contrat avec un tiers. Néanmoins, le droit de préférence ne s'épuise qu'à l'égard

17. Art. 1223 al. 4 C. civ.

18. Art. 1129-5 de l'avant-projet Catala ; Art. 83 du projet Terré ; Art. 40 al. 1^{er} et 95 du projet de la Chancellerie de 2008.

19. Paragraphe 177, 2 du Code civil allemand ; Art. 1399, 4 du Code civil italien ; Art. 229 et 223 du Code civil grec ; Art. 260, 1 et 268 du Code civil portugais.

20. Art. 1844-12 du C. civ. en matière de société.

21. P. PUIG, « La phase précontractuelle », p. 56.

de l'offre déjà faite et dans les mêmes conditions. En revanche, en cas de formulation d'une nouvelle offre à un tiers à des conditions plus avantageuses, la préférence initialement octroyée au bénéficiaire subsiste. Dès lors, toute offre émise aux tiers en méconnaissance des droits du bénéficiaire caractériserait une violation du pacte et plus précisément de l'obligation du promettant. Afin d'assurer le respect de cette obligation et d'éviter qu'elle se réduise à « *un fantôme de Droit*²² », la sanction de sa violation s'impose.

Traditionnellement, la jurisprudence distinguait selon la bonne ou la mauvaise foi du tiers. S'il est de bonne foi, le contrat conclu ne pouvait être atteint. L'allocation de dommages-intérêts par le promettant était la seule sanction envisageable sous condition de prouver le préjudice subi²³.

En revanche, lorsque le tiers est de mauvaise foi, le contrat conclu en violation des droits du bénéficiaire encourait la nullité. Encore fallait-il que le tiers ait eu « *connaissance non seulement de l'existence de la clause de préférence, mais encore de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir*²⁴ ». À côté de l'annulation du contrat, le bénéficiaire pouvait également obtenir sa substitution au tiers²⁵. Cette solution jurisprudentielle était critiquée par la doctrine en raison de la difficulté de rapporter la double preuve de la connaissance de l'existence du pacte et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir.

Pourtant, au rebours du projet d'ordonnance qui prévoyait de limiter la preuve à la seule connaissance par le tiers de l'existence du pacte, le nouvel article 1123 al. 2 du Code civil a maintenu cette « *probatio diabolica*²⁶ » qui est très difficile à rapporter²⁷.

22. N. DISSAUX, « Les nouvelles sanctions en matière contractuelle », p. 10.

23. Cass. com, 9 avril 2002, *JCP* 2003, II, 10067.

24. Ch. mixte, 26 mai 2006, *Bull. civ.* n° 4 ; *Defrénois* 2006, p. 1206, E. Savaux ; *D.* 2006. p. 1861, P-Y Gautier et p. 1864, D. Mainguy ; *RDC* 2006. p. 1080, D. Mazeaud et p. 1131, obs. F. Collart Dutilleul ; *RTD civ.* 2006, p. 550, obs. J. Mestre et B. fages ; *JCP* 2006, II, 10142, obs. L. Leveneur ; *Droit et patrim.* 2006, p. 95, Ph. Stoeffel-Munck ; Cass. civ. 3^e, 21 janvier 2007, *Bull. civ.* III, n° 16.

25. *Ibid*, nous lisons : « *si le bénéficiaire d'un pacte de préférence est en droit d'exiger l'annulation du contrat passé avec un tiers en méconnaissance de ses droits et d'obtenir sa substitution à l'acquéreur, c'est à la condition que ce tiers ait eu connaissance lorsqu'il a contracté de l'existence du pacte de préférence et de l'intention du bénéficiaire de s'en prévaloir* » ; Cass. civ. 3^e, 14 fév. 2007, *Bull. civ.* III, n° 25 ; *Defrénois* 2007, p. 1048, obs. Libchabert.

26. P. PUIG, « La phase précontractuelle », p. 55.

27. Il est à noter qu'en dépit de la difficulté de preuve de la mauvaise foi, la jurisprudence nous prouve qu'elle n'est pas impossible : Cass. civ. 3^e, 9 avril 2014, *D.* 2014, p. 926.

L'ordonnance a donc suivi la jurisprudence antérieure mais à une nuance près. Alors que la Cour de cassation offrait au bénéficiaire la nullité du contrat et sa substitution au tiers, l'article 1123 lui donne un choix à opérer en fonction de son intérêt entre la nullité du contrat et sa substitution au tiers. Si dans des cas rares, le prix était déjà déterminé ou déterminable aux termes du pacte de préférence et inférieur à celui payé par le tiers, le bénéficiaire du pacte aura intérêt à ne demander que la nullité tablant sur le fait que le promettant sera ensuite obligé, s'il veut conclure le contrat promis de lui proposer un prix inférieur. Néanmoins dans la majorité des cas, s'il désire acquérir le bien, il aura plus souvent intérêt à demander directement la substitution. Dans tous les cas, si le prix ne lui convient pas, il peut préférer agir en responsabilité : responsabilité contractuelle du promettant et responsabilité délictuelle du tiers. Cette solution est mieux fondée juridiquement étant donné que la substitution du bénéficiaire dans un contrat déjà nul est impossible puisque le contrat a été anéanti rétroactivement²⁸.

En dépit des avancées significatives de la réforme en matière de réglementation du pacte de préférence, certains silences ont empêché d'aboutir à une totale sécurité juridique. Le premier pas de la réforme ne serait donc qu'un pas inachevé.

Paragraphe 2. Un pas inachevé

L'objet du pacte de préférence est de faciliter la conclusion du contrat définitif. Dans cette perspective, l'ordonnance du 10 février 2016 a voulu essentiellement éviter la violation du pacte et la sanctionner lorsqu'elle est consommée. Toutefois, le corps de règles mis en place révèle certaines insuffisances du régime juridique (A) et demeure imprécis quant à la durée du pacte (B).

28. R.-N. SCHÜTZ, « La conclusion du contrat en droit français », *in la réforme du droit des contrats*, (dir. C. BAAKLINI et R. DAOU), PUSEK, 2016, n° 18, p. 39 ; *Recueil de travaux juridiques, le nouveau droit français des contrats*, (dir. R.-N. SCHÜTZ), PUSEK, 2017, n° 2.

A. Insuffisances du régime juridique

Le régime juridique du pacte de préférence tel qu'il résulte du nouvel article 1123 du Code civil suscite quelques critiques.

Le premier regret est sans doute que l'ordonnance ait maintenu, comme il vient d'être expliqué²⁹, la double condition nécessaire à la nullité du contrat conclu en violation du pacte alors que l'apport majeur du projet avait été de simplifier la preuve de la mauvaise foi du tiers en prévoyant de la limiter à la seule connaissance de l'existence du pacte. L'ordonnance a consacré la jurisprudence antérieure sans expliquer les raisons de ce choix. C'est sans doute regrettable du fait de la difficulté de preuve de la mauvaise foi du tiers. Mais « *la sécurité des conventions est peut-être à ce prix*³⁰ ».

Le deuxième reproche adressé au législateur concerne l'action interrogatoire, tant en ce qui concerne son appellation même, que son régime.

Cette appellation pourrait faire penser à une action intentée en justice. Or, c'est juste le contraire. Cette technique vise à évincer tout recours au juge. Elle prête donc à confusion parce qu'inappropriée à un mécanisme entièrement extrajudiciaire³¹. C'est donc plutôt le terme d'« *interpellation* » qui aurait dû être retenu³². De même, l'adjectif « *interrogatoire* » peut susciter une ambiguïté. En effet, si le tiers interroge le bénéficiaire, c'est dans le but de l'inciter à confirmer l'existence du pacte de préférence et son intention de s'en prévaloir. À défaut, il ne pourra plus solliciter l'une des sanctions prévues par l'article 1123 du Code civil. De la sorte, cette interrogation est plus proche d'une mise en demeure du bénéficiaire de confirmer l'existence du pacte de préférence et son intention de s'en prévaloir.

Cette option accordée au tiers pourrait le conduire à privilégier la conclusion du contrat sans interroger le bénéficiaire au préalable, sous prétexte de l'ignorance de l'existence du pacte³³. Cette situation lui serait beaucoup plus favorable que de s'exposer au risque de ne pas signer le contrat

29. V. *supra*, paragraphe 1, B.

30. D. HOUTCIEFF, *Droit des contrats*, Larcier, 2015, n° 217.

31. M. De FONTMICHEL, « Les nouvelles actions interrogatoires », *D.* 2016, p. 1665.

32. A. BENABENT, « Les nouveaux mécanismes », in *La réforme du droit des contrats : quelles innovations*, *RDC* 2016, p. 17 ; F. HAGE-CHAHINE, « Comment la réforme sera-t-elle accueillie au Liban et dans les pays arabes ? », in *la réforme du droit des contrats*, (dir. C. BAAKLINI et R. DAOU), PUSEK, 2016, n° 18, p. 135.

33. Cass. civ. 3^e, 29 juin 2010, *RDC* 2011, p. 30, obs. E. Savaux.

ou encore de le voir annulé ou enfin de se voir substitué par le bénéficiaire. À ce stade, une question essentielle se pose au vu de l'action interrogatoire : la jurisprudence ira-t-elle jusqu'à sanctionner sur le fondement de la responsabilité délictuelle le tiers qui avait des doutes quant à l'existence du pacte et qui a volontairement omis d'interroger son éventuel bénéficiaire ? La question reste en suspens.

Afin d'éviter toutes ces incertitudes, une partie de la doctrine aurait préféré rendre ce mécanisme obligatoire pour préserver son efficacité et éviter toute malhonnêteté³⁴.

En troisième lieu et enfin, on peut relever l'imprécision de l'ordonnance en ce qui concerne la nature du contrat conclu avec le tiers caractérisant une violation du pacte et ouvrant droit à réparation. Prenons l'exemple fréquent du pacte de préférence portant sur la vente d'un bien (immeuble, parts sociales ou actions). Il est évident que la conclusion avec un tiers d'un contrat de vente sur ce bien viole le pacte. Mais la conclusion d'un autre contrat translatif de propriété sur ce bien, tel l'échange ou l'apport en société, *a priori*, ne viole pas directement le pacte. Néanmoins, il pourrait permettre au promettant de le contourner. On peut en revanche considérer que la conclusion d'une donation sur ce bien ne viderait pas le pacte car ce serait une atteinte trop forte à la liberté du promettant de disposer de ses biens.

Un conflit peut aussi apparaître en cas de conclusion d'un bail octroyant au locataire un droit de préemption³⁵. La jurisprudence a ainsi décidé, à propos d'un bail rural conclu par le promettant après avoir conféré la préférence au bénéficiaire, que le promettant engage sa responsabilité envers celui-ci lorsque le locataire exerce son droit de préemption car ce droit, d'ordre public, prévaut sur la préférence accordée conventionnellement par le bailleur³⁶. Dans cette espèce, la Cour de cassation relève que « *si le pacte de préférence n'interdit pas à lui seul un usage normal du bien..., ce pacte ne permet pas à celui-ci de créer une situation juridique propre à en annihiler les effets... en louant à des tiers des parcelles de terre sur lesquelles il(s) avai(en)t précédemment consenti... un droit de préférence* ». Le pacte de préférence ayant pour objet la vente d'un bien immobilier pourrait donc indirectement limiter la gestion

34. P. PUIG, « La phase précontractuelle », p. 56.

35. A. WALRAVENS, *Le droit de préemption*, (dir. M. GRIMALDI), Univ. Paris 2, 2015, p. 266 ; M. MEKKI, « Droit des contrats », *D.* 2017, p. 375.

36. Cass, civ. 3^e, 10 mai 1984, n° 82-17.079, *Bull. civ.* III, n° 96. V. aussi en matière de bail d'habitation : Cass. civ. 3^e, 24 mars 2016, n° 15-14.004, *AfDI* 2016, p. 434.

normale de son bien par le promettant qui prendrait un risque en concluant un bail soumis à un statut qui confère un droit de préemption au locataire. On peut donc regretter que le législateur n'ait pas mieux défini ce qu'il range dans la catégorie des contrats dont la conclusion peut violer le pacte. Avec toutes ces insuffisances, le brouillard qui enveloppait le régime juridique du pacte de préférence ne se dissipe pas totalement.

B. Imprécision quant à la durée du pacte

Selon la jurisprudence antérieure à la réforme, la durée de la préférence ne constituait pas une condition de sa validité³⁷. De la même manière, l'article 1123 du Code civil n'impose pas que le pacte précise sa durée lorsqu'il le définit. Hormis les cas où un texte prévoit la durée de la préférence³⁸, seules les parties peuvent stipuler ou non un terme extinctif.

Au cas où le pacte est l'accessoire d'un autre contrat, il a en principe la même durée que le contrat dans lequel il s'insère³⁹, à quelques exceptions près⁴⁰. Mais, la solution est plus compliquée lorsque le pacte est conclu sans qu'un délai ne soit explicitement ou implicitement fixé par les parties. Pendant combien de temps le débiteur demeure-t-il tenu de maintenir sa préférence envers le bénéficiaire ?

Cette question « *délicate*⁴¹ », voire même « *intimidante*⁴² » embarrasse la doctrine. L'engagement du débiteur semble échapper à la prescription et la jurisprudence a eu l'occasion de l'affirmer⁴³ au visa de l'article 2257 du Code civil selon lequel : « *la prescription ne court pas contre celui qui est dans l'impossibilité absolue d'agir par suite d'un empêchement quelconque résultant soit de la loi, soit de la convention ou de la force majeure* ». Ainsi, le point de départ

37. Cass. civ. 3^e, 15 janv. 2003, *D.* 2003, p. 1190, note H. Kenfack ; *Bull. civ.*, n° 9 ; *AJDI*, 2003, p. 702, obs. F. Cohet-Cordey.

38. V. par exemple : Art. L.132-4 du Code de la propriété intellectuelle français.

39. Cass. civ. 3^e, 21 déc. 1988, *JCP N.* 1989, II, 205, obs. M. Dagot.

40. Cass. civ. 3^e, 16 juin 1999, *Defrénois* 1999, p. 1329, note D. Mazeaud. En l'espèce, la Cour de cassation avait retenu une conception extensive en accordant le droit de préférence au preneur qui est resté dans les lieux après l'expiration du bail.

41. Obs. P.-Y. Gautier sous : Cass. civ. 1^{re}, 6 juin 2001, *RTD civ.* 2002, p. 117.

42. Note H. Kenfack sous: Cass. civ. 3^e, 15 janv. 2003, *D.* 2003, p. 1190 ; *Bull. civ.*, n° 9 ; *AJDI* 2003, p. 702, obs. F. Cohet-Cordey.

43. Cass. civ. 3^e, 22 déc. 1959, *Bull. civ.* I, n° 558 ; *JCP G.* 1960, II, 11494 ; *RTD civ.* 1960, p. 3232, obs. J. Carbonnier.

de la prescription semble reporté car le bénéficiaire est dans l'impossibilité d'agir tant que le promettant n'a pas décidé de conclure le contrat⁴⁴.

Cette imprescriptibilité risque-t-elle de heurter le principe de prohibition des engagements perpétuels déjà sanctionné par la jurisprudence antérieure⁴⁵ et aujourd'hui traité comme un contrat à durée indéterminée par l'article 1210 du Code civil ? Assimiler le pacte de préférence à durée indéterminée à un engagement perpétuel ne serait cependant pas opportun car cela remettrait en cause l'intérêt de recourir à une telle figure contractuelle. Ceci explique sans doute le rejet de cette qualification par la jurisprudence⁴⁶. Pour autant, cette solution peut s'expliquer par le rapprochement du pacte de préférence avec le contrat assorti d'une condition suspensive⁴⁷. En la matière, selon la Cour de cassation, « *la stipulation d'une condition suspensive sans terme fixe ne confère pas à l'obligation un caractère perpétuel et le contrat subsiste aussi longtemps que la condition n'est pas défaillie*⁴⁸ ». Ceci est d'autant plus justifié en matière de pacte de préférence, que le promettant ne s'est pas engagé à conclure le contrat. Son obligation se limitant à l'octroi d'une préférence ne devrait pas tomber sous le coup de la prohibition des engagements perpétuels. Il demeure libre de le conclure ou pas. Le grief de l'engagement perpétuel étant écarté, un autre auteur a proposé de reconnaître au débiteur le droit de demander au juge de fixer un délai raisonnable au terme duquel, il sera délié de son engagement⁴⁹, et ce par analogie avec le régime du contrat de prêt à usage⁵⁰. Mais ce point de vue n'est point convainquant car il contrevient à la volonté des parties. Si celles-ci l'avaient voulu, elles auraient pu insérer une durée dans le pacte. Ainsi, permettre au juge de se substituer aux parties en fixant un délai raisonnable introduirait de nouvelles incertitudes et risquerait

44. S. LEQUETTE, « Réflexions sur la durée du pacte de préférence », p. 493.

45. Cass. civ. 1^{re}, 6 juin 2001, *Bull. civ. I*, n° 166; *RTD civ.* 2002, p. 88, obs. J. Mestre et B. Fages et p. 115, obs. P.-Y. Gauthier.

46. Cass. civ. 1^{re}, 22 déc. 1959, *JCP* 1960, II, 11494, note P. Esmein ; *RTD civ.* 1960, p. 323, obs. Carbonnier.

47. H. KENFACK, « Pacte de préférence et condition potestative virtuelle », *D.* 2003, p. 1190.

48. Cass. civ. 1^{re}, 4 juin 1991, *D.* 1992, p. 170, note M. Ogain et p. 267, obs. E. Fortis ; *RTD civ.* 1991, p. 738, obs. J. Mestre ; Cass. civ. 3^e, 19 déc. 2001, *D.* 2002, p. 1586, note H. Kenfack.

49. P.-Y. GAUTIER, « Ni prix ni délai : ne réveillez pas un pacte de préférence qui dort », *RTD civ.* 2002, p. 115.

50. V. notamment sur la durée du prêt à usage ne contenant pas de terme extinctif exprès : Cass. civ. 1^{re}, 12 nov. 1998, *Bull. civ. I*, n° 312 ; Defrénois 1999, n° 56, obs. A. Bénabent ; Cass. civ. 1^{re}, 29 mai 2001, *Bull. civ. I*, n° 153.

de fragiliser encore plus le pacte de préférence. En revanche, en refusant de lui octroyer une telle faculté, on adresse un signe fort aux contractants : prévoir un délai lors de la conclusion du pacte s'ils le souhaitent. Dans ces conditions l'expression de la liberté contractuelle est garantie.

Les insuffisances de la réglementation nouvelle du pacte de préférence sont finalement moins importantes que ce que l'on pouvait a priori craindre. À l'analyse il apparaît en effet qu'imposer la fixation obligatoire d'une durée du pacte ne serait pas opportune. Ce n'est donc pas une lacune de l'ordonnance. En revanche, on peut regretter que la réforme ait maintenu l'exigence de la double condition à la nullité du contrat conclu en violation du pacte et qu'elle n'ait pas suffisamment précisé le régime de l'action – plutôt l'interpellation - interrogatoire.

BIBLIOGRAPHIE

Dictionnaires, articles et ouvrages

- BENABENT A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, LGDJ, 11^e éd., 2015.
- BENABENT A., « Les nouveaux mécanismes », in *La réforme du droit des contrats : quelles innovations*, RDC 2016, p. 17.
- CABRILLAC R., *Droit des obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2016.
- CEDRAS J., « L'obligation de négocier », *RTD com.* 1985, p. 273.
- CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 2001.
- DE FONTMICHEL M., « Les nouvelles actions interrogatoires », *D.* 2016, p. 1665.
- DISSAUX N., « Les nouvelles sanctions en matière contractuelle », *Aj. Contrats* 2017, p. 10.
- FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations, L'acte juridique*, Sirey, 16^e éd., 2014.
- GAUDEMET A., « La portée des pactes de préférences ou de préemption sur les titres de société », *Société* 2011, p. 139.
- GAUTIER P.-Y., « ni prix ni délai : ne réveillez pas un pacte de préférence qui dort », *RTD civ.* 2002, p. 115.
- GINESTET C., « Pacte de préférence et droit des sociétés », *Dr. et patr.*, n^o 144, janv. 2006, p. 62.
- HAGE-CHAHINE F., « Comment la réforme sera-t-elle accueillie au Liban et dans les pays arabes », in *La réforme du droit des contrats*, (dir. C. BAAKLINI et R. DAOU), PUSEK, 2016, n^o 18, p. 135.
- HOUTCIEFF C., *Droit des contrats*, Larcier, 2015.
- KENFACK H., « Pacte de préférence et condition potestative virtuelle », *D.* 2003, p. 1190.
- KENFACK H., « Validité du pacte de préférence », *Dr. et patr.*, janv. 2006, p. 43.
- LEQUETTE S., « Réflexions sur la durée du pacte de préférence », *RTD civ.* 2013, p. 491.
- MAINGUY D., *Contrats spéciaux*, Dalloz, 10^e éd., 2016, p. 89.
- MEKKI M., « Droit des contrats », *D.* 2017, p. 375.

- MIGNOT M., « Pacte de préférence : liberté ou contrainte ? », *Dr. et patr.*, n° 144, janv. 2006, p. 36.
- MOUSSERON J.-M., GUIBAL M. et MAINGUY D., *L'avant-contrat*, Fr. Lefebvre, 2001,
- PIAZZON Th., « Retour sur la violation des pactes de préférence », *RTD civ.* 2009, p. 433.
- PUIG P., « La phase précontractuelle », *Dr. et patr.*, n° 258, mai 2016, p. 56.
- Recueil de travaux juridiques, le nouveau droit français des contrats*, (dir. R.-N. Schütz), PUSEK, 2017, n° 2.
- SCHÜTZ R.-N., « La conclusion du contrat en droit français », *in la réforme du droit des contrats*, (dir. C. BAAKLINI et R. DAOU), PUSEK, 2016, n° 18, p. 39.
- TERRÉ F., SIMLER Ph. et LEQUETTE Y., *Les obligations*, Dalloz, 8^e éd., 2002.
- VAN DE WYNCKELE-BAZELA A., « Pacte de préférence et contrat de franchise », *D.* 2004, p. 2487.
- VOIRIN P., « le pacte de préférence », *JCP G.* 1954, I, 1192.
- WALRAVENS A., *Le droit de préemption*, (dir. M. GRIMALDI), Univ. Paris 2, 2015.

Décisions judiciaires

- Cass. civ. 3^e, 9 avril 2014, *D.* 2014, p. 926.
- Cass. civ. 3^e, 29 juin 2010, *RDC* 2011, p. 30, obs. E. Savaux.
- Cass. civ. 3^e, 14 fév. 2007, *Bull. civ.* III, n° 25 ; *Deffrénois* 2007, p. 1048, obs. Libchabert.
- Ch. mixte, 26 mai 2006, *D.* 2006, p. 1861, note Gautier et p. 1864, note Mainguy ; Cass. civ. 3^e, 21 janvier 2007, *Bull. civ.* III, n° 16.
- Cass. com., 7 janv. 2004, n° 00-11.692.
- Cass. civ. 3^e, 15 janv. 2003, *D.* 2003, p. 1190, note H. Kenfack; *Bull. civ.*, n° 9 ; *AJDI*, 2003, p. 702, obs. F. Cohet-Cordey.
- Cass. com., 9 avril 2002, *JCP* 2003, II, 10067.
- Cass. civ. 1^{re}, 6 juin 2001, *Bull. civ.* I, n° 166 ; *RTD civ.* 2002, p. 88, obs. J. Mestre et B. Fages et p. 115, obs. P.-Y. Gauthier.
- Cass. civ. 3^e, 19 déc. 2001, *D.* 2002, p. 1586, note H. Kenfack.
- Cass. civ. 3^e, 16 juin 1999, *Deffrénois* 1999, p. 1329.
- Cass. civ. 1^{re}, 4 juin 1991, *D.* 1992, p. 170, note M. Ogain et p. 267, obs. E. Fortis ; *RTD civ.* 1991, p. 738, obs. J. Mestre.
- Cass. civ. 3^e, 21 déc. 1988, *JCP N.* 1989, II, 205, obs. M. Dagot.
- Cass. civ. 1^{re}, 22 déc. 1959, *Bull. civ.* I, n° 558 ; *JCP G.* 1960, II, 11494 ; *RTD civ.* 1960, p. 3232, obs. J. Carbonnier.

L'influence de la réforme du droit des contrats français sur le droit de la concurrence : regards sur la question des « *clauses abusives* » / New French law of obligations and restrictive practices: observations on the issue of “*unfair terms*”

David Bosco, Professeur de droit privé à Aix-Marseille Université, Directeur de l'Institut de droit des affaires

Abstract

The French legislator has reformed in 2016 the general rules applicable to contracts laid down in the Civil Code. These rules had not been changed since 1807. Important reforms were adopted, including the introduction of an article about unfair terms. This paper considers the influence of this reform on commercial contracts (and specifically distribution contracts such as franchising, exclusive dealing, selective distribution contract and so on). In particular, the articulation with the specific rules on restrictive practices is envisaged. It appears that the two legislations are complementary.

Comment le monde de la distribution doit-il considérer l'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats¹ ? La réflexion que l'on se propose de mener porte sur l'articulation des dispositions nouvelles de l'article 1171 du Code civil avec celles de l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce. Le premier prévoit que :

« Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ».

Le second texte indique qu' :

« Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : 2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

Ces deux textes, chacun dans leur monde, jouent le rôle de dispositions souches. L'article 1171 exprime une idée – permettre au juge d'intervenir dans une situation de déséquilibre contractuel – que l'on retrouve à plusieurs reprises dans le Code tel qu'il résulte de la réforme. Citons pêle-mêle les articles 1143, 1169, 1170 ou encore 1195. L'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce porte quant à lui un principe que la plupart des autres règles du texte ne paraît qu'illustrer : le 1° sur le fait d'obtenir un avantage sans contrepartie, le 3° sur le fait d'obtenir un avantage sans l'assortir d'un engagement sur un volume d'achat, le 4° sur le fait d'obtenir des conditions manifestement abusives, le 7° sur le fait d'obtenir une clause de prix favorable ou encore le 13° sur le fait de soumettre le cocontractant à une clause de pénalités de retard en cas de force majeure.

Nous en relèverons les convergences (paragraphe 1), les divergences (paragraphe 2), pour évoquer finalement les problèmes que pose leur coexistence (paragraphe 3).

Paragraphe 1. Convergences

Il existe d'abord une communauté d'objectifs entre le texte nouveau et celui que consacrait déjà le Code de commerce. Les intentions des rédacteurs du nouveau droit des contrats ont été expliquées dans le Rapport

1. Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

au Président de la République². Il place le nouvel article 1171 au rang des dispositions « *protectrices des parties* » ou encore à celui des « *solutions propres à assurer un équilibre des droits et devoirs entre les parties* ». Il est question ici de « *préservé les intérêts de la partie la plus faible* » et de servir un « *objectif de justice contractuelle* ». Quant au texte de l'article L. 442-6 I 2°, il vient de la loi de modernisation de l'économie. En introduisant la formule de « *déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* » en remplacement de la notion d'abus de la relation de dépendance et de puissance d'achat ou de vente, la loi visait à simplifier et rendre plus effectif le texte. Elle entendait, quant aux sanctions, « *protéger les acteurs les plus vulnérables*³ ». Les deux textes partagent donc les mêmes intentions. Le Rapport au PR les place d'ailleurs explicitement dans le même registre puisque le texte nouveau a été adopté pour « *renforcer la cohérence de l'ensemble du dispositif en matière de droit des contrats* » : droit de la consommation, droit des pratiques commerciales et droit général disposeront ensemble d'une disposition commune.

Cette communauté d'objectifs se manifeste dans le libellé des textes qui consacrent des notions identiques : l'un comme l'autre stigmatisent un « *déséquilibre significatif dans (ou entre) les droits et obligations des parties* ». L'origine de cette formule est bien connue : on la trouve en droit de la consommation (article L. 212-1 du Code de la consommation) qui a consacré cette expression sous l'influence du droit européen. Cette convergence notionnelle peut se prolonger, d'ailleurs, au stade de l'interprétation des mots du texte. C'est en tout cas ce qu'avait considéré le Conseil constitutionnel lorsqu'il lui avait été demandé de dire si les dispositions de l'article L. 442-6 I 2° violaient, par leur imprécision, le principe de légalité des délits et des peines. Selon le Conseil, les termes étaient suffisamment clairs et précis car ils avaient été définis par la jurisprudence au titre de l'interprétation du Code de la consommation⁴.

2. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, ci-après le Rapport au PR.
3. Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, exposé des motifs.
4. Le Conseil notait que « *pour déterminer l'objet de l'interdiction des pratiques commerciales abusives dans les contrats conclus entre un fournisseur et un distributeur, le législateur s'est référé à la notion juridique de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties qui figure à l'article L. 132-1 du Code de la consommation reprenant les termes de l'article 3 de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 susvisée ; qu'en référence à cette notion, dont le contenu est déjà précisé par la jurisprudence, l'infraction est définie dans des conditions qui permettent au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire ; qu'en outre, la juridiction saisie peut, conformément au sixième alinéa du paragraphe III de l'article L. 442-6*

Lorsque l'on vise un déséquilibre significatif en droit de la consommation et en droit commercial, parle-t-on vraiment de la même chose ? Il est bien des raisons d'en douter⁵. Mais à ce stade, rien ne permet d'exclure que les juges s'inspireront des solutions acquises en interprétation des textes du Code de la consommation et du Code de commerce dans celle de l'article 1171 du Code civil. Certaines clauses interdites par le droit spécial le seraient alors aussi au titre du droit commun : une clause de résiliation asymétrique⁶, clause autorisant les modifications de délais de livraison⁷, clause de blocage technique en cas d'inexécution⁸... De même, certaines directives d'interprétation posées par les juges au titre du droit spécial seront peut-être utiles aux fins de l'application du texte nouveau. On songe ici à l'« analyse globale et concrète » que recommandait la Cour de cassation dans l'affaire *Provera* au titre de l'interprétation de l'article L. 442-6 I 2⁹. Il est aussi probable que, demain, une clause qui aura été reconnue abusive en vertu de l'article 1171 du Code civil le sera aussi en droit commercial ou en droit de la consommation, sous l'action d'une contagion tout à fait naturelle du droit spécial par le droit commun.

du Code de commerce, consulter la commission d'examen des pratiques commerciales composée des représentants des secteurs économiques intéressés ; qu'en égard à la nature pécuniaire de la sanction et à la complexité des pratiques que le législateur a souhaité prévenir et réprimer, l'incrimination est définie en des termes suffisamment clairs et précis pour ne pas méconnaître le principe de légalité des délits ».

5. V. : R. SAINT-ESTEBEN, « L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation », *RDC* 2009, p. 1275 et s. ; V. encore, sur la discussion, E. MOUIAL-BASSILANA, « Le déséquilibre significatif, art. L. 442-6, I, 2° du Code de commerce », *J.-Cl. Concurrence, consommation*, fasc. 730, juillet 2015, n° 9.
6. Paris, 19 sept. 2014, n° 12/09906.
7. Rennes, 17 mars 2011, n° 09/06455 ; Bordeaux, 21 nov. 2011, n° 10/02746.
8. Colmar, 20 janv. 2014, n° 12/04992. Pour un inventaire, V. : E. MOUIAL-BASSILANA, « Le déséquilibre significatif, art. L. 442-6, I, 2° du Code de commerce », n° 38.
9. Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10907 : « *Qu'ayant relevé l'existence d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, résultant de deux clauses litigieuses, qu'aucune autre stipulation ne permettait de corriger, et constaté qu'aucune suite n'était donnée aux réserves ou avenants proposés par les fournisseurs pour les modifier, la cour d'appel, qui a procédé à une analyse globale et concrète du contrat et apprécié le contexte dans lequel il était conclu ou proposé à la négociation, et qui n'était pas tenue de rechercher les effets précis du déséquilibre significatif auquel la société Provera avait soumis ou tenté de soumettre ses partenaires, a satisfait aux exigences de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce ».*

Au reste, la force de l'objectif de protection de la partie faible que partagent les textes se constate aussi au plan de l'intensité de la portée normative reconnue par la loi. Le texte du Code de commerce¹⁰, comme le texte civiliste, sont d'ordre public¹¹.

Enfin, une dernière convergence, qui est à l'origine de la difficulté d'articulation des dispositifs que nous évoquerons plus loin, tient dans le fait que les textes couvrent chacun un domaine d'application étendu. Le texte civiliste est un texte de droit commun qui a, par nature, vocation à s'appliquer à tous les contrats, et tous les contractants, soumis au droit français. Le texte du Code de commerce vise, quant à lui, une pratique mise en œuvre par « *tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers*¹² ». La « *victime* », au sens de ce texte, doit être un « *partenaire commercial*¹³ ». Les deux textes visent donc des notions compréhensives. Il existe un chevauchement évident des règles sanctionnant les clauses abusives.

Paragraphe 2. Divergences

Malgré les convergences signalées des deux dispositifs, plusieurs divergences peuvent être pointées, quant à leur domaine matériel et quant à leur mise en œuvre.

Le domaine matériel prévu par les textes ici comparés n'est pas strictement le même, au moins à trois égards.

10. Cons. const., 13 mai 2011, n° 2011-126 QPC, *Sté Système U Centrale Nationale et a.* Selon cette décision, l'action du ministre a vocation à faire cesser une pratique contraire à l'ordre public.
11. Pour ce qui concerne l'article 1171, il faut tout de même observer que le caractère d'ordre public est expressément reconnu par le Rapport au PR. Le texte lui-même n'en dit rien ce qui laisse planer un doute puisque ce même Rapport précise que ce qui n'est pas déclaré impératif par le Code civil est supplétif.
12. Art. L. 442-6 I.
13. On peut avoir une lecture plus ou moins stricte de cette notion. Le « *partenariat* » ne semble pas s'assimiler, purement et simplement, au simple fait d'être cocontractant. Elle impliquerait une certaine durée ou une certaine stabilité des relations. Certains juges ont ainsi considéré que le texte ne s'applique pas aux simples relations contractuelles sans partenariat : Aix-en-Provence, 13 février 2014, n° RG 12/21625. Sur cette question, V. : E. MOUAL-BASSILANA, « Le déséquilibre significatif, art. L. 442-6, I, 2° du Code de commerce », n° 46 et s.

En premier lieu, seul le texte civiliste circonscrit expressément la sphère d'intervention du juge à l'unique hypothèse d'un « *contrat d'adhésion*¹⁴ », défini comme « *celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties*¹⁵ ». Il est sûrement légitime d'écarter le jeu de l'article 1171 dans les relations contractuelles de gré à gré. Sans doute le législateur a-t-il pensé que si les parties sont libres de négocier comme bon leur semble, l'éventuel déséquilibre des droits et obligations convenus n'est que le résultat de l'antagonisme vertueux du jeu contractuel. Mais, dans le monde des affaires, cette distinction entre contrat de gré à gré et contrat d'adhésion est une vue de l'esprit. Les entreprises ne sont jamais ni tout à fait libres, ni tout à fait contraintes dans la négociation des contrats qu'elles entendent conclure. La richesse du jeu contractuel ne se résume pas dans cette division simpliste entre contrats négociés et contrats imposés, à l'inverse des relations de consommation qui sont plus clairement asymétriques¹⁶. D'autant que la définition du contrat d'adhésion est mal pensée. Comment démontrer que le contrat (et plus exactement ses « *conditions générales* ») a été rédigé « *à l'avance* » par l'une des parties ? Il nous paraît clair que cette locution « *contrat d'adhésion* » ne saurait répondre aux « *inquiétudes des représentants du monde économique* », comme l'espérait le Rapport au PR. Au contraire, elle va les nourrir. Elle aura un effet perturbateur des relations d'affaires, en particulier au moment des négociations contractuelles. Dans ces conditions, il est important de noter que l'article L. 442-6 I 2° ne mentionne aucune restriction de cette nature, même si la jurisprudence relève parfois l'absence de négociation des clauses contestées¹⁷.

14. L'origine de cette restriction est ainsi expliquée par le Rapport au PR : « *Afin de répondre aux inquiétudes des représentants du monde économique, craignant une atteinte à la sécurité des transactions entre partenaires commerciaux et à l'attractivité du droit français, le champ des clauses abusives est néanmoins circonscrit dans le présent texte aux contrats d'adhésion (dont les contours sont désormais délimités par la définition donnée à l'article 1110), terrain d'élection de ce type de clause* ».

15. C. civ., art. 1110 al. 2.

16. Mais il s'agit dans ce cas d'une asymétrie de positions contractuelles beaucoup plus objective.

17. V. Cass. com., 27 mai 2015, n° 14-11387, *JurisData* n° 2015-012555, F-P+B : « *Les clauses litigieuses étaient insérées dans tous les contrats signés par les fournisseurs, lesquels ne disposaient pas du pouvoir réel de les négocier* ».

En second lieu, les textes ne visent pas exactement les mêmes relations. Le Code civil vise un déséquilibre entre les droits et obligations « *des parties au contrat* », alors que le Code de commerce vise un déséquilibre dans les droits et obligations « *des parties* ». La formulation retenue par le Code de commerce est donc plus large, et cela à deux égards au moins. D'une part, le dispositif du Code de commerce vise un fait juridique (le « *fait (...) de soumettre ou tenter de soumettre* » à des obligations) – lorsque le Code civil sanctionne un acte juridique (une « *clause* » créant un déséquilibre). Le « *fait* » interdit par le Code de commerce peut saisir des pratiques se manifestant au moment de la négociation (par exemple une partie à la négociation « *tente de soumettre* » l'autre à une obligation déséquilibrée) comme dans le résultat de celle-ci. Le Code civil ne saurait être ici appliqué. D'autre part, puisqu'il écarte toute référence à « *un contrat* », le Code de commerce paraît pouvoir être appliqué dans les relations contractuelles complexes entre les mêmes parties où le déséquilibre résulte plutôt d'une vue globale des diverses conventions qui les lient ensemble. En d'autres termes, le libellé du texte autorise une appréciation macro-contractuelle, lorsque le Code civil borne l'examen judiciaire dans une perspective micro-contractuelle¹⁸.

En troisième lieu, seul le Code civil prévoit, à l'instar du Code de la consommation¹⁹, que « *l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation* ». Le juge de droit commun ne pourra donc être saisi que de clauses périphériques à celles qui définissent la substance de l'échange économique. Au contraire, en application de l'article L. 442-6 I 2° il serait possible de demander au juge de refaire l'équilibre économique d'une convention, notamment en prononçant des dommages et intérêts de nature à compenser le surpris payé par la partie faible. C'est une différence essentielle puisque, par principe, le Code civil n'autorise pas, quant à lui, la réfaction du contrat pour lésion²⁰. La cour d'appel de Paris indiquait en ce sens que s'il « *n'appartient pas aux*

18. Il y a là une raison de nuancer ce que nous avons dit plus haut sur l'emprunt que le droit civil pourrait faire au droit des affaires quant à l'appréciation « *globale et concrète* » du déséquilibre, telle qu'elle résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation : Cass. com., 3 mars 2015, n° 14-10907.

19. L'article L. 212-1 al. 3 du Code de la consommation prévoit que « *l'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible* ».

20. V. : M. BEHAR-TOUCHAIS, « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », *JCP G.* 2015, doc. 603, spéc. n° 2.

juridictions de fixer les prix qui sont libres et relèvent de la négociation contractuelle, celles-ci doivent néanmoins, compte tenu des termes (de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce) examiner si les prix fixés entre les parties contractantes créent, ou ont créé, un déséquilibre entre elles et si ce déséquilibre est d'une importance suffisante pour être qualifié de significatif²¹ ».

Le régime prévu par les deux textes ici comparés est aussi très différent quant à la mise en œuvre des dispositifs.

D'abord, l'action en justice fondée sur l'article 1171 du Code civil vise à réputer une clause « *non écrite* », ce qui revient à la soustraire du contrat. À l'inverse, l'action prévue par le Code de commerce est une simple action en responsabilité, du moins si elle est intentée par la victime. Son succès oblige le défendeur à « *réparer un préjudice* ». Les deux régimes se rapprochent lorsque l'action fondée sur l'article L. 442-6 est engagée par un tiers. L'article L. 442-6 III permet à des tiers d'agir à d'autres fins qu'une simple déclaration de responsabilité. Le ministre chargé de l'Économie et le ministère public peuvent demander notamment la cessation des pratiques²². Certains juges ont alors réputé non écrites les clauses contraires à l'article L. 442-6 I 2²³.

Ensuite, les règles de prescription paraissent différer²⁴. L'article L. 442-6 I 2° organise une action en responsabilité qui relève vraisemblablement de l'article L. 110-4 I du Code de commerce selon lequel « *les obligations nées à l'occasion de leur commerce entre commerçants et non*

21. Paris, pôle 5, ch. 5, 23 mai 2013, n° 12/01166.

22. Selon le texte : « *Lors de cette action, le ministre chargé de l'Économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la répétition de l'indu. Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à cinq millions d'euros. Toutefois, cette amende peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées ou, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques mentionnées au présent article ont été mises en œuvre. La réparation des préjudices subis peut également être demandée. Dans tous les cas, il appartient au prestataire de services, au producteur, au commerçant, à l'industriel ou à la personne immatriculée au répertoire des métiers qui se prétend libéré de justifier du fait qui a produit l'extinction de son obligation* ».

23. Paris, 7 juin 2013, n° 11/08674.

24. V. sur le sujet, A. HONTEBEYRIE, « 1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance », *D.* 2016, p. 2180.

commerçants se prescrivent par cinq ans si elles ne sont pas soumises à des prescriptions spéciales plus courtes ». Encore faudra-t-il déterminer le point de départ du délai de prescription, qu'en règle générale la Cour de cassation fait partir « à compter de la réalisation du dommage ou de la date à laquelle il est révélé à la victime si celle-ci établit qu'elle n'en avait pas eu précédemment connaissance²⁵ », ce qui représente dans notre hypothèse le jour de la formation du contrat.

Pour ce qui concerne le dispositif civiliste, l'article 1171 répute non écrite la clause. Cela peut renvoyer au régime des nullités, auquel cas le point de départ du délai de prescription quinquennale de l'action serait fixé au jour où « le titulaire du droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer²⁶ ». Mais l'application du régime des nullités n'est pas certaine. Comme un auteur l'a montré, l'originalité du « réputé non écrit » tient dans le fait que l'éradication de la clause illicite opère d'elle-même sans qu'il soit nécessaire de saisir le juge. Sa constatation serait donc imprescriptible²⁷. Si cette lecture était retenue, une nette divergence de régime séparerait le droit commun du droit spécial de l'article L. 6-442. Si c'était la voie de la nullité qui était retenue, il faudrait encore dire de quelle nullité il est question, ce qui pourrait éclairer l'épineux problème de savoir si un tiers peut invoquer le caractère abusif d'une clause au sens de l'article 1171.

Enfin, l'application de l'article L. 442-6 relève de juridictions spécialisées en vertu de l'article D. 442-3 du Code de commerce. Sept juridictions spécialisées ont compétence exclusive pour connaître des différends, la cour d'appel de Paris est la seule compétente pour connaître des recours formés contre les jugements rendus. Le juge de droit commun est compétent pour appliquer l'article 1171.

Paragraphe 3. Coexistence

Comment concevoir la coexistence des dispositifs civils et commerciaux de lutte contre les clauses abusives ? Une première hypothèse serait celle d'un rapport d'exclusion, articulé autour de l'adage *specialia generalibus derogant*. Il peut, d'abord, être tenu pour acquis que l'adoption de la règle

25. Cass. civ. 1^{re}, 9 juillet 2009, X... c. *BNP Paribas*, n° 08-10820.

26. C. civ., art. 2224.

27. S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*, Economica, 2006. Pour un autre point de vue : A. POSEZ, « De la prétendue imprescriptibilité de la clause réputée non écrite », *D.* 2014, p. 2119 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, 8^e éd., 2016, n° 721 (qui plaident pour une nullité partielle).

générale nouvelle n'a en rien abrogé la règle spéciale de l'article L. 442 6 (*Legi speciali per generalem non derogatur*), à supposer qu'elle lui fût contraire. Il en résulte, par exemple, que la compétence spéciale prévue en matière de pratiques restrictives n'est modifiée en rien²⁸.

À l'inverse, la règle spéciale du Code de commerce écarte-t-elle, dans son champ d'application, le jeu de l'article 1171 ? La question éveille des enjeux importants : le juge de droit commun, saisi d'un déséquilibre significatif dans des relations entre un commerçant et son partenaire économique, doit-il se déclarer incompétent en vertu des règles de compétence spéciale évoquées plus haut ? Le juge spécialisé saisi en vertu de l'article L. 442-6 par le partenaire commercial peut-il déclarer une clause non écrite, en même temps qu'il prononce des dommages et intérêts ?

Il nous semble, à vrai dire, que la règle du Code de commerce n'est pas, à proprement parler dérogatoire à la disposition nouvelle du Code civil, et ne saurait donc l'exclure²⁹. La première vise un cas de responsabilité en réaction à un fait illicite, la seconde pointe un vice de validité du contrat ; la première vise des partenaires économiques, la seconde des contractants ; la première vise des clauses accessoires, la seconde vise la substance même de l'accord lésionnaire. La règle spéciale ne dit donc pas le contraire de la règle générale. Elle dit autre chose. Ce n'est donc pas sous un rapport d'exclusion qu'il faut envisager la coexistence des règles dans le monde des affaires, mais plutôt sous un rapport de complémentarité.

Il y a tout lieu de croire que les deux textes ici observés pourront être alternativement mobilisés par les plaideurs selon leurs stratégies procédurales : souhaitent-ils refaire l'équilibre économique de la convention ? Ils se tourneront vers le Code de commerce ; souhaitent-ils plutôt écarter une clause gênante, c'est plutôt le Code civil qu'il faudra invoquer. Et l'on aura noté que le texte de droit commun ouvre de nouvelles perspectives qui, pour sembler limitées, n'en sont pas moins réelles : il permet de saisir le juge de droit commun et non le juge spécialisé ; il ne contraint pas le demandeur au respect d'un délai de prescription ; il n'exige pas qu'une véritable relation de partenariat commercial existe entre les parties...

28. V. sur le sujet, D. FENOUILLET, « Le juge et les clauses abusives », *RDC*, 1^{er} juin 2016, n° 02, p. 358, n° 47 et s.

29. V. aussi X. LAGARDE, « Questions autour de l'article 1171 du Code civil », *D.* 2016, p. 2174.

L'application des dispositifs civils et commerciaux pourrait aussi être cumulative. Rien ne l'interdit. Devant le juge spécialisé, la victime du déséquilibre aura beau jeu de viser ensemble l'article L. 442-6 du Code de commerce ainsi que l'article 1171 du Code civil, par exemple pour demander, en plus des dommages et intérêts, la suppression de la clause illicite.

Tout bilan fait, il apparaît que le monde des affaires ne devrait pas être bouleversé par l'adoption du nouveau texte sur les clauses abusives. Notre droit français contenait déjà une disposition beaucoup plus inquiétante dans le Code de commerce... L'article 1171 du Code civil élargit cependant le domaine des hypothèses où un juge peut connaître et corriger un déséquilibre contractuel.

BIBLIOGRAPHIE

- BEHAR-TOUCHAIS M., « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », *JCP G.* 2015, doc. 603.
- GAUDEMET S., *La clause réputée non écrite*, Economica, 2006.
- HONTEBEYRIE A., « 1171 contre L. 442-6, I, 2° : la prescription dans la balance », *D.* 2016, p. 2180.
- LAGARDE X., « Questions autour de l'article 1171 du Code civil », *D.* 2016, p. 2174.
- MALAURIE Ph., AYNES L. et STOFFEL-MUNCK Ph., *Les obligations*, Defrénois, 8^e éd., 2016.
- MOUIAL-BASSILANA E., « Le déséquilibre significatif, art. L. 442-6, I, 2° du Code de commerce », *J.-Cl. Concurrence, consommation*, fasc. 730, juillet 2015, n° 9.
- POSEZ A., « De la prétendue imprescriptibilité de la clause réputée non écrite », *D.* 2014, p. 2119.
- SAINT-ESTEBEN R., « L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation », *RDC* 2009, p. 1275.

L'impact du phénomène normatif sur la liberté des propriétaires de DPI / Impact of the normative phenomenon on the freedom of IPR owners

Franck Violet, Professeur, Directeur du laboratoire de recherche sur la Personne, Faculté de Droit, sciences économiques et sociales - UCLY

Abstract

Contractual freedom granted to the owner of an industrial property right can be considered as without limit as the principle of property has been erected for centuries as a fundamental pillar of our societies. However, when this freedom is facing the phenomenon of technical standardization, it is interesting to note that it seems distorted, or even sometimes reversed. This is remarkable when one comes to study this phenomenon in the presence of technical standards developed by national or regional standards organizations but also in the case of *de facto* standards which are imposed on economic players. These situations are now varied and numerous and are sometimes taken over by the competition law.

La normalisation technique est aujourd'hui consubstantielle à nos sociétés. Elle est bien connue des juristes et fait l'objet d'études régulières. Cet intérêt croissant pour ce domaine est en réalité relativement récent. En effet, durant des décennies voire des siècles, le droit et en particulier la doctrine l'ont ignoré, considérant qu'il s'agissait d'un champ d'intérêt limité. Mais les regards sur la normalisation technique ont évolué. De nos jours, nous sommes plus attentifs à ce mécanisme dont il faut reconnaître qu'il a maille à partir avec le droit dans les domaines les plus variés.

De fait, la norme technique est susceptible de croiser la norme juridique dans la sphère du droit privé comme dans celle du droit public. Elle s'immisce tant dans le droit national qu'international. Mais elle semble surtout en découdre avec le droit de la propriété intellectuelle depuis quelques années¹. Les croisements entre la norme technique et la règle de droit y sont de fait nombreux, s'agissant couramment – mais pas seulement² – d'une confrontation entre des intérêts antagonistes. Il est bien souvent question du même sujet désormais labouré par un nombre croissant de chercheurs³, lesquels s'interrogent sur le sort des prérogatives dont dispose le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle lorsque certains de ses éléments protégés sont repris dans une norme technique. Alors que des juristes ont pu très tôt relever – à juste titre – une forme de contrefaçon, d'autres spécialistes ont plaidé pour la reconnaissance de droits au profit des utilisateurs des normes techniques intégrant des données protégées. Se pose donc ici, comme souvent ailleurs, la sempiternelle question d'un éventuel affaiblissement du contenu de ces droits exclusifs.

Cette problématique est apparue voilà plus de 20 ans déjà mais ne paraît pas avoir évolué. Elle se présente dans un contexte identique. Les organismes

-
1. Pour une approche historique de cette question, V. à titre d'ex. B. LAPERCHE, « Brevets et normes techniques, de l'incitation à l'invention au contrôle de l'innovation », in *Propriété industrielle et innovation, la « nouvelle économie » fausse-t-elle l'enjeu ?* (coord. B. LAPERCHE), L'Harmattan, 2001, p. 81 et s. ; V. encore la résolution invitant les organisations internationales à étudier les liens réciproques existant entre les normes et les brevets dans le transfert des techniques ; texte adopté en sept. 1976 à Alger dans le cadre de la Conférence sur la normalisation dans les pays en voie de développement.
 2. Problèmes de droit d'auteur de la norme technique – V. notre ouvrage *Articulation entre la règle de droit et la norme technique*, PUAM, 2003, p. 374 et s.
 3. Pour quelques études récentes sur ce sujet, V. Chr. CARON, « L'efficacité des licences FRAND : entre droit des brevets, droit civil et normalisation », *JCP G.* 2013, n° 584, p. 1006 ; V. également notre contribution « L'innovation articulée à la normalisation », in *L'innovation à l'épreuve de la mondialisation* (dir. P.-D. Cervetti), PUAM, 2015.

nationaux, régionaux, mondiaux et autres institutions sectorielles étaient déjà présents comme la plupart de leurs politiques en matière de droit de propriété intellectuelle. En revanche, l'ampleur du phénomène est toute autre. Ainsi, alors même que les hypothèses de confrontation entre droit de la propriété intellectuelle et normes techniques étaient rares dans les années 90, alors que ces problématiques n'étaient, pour ainsi dire, jamais observées et encore moins décortiquées, force est aujourd'hui de constater le succès du sujet. Les BEN (brevet essentiel à une norme) et autres FRAND (*fair, reasonable and non-discriminatory*) sont en 2017 bien connus de chacun de nous et conduisent un grand nombre de collègues à se manifester. Quelques cas récents, spécialement l'affaire *Rambus*, nous ont en effet interpellés et conduits à nous interroger sur le sort des prérogatives du titulaire d'un DPI dans le contexte normatif. Ce dernier peut-il exiger le strict respect de ses droits ? Ne peut-il pas voir ses prérogatives rognées sur l'autel de la normalisation technique ? Ne doit-on pas relever une pression du milieu dans lequel évolue le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle ? En somme, ses libertés, spécialement celles dont il dispose lorsqu'il envisage de contracter avec les utilisateurs de la norme technique, ne sont-elles pas érodées à travers le prisme normatif ? Telle est la question que nous nous sommes posés, échafaudant l'hypothèse que le temps et plus encore le contexte économique, politique et bien entendu juridique auraient probablement un impact sur les éléments de réponse que l'on peut apporter à cette question.

Quelques rappels ne seront certainement pas inutiles. La normalisation technique définit la norme technique comme « *une solution d'application répétitive apportée à des questions relevant essentiellement des sphères de la science, de la technique et de l'économie et visant à l'obtention du degré optimal d'ordre dans un contexte donné*⁴ ». Cette spécification technique peut être formelle ou non. Il peut donc s'agir d'une norme officielle créée par un organisme reconnu à activité normative (AFNOR – Agence française de normalisation, CEN – Comité européen de normalisation, etc.). Ce peut aussi être une solution technique proposée par une ou plusieurs entreprises sur le marché. On parle alors de norme *de facto*, de standard.

Parce que les normes se multiplient afin de contenir – en vain – la complexité inouïe du monde dans lequel nous vivons, elles sont naturellement confrontées de plus en plus souvent aux droits de propriété en particulier intellectuelle, lesquels se sont eux-mêmes multipliés au

4. Norme NF X 50-003, août 1997.

cours de ces dernières années dans un contexte d'innovation galopante. Mathématiquement, les croisements entre normes et droits de propriété intellectuelle ne pouvaient donc que se décupler, conduisant à mettre en avant les difficultés qui en découlent, conduisant à se focaliser sur la liberté contractuelle des propriétaires de DPI⁵.

Cette liberté contractuelle semble déformée lorsqu'elle est observée à travers le prisme de la normalisation technique. Cela est remarquable lorsqu'il s'agit d'étudier ce phénomène en présence de normes techniques élaborées par des organismes de normalisation. Les hypothèses sont variées et nombreuses ; ce qui a conduit à une véritable prise en charge du sujet par les acteurs concernés au travers de politiques offensives en matière de DPI. L'étude de ces dernières nous permet de relever que, souvent, la volonté contractuelle du titulaire d'un DPI est canalisée (paragraphe 1). Cela est tout aussi remarquable lorsqu'il s'agit d'observer ce phénomène en présence de normes *de facto* qui s'imposent aux acteurs économiques. Les hypothèses sont là encore variées et nombreuses et font généralement l'objet d'une prise en charge par le droit de la concurrence. Mais à la différence de ce qui est observé pour les normes techniques officielles, il s'agit, dans le contexte des normes *de facto* de reconsidérer la volonté contractuelle du titulaire d'un DPI (paragraphe 2).

Paragraphe 1. Une volonté contractuelle canalisée

Les hypothèses de croisement entre norme technique et droits de propriété industrielle se multiplient aujourd'hui. Il convient d'observer cette évolution notable en matière de dessins et modèles, marques et brevets (A). Il sera ensuite possible d'analyser l'impact de ces croisements sur la liberté dont dispose le titulaire du droit iniquité, ce à l'aune des pratiques développées par les organismes de normalisation (B).

A. Les hypothèses de croisement entre un DPI et une norme technique

Si depuis quelques années, les litiges susceptibles d'apparaître entre droits de propriété intellectuelle et normes techniques s'illustrent essentiellement au travers de cas dans lesquels une innovation technologique est incorporée

5. Cette approche aurait pu se limiter au champ des brevets mais la réalité est toute autre. Des difficultés peuvent également être observées en présence de marques, de dessins et modèles, de logiciels. Le problème que nous proposons d'aborder transcende donc l'ensemble du droit de la propriété intellectuelle.

à une norme technique, il convient de relever que cette situation peut également se révéler en présence de dessins et modèles ou bien encore en présence de marques. Revue d'hypothèses tant écolières que courantes :

1. Hypothèse de croisement entre un dessin ou un modèle et une norme technique en cours d'élaboration

Dans ce cas, le propriétaire d'un dessin ou d'un modèle est confronté aux démarches d'un organisme de normalisation qui est à l'origine d'une norme technique reprenant le signe protégé. L'affaire est semble-t-il relativement rare et les AFNOR et autres CEN contactés reconnaissent que la problématique reste écolière. Un rapide historique nous conduit néanmoins à relever que de telles situations se sont présentées ; ce qui conduit à s'intéresser au traitement juridique dont elles ont fait l'objet.

Au siècle passé, dans les sombres années de la seconde guerre mondiale, Jacques Maily⁶, auteur d'une discrète thèse dédiée à « *la normalisation* » avait déjà traité ce sujet en faisant état d'une confrontation entre la société Tecalemit et l'AFNOR. En l'occurrence, cette entreprise avait déposé à titre de modèle dans le courant des années 30 la forme de têtes de graisseurs qui se singularisaient par leur caractère hexagonal⁷. Or, l'organisme français de normalisation avait repris cette forme sans son autorisation. La juridiction saisie du litige entre cette société et l'organisme de normalisation avait, dans un premier temps, dû se pencher sur la validité du titre délivré et avait considéré que cette forme quoique banale pour des écrous, présentait en l'espèce un caractère de fantaisie ; ce qui autorisait une protection valable. Le tribunal avait ensuite considéré qu'une norme technique imposant pour des têtes de graisseurs la forme des têtes Tecalemit portait atteinte aux droits exclusifs de cette société. C'était là reconnaître la liberté pour le détenteur du modèle d'interdire le remploi de la forme à des fins d'interopérabilité. C'était en somme lui permettre de dicter ses conditions aux éventuels utilisateurs de la norme technique.

Cette posture prétorienne, certes isolée, favorable au propriétaire du droit immatériel, fut toutefois remise en cause à la fin des années 90 lorsque la directive n° 98/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre

6. J. MAILY, *La normalisation*, thèse, Caen, 1944.

7. Parce que les outils mécaniques se développaient et nécessitaient des actions de maintenance, les têtes de graisseurs autorisaient une meilleure articulation entre divers objets censés se combiner. Aujourd'hui encore, ces têtes de graisseur sont nécessaires pour éviter tout blocage prématuré dans un quelconque engrenage.

1998 est venue consacrer l'interopérabilité de produits de fabrications différentes. L'article L. 511-8, 2^e du Code de la propriété intellectuelle prévoit ainsi que :

« N'est pas susceptible de protection : [...] 2° L'apparence d'un produit dont la forme et la dimension exactes doivent être nécessairement reproduites pour qu'il puisse être mécaniquement associé à un autre produit par une mise en contact, un raccordement, un placement à l'intérieur ou à l'extérieur dans des conditions permettant à chacun de ces produits de remplir sa fonction ».

Il s'agit ici de faciliter une bonne adaptation des produits entre eux lorsqu'ils ont vocation à être raccordés⁸ et par conséquent une saine concurrence sur le marché des pièces de rechange. Le droit privatif est ainsi sacrifié sur l'autel de l'interopérabilité. Le droit portant sur le dessin ou modèle est, s'agissant de cette partie autorisant cette connexion, étouffé en raison de l'existence d'un intérêt supérieur. Le détenteur du droit voit par conséquent son pouvoir de *verus dominus* amputé ; ce qui conduit à la perte totale de sa liberté de négocier quelques arrangements qui, dans ce cas, n'ont pas lieu d'être recherchés. On peut dès lors imaginer qu'un organisme de normalisation pourrait, en se fondant sur l'article L. 511-8, 2^e du Code de la propriété intellectuelle, envisager d'élaborer une norme volontaire qui n'aurait pas à tenir compte des prérogatives du propriétaire d'un dessin ou d'un modèle appelé à être intégré au document normatif.

Le droit positif préfère ici privilégier l'intérêt général et s'ingénie à favoriser la concurrence entre les acteurs en libéralisant le marché des produits adaptables ou compatibles. La seule alternative envisageable pour le créateur de la forme semble être une fuite en avant dans le champ du *design*. Ceci étant, les cas de reprise d'un dessin ou modèle dans une norme technique sont rares, comme le sont les hypothèses d'une marque reprise dans une norme technique.

2. Hypothèse de croisement entre une marque et une norme technique en cours d'élaboration

Une marque enregistrée, qu'elle soit verbale ou figurative, peut être reprise dans une norme technique. Le champ géographique ne semble ici avoir aucune incidence et le phénomène pourrait donc être observé sur un territoire national, régional ou même au plan international. À la différence

8. Nicolas Binctin parle de connectique au sens large. N. BINCTIN, *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, Manuel, 3^e éd., 2014, p. 210, n° 317.

du dessin ou du modèle protégé, la marque bénéficie d'une protection indéfiniment renouvelable ; ce qui peut donner un accent particulier à cette problématique. En effet, la reprise d'un signe protégé par une norme technique n'est en général susceptible de poser problème que pour un temps donné, celui de la vie du titre de propriété qui, lorsqu'il prend fin, laisse place à un emploi libre de la part des utilisateurs de la norme. Par conséquent, l'hypothèse de la reprise d'une marque dans une norme volontaire présente une spécificité temporelle qui doit être conservée à l'esprit. Le titulaire de la marque est susceptible de bénéficier d'une supériorité au long cours.

Une étude fouillée de la typologie des normes laisse ensuite entrevoir des risques de reprise d'un signe verbal ou figuratif lors de l'élaboration d'une norme volontaire de terminologie. Rappelons qu'une norme de ce type a pour fonction de définir des termes permettant de les employer dans un sens déterminé et partagé par la communauté scientifique considérée. Ces normes de terminologie sont essentielles spécialement lors de la mise en place d'une nouvelle technologie qui nécessite l'emploi de mots arrêtés et partagés⁹. Ce besoin s'exprime par exemple avec une grande acuité dans le domaine des nanotechnologies où il est essentiel de pouvoir définir ce que l'on observe ainsi que les innovations auxquelles l'on parvient.

Au-delà, lors de l'élaboration de ce type de normes, il convient d'éviter de reprendre des signes qui auraient fait l'objet d'un dépôt au titre du droit des marques, sans quoi un risque de contrefaçon de marque pourrait être observé. Une affaire relativement ancienne peut ici être rapportée. Dans les années 80, l'AFNOR avait été assignée devant les juridictions administratives pour avoir inséré un signe protégé dans une norme technique portant sur une vis hexalobée qu'elle avait nommée « *type X* » ; ce qui était une contrefaçon par imitation selon la société américaine Textron, propriétaire de la marque « *TX* ». L'affaire ne fut pas jugée¹⁰. Elle peut néanmoins être considérée comme le premier conflit avéré entre une marque enregistrée et une norme technique. D'autres affaires, peu nombreuses il est vrai, ont été rendues publiques¹¹. Elles permettent de révéler ce croisement.

-
9. V. notre contribution « Normes et brevets : relations vertueuses vs relations dangereuses », in *Les nouveaux usages des brevets d'invention* (dir. J.-P. GASNIER), PUAM, 2014.
 10. Les juridictions administratives qui avaient été saisies du litige se déclarèrent incompétentes du fait que la norme en cause n'était qu'enregistrée et non homologuée.
 11. V. *infra* note 18 – cas du GINETEX.

Dans ces cas, parce qu'aucune disposition juridique ne peut être relevée, le propriétaire de la marque devrait être en mesure de faire valoir ses droits auprès des utilisateurs de la norme technique. Ainsi, il devrait pouvoir interdire l'emploi du signe protégé, faire cesser toute utilisation non respectueuse de ses prérogatives, et, s'il le souhaite, accorder une licence sur ladite marque à des conditions qu'il paraît en mesure de pouvoir dicter. Ce d'autant que l'emploi d'une marque, à la différence d'une technologie brevetée, semble pouvoir être aisément contourné en ayant recours à d'autres signes distinctifs. Par conséquent, la persistance de l'organisme de normalisation à vouloir employer un signe protégé devrait pouvoir se solder par une condamnation pour contrefaçon ou bien par la conclusion d'un contrat aux conditions fixées par le propriétaire de ladite marque. Les hypothèses rencontrées dans le champ des technologies sont plus nombreuses.

3. Hypothèse de croisement entre une technologie brevetée et une norme technique en cours d'élaboration

Les situations les plus courantes de reprises d'un droit de propriété industrielle par une norme volontaire sont bien évidemment celles observées dans le domaine des brevets. Les deux ensembles ont maille à partir depuis de nombreuses années. L'affaire apparaît simple : un organisme de normalisation entreprend la rédaction d'une norme technique dans laquelle est inséré tout ou partie d'une technologie par ailleurs brevetée. De tels cas se présentent en particulier lors de l'apparition de nouvelles technologies, quand il s'agit de fixer des référentiels normatifs qui servent alors l'innovation¹². Aucun article du Code de la propriété intellectuelle ne traite de cette situation. Le droit des brevets n'a jamais pris en charge cette relation tumultueuse. Par conséquent, il est possible d'imaginer, dans un premier temps, que le breveté dispose de toute liberté pour refuser d'octroyer une quelconque licence portant sur sa technologie par ailleurs reprise dans une norme technique. Il semble qu'il puisse faire valoir son droit de propriété de manière absolue

12. L'on se contentera de rappeler que lors de l'élaboration de la 1^{re} version des normes GSM - *Global system mobil* - par l'ETSI - *European Telecommunication Standard Institute* - un grand nombre d'entreprises détentrices de brevets nécessaires au fonctionnement de cette nouvelle norme avaient alors accepté de concéder des licences croisées à d'autres acteurs économiques eux-mêmes titulaires de brevets essentiels à cette nouvelle technologie. De même, aujourd'hui, alors que la technologie 5 G est en cours d'élaboration, les spécialistes du milieu reconnaissent que plusieurs milliers de brevets dits essentiels devraient y être intégrés.

et ainsi engager une action en contrefaçon contre tout acteur qui utiliserait sa technologie sans son autorisation¹³. Sa liberté contractuelle peut donc, à l'abord, apparaître sans limite.

Ceci conduit à penser que le normalisateur doit aujourd'hui, bien plus qu'hier, être particulièrement vigilant lorsqu'il entend élaborer une norme technique et penser cette hypothèse dès le départ. Mais, le propriétaire du brevet doit, quant à lui, agir de bonne foi comme le suggèrent désormais les dispositifs qui ont été progressivement élaborés par la pratique.

B. Mise à l'épreuve de la volonté contractuelle du titulaire d'un DPI en présence du phénomène normatif

Il convient ici d'observer comment la liberté contractuelle dont dispose le titulaire d'un DPI peut être chahutée en présence d'une norme volontaire reprenant tout ou partie d'un élément protégé. Les problématiques liées à ces confrontations sont susceptibles d'être traitées de manières très différentes. Ainsi, la pratique a, en ce domaine, imaginé un véritable évitement du conflit. Mais dans l'hypothèse où celui-ci s'avère inéluctable, tout est mis en œuvre pour parvenir à une solution acceptable de chacun avec, très souvent, un bornage de la liberté contractuelle du titulaire du DPI. Revue des pratiques développées depuis quelques décennies :

De nos jours, lorsqu'un projet de norme est pensé au sein d'une commission d'un organisme de normalisation, les membres de cette commission doivent rechercher l'existence d'éventuels DPI susceptibles d'être incorporés dans la norme volontaire à venir¹⁴. Ainsi par exemple, s'agissant de la norme européenne relative aux caractéristiques des prises de courant pour recharge de véhicules électriques, en cours d'élaboration, les acteurs qui ont pris part à ces travaux recherchent actuellement quels pourraient être les brevets et autres titres de propriété qui croiseraient éventuellement le futur texte normatif. Cette posture est généralement aisée au sein de ces commissions dans lesquelles siègent des spécialistes du domaine considéré. Ils ont souvent une connaissance aigüe des évolutions technologiques les plus récentes, essentiellement grâce à leur politique de veille technologique. Par conséquent, couramment, les normalisateurs

13. Hypothèse qui semble ne jamais s'être présentée pour les 800 membres de l'ETSI.

14. V. Guide 8, art. 3 du CEN – CENELEC, 2015; V. également la politique du JEDEC (*Joint Electron Device Engineering Council*) – *Global standards for the microelectronics industry* : « *All member companies, as a condition of committee membership or participation, agree to license their Essential Patent Claims on RAND terms and conditions* ».

pourront d'emblée identifier certaines technologies privées qui pourraient croiser la norme à venir, y compris et *a fortiori* les leurs.

Cette connaissance d'un secteur considéré ne saurait toutefois être suffisante. En effet, les informations auxquelles les membres des commissions de normalisation ont accès ne peuvent être exhaustives. Des acteurs économiques isolés, des entreprises dans lesquelles la culture du secret est forte, ce jusqu'au dépôt d'une demande de brevet, de même que la multiplication dans le monde entier de laboratoires scientifiques de pointe rend aujourd'hui difficile la possibilité de disposer d'une connaissance avancée des technologies privées brevetées ou bien en passe de l'être. De fait, il revient aux normalisateurs d'engager, en parallèle des connaissances dont ils disposent d'ores et déjà, des recherches fouillées qui sont, dans les faits, le travail des membres des groupes de normalisation. Celles-ci se combineront judicieusement à la publication d'informations autour de ce projet de norme volontaire. De même, on peut imaginer que des enquêtes publiques soient lancées pour recueillir des informations complémentaires¹⁵. En somme, toute action susceptible de révéler l'existence de titres de propriété industrielle sera opportune. Très souvent, parce que le monde de la normalisation reste une terre d'experts, la Commission de normalisation ayant en charge le projet de norme sera informée de l'existence, à tout le moins potentielle, de droits de propriété industrielle. Cette démarche proactive permet de limiter les risques de confrontation entre normes techniques et DPI. Elle autorise une plus grande visibilité de tels conflits et permet ainsi de les prévenir. Surtout, ce comportement des normalisateurs est à la vérité respectueux des intérêts du détenteur d'un DPI puisqu'il est pris soin de rechercher son existence. Mais cette posture ne dit rien de la liberté contractuelle qui lui est laissée.

Si les normalisateurs relèvent l'existence d'un brevet ou bien de tout autre DPI et si leurs travaux ne sont pas trop avancés, il leur est possible de privilégier une technologie alternative qui se substituerait à celle protégée. Parfois, une rédaction de la norme en terme de performance, de résultat à atteindre et non une approche descriptive, permet de parvenir à ce but¹⁶. Mais dans certains cas, des données protégées par brevet sont essentielles et il n'est pas possible de les contourner. Une solution radicale qui conduirait à respecter assurément les droits du breveté consisterait à abandonner tout projet de norme technique dans le domaine considéré. Mais avant d'en

-
15. V. en ce sens Communication de la Commission européenne, *Droit de propriété intellectuelle et normalisation*, en date du 27 octobre 1992, Com (92) 445 final, pt. 343.
 16. V. en ce sens Fl. NICOLAS, *Des normes communes pour les entreprises*, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1994, p. 18.

venir à de telles options, il est possible de prendre attache avec ce fameux propriétaire afin de connaître sa posture.

Il faut ici imaginer que le propriétaire d'une technologie brevetée n'ait pas connaissance des travaux normatifs en cours. S'il est effectivement en pointe dans le secteur technologique considéré, cette méconnaissance, que d'aucuns pourront qualifier de douteuse, l'aura empêché de se manifester à temps, avant que la norme ne soit définitivement validée. Il est aussi possible d'envisager que cet acteur économique n'ait, sciemment, pas voulu intervenir au stade de l'élaboration de la norme technique, pour des raisons de pure stratégie réservataire. On relèvera que cette attitude, qu'elle soit volontaire ou non, peut apparaître singulière et révélatrice d'une absence de connaissance des bienfaits du phénomène normatif. En effet, il n'est plus nécessaire de rappeler combien la norme peut servir le breveté¹⁷. L'inclusion d'un actif propriété industrielle dans une norme peut effectivement procurer des redevances au travers de licences ou bien permet d'accéder à d'autres technologies *via* des licences croisées. Inversement, les concurrents doivent s'acquitter de sommes pour utiliser cette technologie désormais *leader*. Ils doivent se conformer à celle-ci. Enfin, l'image de marque de l'entreprise se renforce puisque cette dernière apparaît incontournable.

Au-delà, parce que le droit privatif du breveté prime, parce que les utilisateurs de la norme volontaire ne peuvent l'employer qu'avec son autorisation, si l'organisme de normalisation veut faire vivre sa norme technique, les utilisateurs de cette dernière doivent se rapprocher du propriétaire de la technologie pour solliciter de sa part un emploi. Ce dernier peut tout d'abord accepter un usage gracieux de sa technologie. En des temps où l'on favorise la propriété collective et, à tout le moins, son emploi partagé, le propriétaire d'un brevet peut vouloir mettre sa technologie à la disposition du plus grand nombre¹⁸. Cette posture n'aura généralement rien de très philanthropique car, en définitive, son objectif consistera à diffuser

-
17. Sur ce sujet, la littérature comme les conseils pratiques sont désormais abondants. V. par ex. le Prédiagnostic AFNOR qui a été élaboré voilà quelques mois conjointement entre l'AFNOR et l'INPI ; V. également « PME : pensez à allier propriété intellectuelle et normalisation », Direction de la compétitivité de l'industrie et des services, Ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, juin 2010.
 18. Dans le champ des marques, il est ici opportun de rappeler que, dans les années 1990, le GINETEX (Groupement International pour l'Étiquetage des Textiles), propriétaire de symboles graphiques destinés à l'entretien des textiles et déposés à titre de marques internationales, avait accepté de conclure un contrat avec l'Iso afin d'autoriser la reprise gracieuse de ces signes dans la norme technique NF EN Iso 3758 (renouvelée en mai 2012) portant sur les codes d'étiquetage d'entretien au moyen de symboles.

son savoir – très souvent passé – afin de bénéficier d'une communication positive auprès du public¹⁹. Plus souvent, le propriétaire d'un ou de plusieurs brevets essentiels acceptera l'utilisation de sa technologie à des conditions qu'il conviendra de fixer dans un contrat de licence de brevet. D'emblée, le propriétaire de ladite technologie, ayant bien conscience de l'opportunité pour lui de généraliser l'emploi de sa technologie, pourra proposer des conditions particulièrement favorables. Dans ce cas, choisissant seul les moyens de son bonheur, le breveté pourra librement fixer le taux de redevances dont devront s'acquitter ses nombreux cocontractants et utilisateurs de la norme technique. Théoriquement, il est en mesure d'imposer le taux de redevance qui lui semblera le plus judicieux. Sa liberté contractuelle paraît donc sans limite, absolue.

Toutefois – et il s'agit très souvent d'une telle hypothèse – le propriétaire du brevet pourra s'être engagé à signer des licences à des conditions RAND (raisonnables, acceptables et non discriminatoires). Dans ce cas, conditionné par ses propres engagements antérieurs, tenu par les dispositions de l'article 1103 (ancien article 1134, al. 1er) du Code civil, il devra proposer à l'ensemble des potentiels utilisateurs de la norme technique ces conditions. Si la non-discrimination apparaît d'emblée comme un concept relativement objectif, si elle renvoie inmanquablement à des clauses aujourd'hui bien maîtrisées comme celle de « *nation la plus favorisée* » en Droit du commerce international, on a par contre pu s'interroger sur le point de savoir ce que renferment les concepts d'origine anglo-saxonne²⁰ « *raisonnables* » et « *acceptables*²¹ ». Sont-ils synonymes ou, à tout le moins similaires ? La doctrine qui s'est d'ores et déjà penchée sur ces termes n'a pas cru devoir repérer une quelconque distinction et considère que ces conditions renvoient aux contrats déjà conclus dans le même secteur, aux usages commerciaux. L'affaire *Rambus* qui avait été médiatisée en 2009²² avait conduit à mettre sur le devant de la scène ce type de pratiques et avait également permis de cerner par l'exemple en quoi pouvaient consister ces fameuses conditions RAND.

19. V. en ce sens la démarche entreprise par Elon Musk, dirigeant de la société *Tesla motors* qui avait décidé en juin 2014 de rendre l'ensemble de ses brevets accessibles à tous.

20. FRAND.

21. La doctrine s'est par ailleurs déjà déchirée sur la nature juridique des licences FRAND. V. en ce sens Ch. Caron qui considère qu'il s'agit d'une nouvelle forme de stipulation pour autrui alors que J. Raynard estime que nous sommes en présence d'une promesse unilatérale de licence.

22. V. notre commentaire de cette affaire : « Retour sur les embuscades tendues par les *patent trolls* » (note sous décision *Rambus* de la Commission européenne du 9 décembre 2009), *Rev. Propr. Ind.*, juin 2010, n° 6, étude n° 11.

Quoiqu'il en soit, il est ici entendu que le breveté semble avoir poings et pieds liés avec de telles dispositions contractuelles. Mais, on rappellera qu'il est lui-même à l'origine de cette sujétion qu'il a voulu en s'engageant dans les liens de la licence. Celui-ci aurait pu refuser de s'engager lorsqu'il s'est vu remettre un « *Patent Statement and Licensing Declaration for ITU-T or ITU-R Recommendation ISO or IEC Deliverable* » en cochant la fameuse et singulière case 3 stipulant que « *the patent holder is unwilling to grant licenses in accordance with provisions of either 1 or 2 above [...]*²³ ».

Une variante assez proche de ces licences RAND peut consister en des engagements unilatéraux de la part de propriétaires de technologies brevetées. Ces alternatives ont tendance à se multiplier, laissant aux brevetés la liberté de choisir les conditions exactes – bien que souvent très proches – dans lesquelles des licences seront accordées²⁴. Des listes de brevets déclarés avec accès aux conditions de licences fixées par leurs propriétaires sont ainsi disponibles sur les sites de la plupart des organismes de normalisation. En refusant de signer directement des imprimés Iso/CEI qui peuvent apparaître parfois trop aliénants, les services juridiques des sociétés concernées rédigent leurs propres conditions suivant lesquelles des contrats de licences seraient susceptibles d'être octroyés à l'avenir.

En acceptant d'accorder des licences gratuites, à des conditions RAND ou bien encore à ses propres conditions, le breveté détermine lui-même les conditions dans lesquelles il souhaite exploiter son titre de propriété ; ce qui permet de rappeler la prédominance des droits du breveté sur les droits des utilisateurs de la norme. De fait, la liberté contractuelle du titulaire d'un droit de propriété industrielle semble préservée même s'il est possible de considérer qu'elle est bornée. C'est seulement dans l'hypothèse où le propriétaire du DPI adopte un comportement abusif, qu'il sera possible, à certaines conditions, de le sanctionner. C'est là faire échos à la fameuse affaire *Huawei c. ZTE*²⁵.

-
23. Document disponible à partir du lien suivant :
<http://www.iso.org/iso/fr/home/standards_development/governance_of_technical_work/patents.htm?=>, consulté le 18/1/2018.
 24. Ces engagements se formalisent au travers de lettres adressées par les Directeurs propriété intellectuelle des sociétés détentrices des brevets dits essentiels, aux organismes de normalisation et dans lesquelles ces sociétés rappellent que certains éléments de leurs technologies brevetées sont susceptibles de se retrouver dans des normes à venir. Ils indiquent alors accepter le principe de contrats de licences sur ces brevets à des conditions appropriées...
 25. Rappelons ici, que des conditions strictes sont requises pour imaginer une telle issue et donc la remise en cause de la liberté contractuelle du propriétaire du droit de propriété

En définitive, il nous semble que la volonté contractuelle est loin de rompre sous le poids de la normalisation technique. Elle ne saurait être sacrifiée sur son autel même s'il faut reconnaître qu'elle est canalisée et en somme bornée. Ce constat est différent de celui que nous pouvons faire en présence de normes *de facto*.

Paragraphe 2. Une volonté contractuelle reconsidérée

Parce que les organismes de normalisation ne peuvent naturellement intervenir tous azimuts, des normes *de facto* sont susceptibles de se développer spontanément. Solution technique proposée par une ou plusieurs entreprises sur un marché considéré, la norme *de facto* – également appelée standard – s'impose en raison de la technologie qu'elle porte et qui est souvent la plus pertinente. Les acteurs économiques évoluant dans le secteur sont contraints d'adopter cette norme s'ils veulent prospérer. Or, ils seront confrontés aux prérogatives du titulaire des droits de propriété industrielle qui protègent le *leader* sur ledit marché²⁶. La liberté de ce dernier, généralement en position dominante, est alors en balance avec les intérêts des autres acteurs économiques évoluant dans le même secteur. Il est possible d'observer cette confrontation entre intérêts privés et intérêt général en droit des brevets, en droit d'auteur mais également en droit des marques. Nous concentrerons notre analyse sur ces deux derniers titres. Manifestement, la prise en charge réglementaire de cette problématique s'est avérée insuffisante en présence d'acteurs économiques toujours plus rusés (A) ; ce qui a conduit au développement d'un droit prétorien plus pragmatique (B).

industrielle. Le brevet doit être considéré comme un BEN – ce qui suppose qu'il n'est pas possible de faire appel à une technologie alternative. Son titulaire doit ensuite s'être engagé de manière irrévocable auprès de l'organisme de normalisation à accorder des licences à des conditions FRAND. Enfin, aucun accord ne doit avoir été trouvé entre les parties. Sans vouloir commenter cette décision qui a largement été relayée par la doctrine, force est de constater que le propriétaire du BEN conserve des coudées relativement franches et qu'il lui est ainsi possible de dicter ses conditions qui devront nécessairement être FRAND. Ces conditions restent subjectives et tout bon conseiller juridique d'une entreprise titulaire d'un BEN devrait inciter son client à jouer sur le fil du rasoir et ainsi à proposer des conditions non pas tant acceptables mais bien tolérables.

26. Nous n'évoquerons pas la problématique déjà bien labourée de la compatibilité de produits non protégés par un DPI.

A. Les prérogatives du titulaire d'un DPI redessinées par les textes en présence d'une norme de facto

Le phénomène des normes *de facto* qui commandent les contours d'un secteur considéré s'illustre parfaitement dans le domaine des logiciels comme dans celui des marques.

Ainsi, certains programmes informatiques peuvent devenir en raison d'une très bonne stratégie marketing ou bien en raison de leur supériorité comparée à d'autres logiciels concurrents, des standards incontournables. Dans ce cas, les autres acteurs économiques qui souhaitent développer des produits informatiques susceptibles de graviter autour de ces programmes leaders, devront les rendre compatibles. Pour cela, ils doivent pouvoir accéder à certaines informations²⁷ qui autorisent la connexion entre leur matériel et le programme dominant. Dans des sociétés comme les nôtres, les interconnexions non seulement informatiques mais également physiques sont une nécessité cardinale, sans quoi il ne serait pas possible de combiner certains objets qui fonctionnent en interaction constante²⁸.

Le droit d'auteur regorge de prérogatives volontiers reconnues à son titulaire. Ce dernier peut ainsi interdire à tout acteur économique l'usage de tout ou partie du programme informatique dont il est à l'origine sans son consentement. Toutefois, depuis 1991, une belle exception peut être rapportée. La rétro-ingénierie est autorisée en France. Elle est prévue à l'article L. 122-6-1-IV du Code de la propriété intellectuelle :

« La reproduction du code du logiciel ou la traduction de la forme de ce code n'est pas soumise à l'autorisation de l'auteur lorsque la reproduction ou la traduction au sens du 1° ou du 2° de l'article L. 122-6 est indispensable pour obtenir les informations nécessaires à l'interopérabilité d'un logiciel créé de façon indépendante avec d'autres logiciels, sous réserve que soient réunies les conditions suivantes :

1° Ces actes sont accomplis par la personne ayant le droit d'utiliser un exemplaire du logiciel ou pour son compte par une personne habilitée à cette fin ;

2° Les informations nécessaires à l'interopérabilité n'ont pas déjà été rendues facilement et rapidement accessibles aux personnes mentionnées au 1° ci-dessus ;

3° Et ces actes sont limités aux parties du logiciel d'origine nécessaires à cette interopérabilité ».

27. Il s'agit d'accéder au code source du logiciel.

28. Les exemples sont nombreux. Pensons à la technologie Bluetooth, à nos imprimantes, à nos unités centrales, à nos clés USB et autres disques de stockages, etc.

Cette technique d'analyse des logiciels existants sur le marché trouve sa justification dans l'interopérabilité rendue nécessaire entre les programmes informatiques *leaders* et ceux qui vont pouvoir s'adosser à eux. Cette interopérabilité est indispensable – et est même la raison d'être de ce droit²⁹ – car, comme nous avons déjà pu l'annoncer³⁰, un programme informatique va inévitablement communiquer avec d'autres systèmes de plus en plus variés. De même, les concurrents d'un matériel *leader* vont souhaiter pouvoir connecter leurs produits avec lui et ont besoin, pour ce faire, de telles informations détenues par le *leader*. En ce sens, les logiciels ne sauraient être des programmes fermés³¹.

Partant, cette posture du législateur français suggère une forme de remise en cause de la liberté contractuelle de l'auteur du logiciel, ce d'autant plus que, comme le note bien le Professeur Binctin, l'article L. 122-6-1 précise *in fine* que « toute stipulation contraire aux dispositions [précitées] est nulle et non avenue ». L'auteur voit ses prérogatives amputées puisqu'une partie de son œuvre tombe littéralement dans le domaine public. Les concurrents peuvent s'emparer, à des conditions certes restrictives³², d'une section du programme. Il n'est pas même question de licences accordées à des conditions qui pourraient être discutées entre les protagonistes ; comme cela fut le cas avant 1991. Ainsi, au nom de la compatibilité entre programmes informatiques *leaders* et programmes informatiques complémentaires, voire parasites, certains droits de l'auteur d'un logiciel et certaines de ses libertés contractuelles dont il est affublé sont écartées au nom d'un intérêt supérieur. Par conséquent, parce qu'un programme informatique est devenu la norme *de facto*, la liberté contractuelle de son propriétaire en est impactée³³. L'art. L. 122-6 précise que l'auteur d'un logiciel dispose de prérogatives patrimoniales comme le droit d'autoriser la reproduction de son œuvre, qu'elle soit permanente ou provisoire, complète ou partielle. Or, la lecture

29. V. en ce sens H. BITAN, « L'autonomie des droits de décompilation et d'analyse », in *Droit et technique, Études à la mémoire du Pr. X. Linant de Bellefonds*, Litec, 2007, p. 61.

30. V. en ce sens notre thèse *Contribution à l'analyse juridique de la norme technique*, Université Jean Moulin Lyon 3, 2003, p. 291.

31. Pour quelques applications jurisprudentielles, V. Paris, 12 déc. 1997, *Expertises* 1998, p. 192 ; Paris, 21 févr. 2006, *Propri. Ind.* 2006, n° 8, note Schmidt-Szalewski.

32. Des sources qui n'ont pas été fournies par le titulaire des droits d'auteur, un acte de décompilation limité aux parties du programme nécessaires à cette interopérabilité et des informations obtenues non réutilisées sous leur forme initiale.

33. P. TAFFOREAU et C. MONNERIE, *Droit de la propriété intellectuelle*, Gualino, Master Pro, 3^e éd., 2010, p. 300.

de l'art. L. 122-6-1 IV est bien une exception – parmi d'autres – à cette prérogative : l'auteur ne peut pas interdire une reproduction partielle de son œuvre lorsque celle-ci est une norme *de facto*. Sa liberté contractuelle est donc bel et bien remise en cause en raison de l'existence d'intérêts antagonistes. Ce droit d'auteur, s'il est ajusté, n'en perd pas moins une partie de sa physionomie.

Dans le domaine des marques, un phénomène réglementaire semblable peut être observé. Qu'elle soit nationale ou communautaire, la marque d'un acteur économique peut progressivement devenir une référence sur un marché d'accessoires ou de pièces détachées. Dans ce cas, elle va rapidement devenir un instrument au service d'autres acteurs qui souhaitent prévenir leur clientèle de la destination de leurs produits et plus encore de leur capacité à s'adapter à tel ou tel modèle de marque. La marque considérée peut alors être observée comme une référence, une norme *de facto*. Parce qu'il endosse cette qualité, le signe enregistré pourra être utilisé par des tiers afin que ces derniers soient en mesure d'indiquer la destination de leurs produits ou services, notamment en tant qu'accessoire ou pièce détachée ; la seule condition se logeant dans l'absence de risque de confusion dans l'origine des produits, en somme un emploi conforme aux usages honnêtes en matière industrielle et commerciale.

Sur cette question, le droit fut déjà prétorien³⁴ avant qu'il ne se fixe à l'article L. 713-6 b) du Code de la propriété intellectuelle, lequel dispose :

« L'enregistrement d'une marque ne fait pas obstacle à l'utilisation du même signe ou d'un signe similaire comme :

[...]

b) Référence nécessaire pour indiquer la destination d'un produit ou d'un service, notamment en tant qu'accessoire ou pièce détachée, à condition qu'il n'y ait pas de confusion dans leur origine ;

[...]

Toutefois, si cette utilisation porte atteinte à ses droits, le titulaire de l'enregistrement peut demander qu'elle soit limitée ou interdite ».

Cette disposition rogne sur les prérogatives du titulaire de la marque. Rappelons en effet que ce dernier est normalement seul à pouvoir bénéficier du droit d'exploiter le signe, c'est-à-dire, à pouvoir le reproduire, l'apposer, l'utiliser ou le supprimer pour les produits et services désignés au dépôt, du

34. Paris, 13 déc. 1954, *Ann. Propr. Ind.* 1955, 87 ; V. également Lyon, 7 mars 1978, *Ann. Propr. Ind.* 1980, 145.

moins croit-on l'imaginer à la lecture de l'article L. 713-1. Les tiers non autorisés au travers d'un contrat de licence ne devraient pas pouvoir utiliser la marque enregistrée. Cette défense tombe pourtant dès lors que ledit signe acquiert une notoriété qui incite certains tiers à vouloir concurrencer l'accessoire ou la pièce détachée qu'il désigne. Les exemples sont aujourd'hui légion et les capsules compatibles Nespresso et autres lames de rasoir compatibles Gillette sont là chaque jour pour nous rappeler cette réalité qui a fait l'objet d'une prise en charge prétorienne afin de mieux exposer les droits de chacun.

B. Les prérogatives du titulaire d'un DPI redessinées par la jurisprudence en présence d'une norme de facto

Les décisions de justice dans ce domaine sont aujourd'hui nombreuses et l'on se contentera d'en citer quelques-unes qui sont rapidement apparues exemplaires.

Dans le domaine des logiciels, il convient de se référer à la très médiatique décision de la Commission européenne du 24 mars 2004. À la suite de cinq années d'enquête, l'instance européenne avait en effet condamné la société Microsoft, considérant que dans le contexte de sa position monopolistique, ses pratiques étaient illégales. Rappelons que la société de Redwood City s'était vue infligée une amende record tout comme elle avait été condamnée à publier les spécifications techniques de ses produits afin de permettre l'interopérabilité entre ses logiciels et ceux de ses concurrents. Si cette décision n'a pas été suivie d'effet, si une bataille juridique s'en est suivie, l'on retiendra tout de même que le 17 septembre 2007, le tribunal de première instance de la Commission européenne a confirmé pour l'essentiel, la décision de la Commission européenne de 2004 concernant l'abus de position dominante de Microsoft. Il résulte de cette posture de la Commission européenne tout comme de celle des juridictions européennes que le *leader* d'un marché donné ne saurait empêcher d'autres acteurs économiques de l'investir en ne divulguant pas les spécifications techniques de ses produits. Ainsi, l'interopérabilité en matière de programmes informatiques conduit dans les faits à une remise en cause assumée des droits exclusifs qui protègent une technologie devenue un standard.

S'agissant du domaine des marques, c'est certainement l'arrêt de la cour d'appel de Paris³⁵ en date du 28 février 1991 qui fixa le mieux les fondements de cette particularité en exposant que « *l'exception en faveur des fabricants*

35. Paris, 28 févr. 1991, *PIBD* 1991, III, p. 454. Pour des décisions de justice plus récentes mais traitant de la citation de clubs sportifs dans le cadre de l'organisation de paris en ligne, V. Paris, pôle 5, ch. 2, 11 déc. 2009, *PIBD*.

d'accessoires correspond à l'emploi de la marque à titre de référence technique ». Il est bien question d'interopérabilité entre un produit principal et un autre complémentaire³⁶. Cette jurisprudence a permis de remettre en cause les prérogatives dont le titulaire de la marque dispose. Ce dernier ne peut aujourd'hui interdire toute exploitation de son signe. Par conséquent, il voit sa liberté contractuelle limitée au nom d'un intérêt supérieur qui n'est autre que la somme des intérêts particuliers de ses concurrents³⁷.

Dans ces différentes hypothèses, bien plus clairement que ne le font les textes, le droit prétorien convoque le droit de la concurrence. Il conduit à revenir sur la mesure des prérogatives dont les titulaires de droit de propriété intellectuelle sont affublés. Il est question d'affaiblir ces droits exclusifs afin de limiter les entraves à la concurrence qu'ils induisent, alors, précisément, que nous sommes en des temps où l'on s'ingénie à stimuler la recherche et l'innovation. Une bien vieille affaire en somme puisque nous ne faisons là que reprendre les propos que tenait le Professeur Mousseron voilà plus de 50 ans. Avec le recul, nous pouvons en somme considérer que l'étude des libertés contractuelles dont dispose le titulaire d'un DPI en présence de normes techniques peut, à bien des égards, apparaître comme un instrument de mesure de la place laissée à la propriété intellectuelle dans nos sociétés.

36. Le caractère accessoire du produit est souverainement apprécié par les juges du fond.

37. Cass. com., 3 juill. 2001, *Bull. civ.* IV, n° 132.

BIBLIOGRAPHIE

- BINCTIN N., *Droit de la propriété intellectuelle*, LGDJ, Manuel, 3^e éd., 2014.
- BITAN H., « L'autonomie des droits de décompilation et d'analyse », in *Droit et technique, Études à la mémoire du Pr. X. Linant de Bellefonds*, Litec, 2007, p. 61.
- CARON Chr., « L'efficacité des licences FRAND : entre droit des brevets, droit civil et normalisation », *JCP G.* 2013, n° 584, p. 1006.
- Commission européenne, *Droit de propriété intellectuelle et normalisation*, communication, 27 octobre 1992.
- LAPERCHE B., « Brevets et normes techniques, de l'incitation à l'invention au contrôle de l'innovation », in *Propriété industrielle et innovation, la « nouvelle économie » fausse-t-elle l'enjeu ?* (coord. LAPERCHE B.), L'Harmattan, 2001, p. 81 et s.
- MAILLY J., *La normalisation*, thèse, Caen, 1944.
- NICOLAS Fl., *Des normes communes pour les entreprises*, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1994.
- TAFFOREAU P. et MONNERIE C., *Droit de la propriété intellectuelle*, Gualino, Master Pro, 3^e éd., 2010.
- VIOLET F., *Articulation entre la règle de droit et la norme technique*, PUAM, 2003.
- VIOLET F., *Contribution à l'analyse juridique de la norme technique*, thèse en droit, Université Jean Moulin Lyon 3, 2003.
- VIOLET F., « L'innovation articulée à la normalisation », in *L'innovation à l'épreuve de la mondialisation* (dir. CERVETTI P.-D.), PUAM, 2015.
- VIOLET F., « Normes et brevets : relations vertueuses vs relations dangereuses », in *Les nouveaux usages des brevets d'invention* (dir. GASNIER J.-P.), PUAM, 2014.
- VIOLET F., « Retour sur les embuscades tendues par les patent trolls » (note sous décision Rambus de la Commission européenne du 9 décembre 2009), *Rev. Propr. Ind.*, juin 2010, n° 6, étude n° 11.

Réflexions sur la structure de l'exécutif gouvernemental
en droit constitutionnel français : une singularité
institutionnelle « Des secrétaires d'État sans attribution
précise ! » / Reflections about the structure of the
government executive in France: “the deputy ministers
without precise attribution”

Thierry Rambaud, Professeur de droit public à l'Université Paris Descartes (Sorbonne Paris Cité), Chargé de cours à la Faculté de Droit de l'USEK

Abstract

The present study develops the subject of the structure of the government executive in France. In particular, the article deals with the institution of “*deputy ministers without precise attribution*”. The choice made by the French President Macron reflects a new mode of public governance. The Government wants to work more with the highest directorates of the ministries.

L'annonce faite le 21 juin 2017 du nouveau Gouvernement français, sous la présidence d'Emmanuel Macron, a suscité, comme à son habitude, un certain nombre de commentaires et d'analyses. Si la dimension plus « *technicienne du gouvernement* » a pu être évoquée, avec notamment la nomination au ministère de la Justice de madame Nicole Belloubet pour succéder à François Bayrou dans la perspective d'élaborer les nouveaux textes relatifs à la moralisation de la vie publique et au « *rétablissement de la confiance dans l'action politique* » et celle de madame Florence Parly au ministère des Armées, un autre aspect a retenu notre attention, celui de la nomination d'un ministre et de secrétaires d'État « *sans affectation précise* ». Directement rattachés à un ministre, ils apparaissent, c'est la première perception qu'en a retenue la presse, comme les « *adjoints directs* » du ministre d'État ou de ministres. Il s'agit incontestablement d'une singularité institutionnelle, bien qu'une telle situation ne soit pas sans précédent¹. Ces nominations soulèvent des interrogations et, au premier rang desquelles, celle de savoir si ces derniers ne vont pas constituer de simples « *doublons* » du ministre principal dont ils relèvent.

Sept ministres et secrétaires d'État sont concernés : outre Jacqueline Gourault, six secrétaires d'État ont été nommés le mercredi 21 juin sans disposer de fonction précise. Il s'agit de Sébastien Lecornu et Brune Poirson (rattachés à Nicolas Hulot, ministre de la Transition écologique), de Jean-Baptiste Lemoyne (rattaché à Jean-Yves Le Drian, ministre de l'Europe et des Affaires étrangères), de Geneviève Darrieussecq (rattachée à Florence Parly, ministre des Armées), de Julien Denormandie (rattaché à Jacques Mézard, ministre de la Cohésion des territoires) et de Benjamin Griveaux (rattaché à Bruno Le Maire, ministre de l'Économie).

Commentant ce nouveau dispositif institutionnel, Christophe Castaner, le porte-parole du Gouvernement, a justifié un « *choix managérial* » avec des secrétaires d'État juniors placés auprès d'un ministre davantage senior. Il a ajouté : « *Seuls les secrétaires d'État rattachés au Premier ministre ont une affectation précise. Tous les autres secrétaires d'État sont rattachés aux ministres et travaillent avec eux sur l'élaboration de leur feuille de route* ». « *Mais vous*

1. Sous la présidence de Jacques Chirac, Renaud Muselier, qui fut secrétaire d'État aux Affaires étrangères, en 2002 - 2004, et Nicolas Forissier, qui fut secrétaire d'État chargé de l'Agriculture, à l'alimentation, à la pêche et aux affaires rurales, en 2004 - 2005, disposaient des mêmes attributions que leur ministre de tutelle, respectivement Dominique de Villepin et Dominique Bussereau. En 2010 - 2012, sous Nicolas Sarkozy, Marie-Anne Montchamp était secrétaire d'État auprès de la ministre des Solidarités et de la Cohésion sociale Roselyne Bachelot.

*n'aurez pas de secrétaire d'État qui sera spécialisé sur tel ou tel sujet*² ». Le choix des termes utilisés n'est pas sans rappeler ceux en vigueur dans les grands cabinets de conseils ou d'audit privés.

Si ces nominations interrogent le publiciste, c'est qu'elles lui rappellent une règle qu'il a apprise en droit administratif selon laquelle l'institution ministérielle, entendue au sens large, se définit en lien avec la responsabilité d'un département ministériel ou d'une politique publique identifiée. « *En réalité, la question essentielle soulevée par le nombre de ministres est celle de ses conséquences sur les structures administratives de l'État. L'organisation administrative en France a donc pour fondement le décret fixant la composition du Gouvernement : c'est le titre du ministre qui est repris pour la désignation de son département ministériel*³ ». Quelles peuvent être, à l'aune du rappel de ce principe essentiel de nos institutions, la signification et les implications du choix institutionnel de nommer des « *secrétaires d'État sans attribution précise* » ?

Revenons, dans un premier temps, sur l'institution du secrétaire d'État. Celle-ci a fait l'objet de travaux de qualité⁴. En outre, les analyses importantes de Joseph Barthélémy, qui avait consacré à la *Revue du droit public* une étude sur les « *sous-secrétaires d'État* » en 1905⁵, dénomination qui a dorénavant disparu, ont été prolongées, notamment, par une étude de Jean-Claude Groshens consacrée « *aux secrétaires d'État de la IV^e République*⁶ » et une autre de Daniel Amson relative aux « *secrétaires d'État sous la V^e République*⁷ », étude entreprise dans le prolongement de sa thèse portant sur « *la stabilité gouvernementale et ministérielle sous la V^e république* » parue en 1970. On mentionnera également l'importante thèse de Jean Cabannes relative au « *personnel gouvernemental sous la V^e République (1959-1986)* », sous la direction de Pierre Pactet, et dont les enseignements présentent encore un grand intérêt, ainsi que celle de Nak-In Sung relative aux « *ministres de la cinquième République française* », parue chez LGDJ en 1988.

-
2. Citation sur <lejdd.fr>, consulté le 29 juin 2017.
 3. P. GÉRARD, « La réduction du nombre des ministres : possible ou nécessaire », in *Mélanges en l'honneur de J.-P. Machelon*, LexisNexis, 2015, p. 401 - 411 et spécialement, p. 406.
 4. J.-L. BODIGUEL, M.-C. KESSLER et M. SINEAU, « Cent ans de secrétariats d'État », in *Les superstructures des administrations centrales*, Cujas, 1973.
 5. J. BARTHÉLÉMY, « Les sous-secrétaires d'État », *RDP* 1905, p. 202.
 6. J.-C. GROSHENS, « Les secrétaires d'État de la IV^e République », *RDP* avril-juin 1955, p. 357.
 7. D. AMSON, « Les secrétaires d'État sous la V^e République », *RDP* 1972, p. 661 et s.

La littérature juridique est donc riche et permet de rendre davantage intelligible la grande diversité des pratiques gouvernementales en la matière⁸. Ces dernières semblent bien difficilement subsumables dans des catégories juridiques ou politiques préétablies, tant l'imagination présidentielle s'avère importante en la matière. Fondamentalement, et c'est là un enseignement déjà bien connu, les considérations d'ordre politique président à la structure des organisations gouvernementales. Du choix du personnel gouvernemental dépend l'assise plus ou moins large dont disposera un Gouvernement à l'Assemblée nationale.

S'il ne peut donc être question de sous-estimer l'importance des données d'ordre politique, il est néanmoins essentiel d'identifier tant les principales questions que pose la nomination de « *secrétaires d'État sans attributions précises* », ainsi que des éléments de méthode pour aborder ce sujet. Parmi les questions qui intéressent davantage le droit administratif, figurent celles des liens existants entre le ministre et le « *secrétaire d'État sans attribution précise* », ainsi que celles des relations existantes entre ce dernier et le département ministériel dont a la responsabilité le ministre dont il dépend. Se pose également le sujet du contreseing par le secrétaire d'État.

Du point de vue de la méthode, il importe évidemment de partir des textes qui encadrent la composition du Gouvernement.

Sous la V^e République, le cadre juridique est défini par le décret n° 59-178 du 22 janvier 1959 relatif aux attributions des ministres. Ce dernier précise, en son article 1^{er}, que « *les attributions des ministres sont fixées par décrets délibérés en conseil des ministres, après avis du Conseil d'État* ».

Un tel décret est pris en application de la loi n° 45-01 du 24 novembre 1945 relative aux attributions des ministres du Gouvernement provisoire de la République et à l'organisation des ministères dont l'exposé des motifs précisait :

« Dans la tradition républicaine constituée sur ce point par l'article 16 de la loi de finances du 30 décembre 1882 et par l'article 35 de la loi de finances du 13 avril 1900, l'organisation des ministères est fixée par le pouvoir exécutif, au moyen de décrets pris en la forme de règlement d'administration publique ou de décrets. »

8. Cette diversité est encore renforcée lorsque l'on examine l'appellation « *Secrétaire d'État* » à l'étranger, V. : V. LANCERON, « Gouvernement », in *Dictionnaire encyclopédique de l'État*, (dir. P. MBONGO, F. HERVOUËT et C. SANTULLI), Berger-Levrault, 2014, p. 478.

La compétence du législateur, limitée, dans ce domaine, aux créations d'emplois a été étendue d'ailleurs à toutes ces créations par l'ordonnance n° 45-14 du 6 janvier 1945.

L'organisation des ministères doit rester placée sous le régime ainsi défini, sans que les dispositions contraires qui ont pu intervenir pour les administrations particulières puissent faire obstacle à son application.

Quant aux attributions des ministres, l'article 8 de la loi du 20 juin 1920 complétant l'article 35 de la loi de finances du 13 avril 1900 avait prévu que les créations de ministères et les transferts d'attribution d'un département ministériel à un autre ne pouvaient être décidés que par une loi et devenir effectifs après le vote de cette loi. Mais ces dernières dispositions se sont révélées inapplicables et n'ont, en fait, pas été observées. Au surplus, les droits du législateur en la matière sont désormais sauvegardés de façon beaucoup plus générale et plus efficace par l'ordonnance précitée du 6 janvier 1945.

Il convient, en conséquence, de soumettre les attributions des ministres à un régime s'inspirant de celui qui est prévu pour l'organisation des ministères et assorti des mêmes garanties ».

Une fois le Gouvernement nommé, des décrets précisant les compétences attribuées à chacun des membres du Gouvernement sont édictés. Prenons un exemple.

C'est ainsi que fut publié le décret n° 2017-1068 du 24 mai 2017 relatif aux attributions déléguées au secrétaire d'État chargé du numérique. Arrêtons-nous un instant sur la structure d'un tel décret. Il vise évidemment le décret n° 59-178 du 22 janvier 1959 relatif aux attributions des ministres, ainsi que le décret n° 2014-879 du 1^{er} août 2014 relatif au système d'information et de communication de l'État et les décrets portant nomination du Premier ministre et composition du Gouvernement.

Patrick Gérard, conseiller d'État et actuel directeur de l'École Nationale d'Administration, rappelle que « le décret relatif à la composition du Gouvernement fixe le rang des membres du Gouvernement placés auprès du Premier ministre ou d'un ministre : les ministres délégués sont membres du Conseil des ministres, alors que les Secrétaires d'État, sauf exception⁹, n'assistent au Conseil des ministres que lorsqu'est évoquée une question relevant de leurs attributions ».

9. Il résulte ainsi des articles 2 et 3 du décret du 26 août 2014 relatif à la composition du Gouvernement Valls II que seul le secrétaire d'État auprès du Premier ministre chargé des relations avec le Parlement assiste en permanence au Conseil des ministres.

Revenons à présent au décret de nomination du Gouvernement Philippe 2 qui instaure une nouveauté apparente (paragraphe 1) traduisant en réalité une nouvelle méthode de pilotage de l'action publique voulue par le Président de la République (paragraphe 2). Le choix de « *secrétaires sans attribution précise* » revêt en effet une dimension très politique.

Paragraphe 1. Une nouveauté apparente : un nouveau management gouvernemental ?

Sur proposition du Premier ministre, le Président de la République dispose d'une grande latitude dans la désignation de son Gouvernement (A). Son choix s'établit selon des critères à la fois politiques et techniques. Une telle marge d'appréciation discrétionnaire lui confère le droit de nommer des « *secrétaires d'État sans attribution précise* » (B).

A. Une compétence discrétionnaire

Aux termes de l'article 8 de la Constitution,

« le Président de la République nomme le Premier ministre. Il met fin à ses fonctions sur la présentation par celui-ci de la démission du Gouvernement.

Sur la proposition du Premier ministre, il nomme les autres membres du Gouvernement et met fin à leurs fonctions ».

Une grande liberté est ainsi laissée au Chef de l'État sur proposition du Chef du Gouvernement. Il lui est possible de nommer des ministres d'État, des ministres, des ministres délégués, des secrétaires d'État, des Hauts commissaires. En l'absence de contraintes juridiques strictes encadrant le choix du Gouvernement, la motivation du Chef de l'État repose principalement sur des critères politiques. Il peut s'agir de la nomination comme ministre d'État d'une personnalité emblématique, comme Nicolas Hulot, ministre d'État en charge de la transition écologique et solidaire ou encore de subtils équilibres entre les principales forces politiques soutenant l'action gouvernementale. En veut-on un exemple actuel, nous pouvons songer à la nomination du Gouvernement Philippe II qui s'efforce de faire toute sa place à la République en marche, au Modem, mais également aux personnalités politiques venues de la droite, de la gauche...

Plusieurs des études précitées, qui ont abordé le sujet du statut des secrétaires d'État, dressent une typologie des différents secrétaires d'État. C'est ainsi que Jean Cabannes, dans sa thèse relative au personnel gouvernemental sous la V^e République (1959-1986), après avoir rappelé « *que l'échelon inférieur de la hiérarchie gouvernementale est constitué depuis 1959 par*

les seuls secrétaires d'État, prenant place après les ministres d'État, les ministres à portefeuille et les ministres délégués », mentionne que l'existence de secrétaires d'État peut répondre à trois séries de préoccupations : politique, technique ou personnelle¹⁰. Reprenons la distinction proposée dans sa thèse précitée entre les secrétaires d'État autonomes, catégorie qui a disparu depuis le Gouvernement Balladur en 1993¹¹, et les secrétaires d'État ordinaires sur lesquels il importe d'insister davantage.

Les secrétaires d'État ordinaires

Sous la V^e République, Jean Cabannes distingue deux catégories de secrétaires d'État ordinaires. Si le premier relève du Premier ministre, il assiste ce dernier dans un des secteurs de sa compétence, le secrétaire d'État auprès d'un ministre est destiné « à l'assister dans l'ensemble de son domaine de compétence ou est chargé par délégation d'un secteur particulier au sein de son portefeuille ». Tel est le cas, par exemple, dans le Gouvernement actuel, du secrétaire d'État à l'économie numérique qui est rattaché au ministre de l'Économie.

L'article 1^{er} du décret n° 2017-1068 du 24 mai 2017 relatif aux attributions déléguées au secrétaire d'État chargé du numérique, dans sa version parue au JORF, dispose ainsi :

« M. Mounir MAHJOUBI, secrétaire d'État chargé du numérique, par délégation du Premier ministre, traite les questions relatives au numérique. Il prépare et coordonne, conjointement avec le ministre de l'action et des comptes publics, la politique de transformation numérique de l'État. À ce titre, il suit notamment le développement et l'amélioration des usages et services numériques, ainsi que la politique d'ouverture et de circulation des données. Il traite les questions relatives au système d'information de l'État. Il participe à l'élaboration du cadre juridique relatif au numérique, aux technologies d'avenir et aux plateformes, à l'échelle nationale, européenne et internationale. Il participe à la mise en œuvre du programme des investissements d'avenir dans le domaine du numérique. Il promeut, avec les ministres intéressés, les actions propres à accélérer la transformation numérique de l'économie, des organisations, de l'action publique et des territoires. Il veille, en outre, aux droits et libertés fondamentaux dans le monde numérique, à l'éthique des technologies, à l'inclusion, l'accessibilité et la médiation numériques... ».

10. J. CABANNES, *Le personnel gouvernemental sous la V^e République (1959-1986)*, préface de P. PACTET, LGDJ, 1990, p. 65.

11. O. GOHIN et J.-G. SORBARA, *Institutions administratives*, LGDJ, 6^e éd., 2012, p. 185.

L'article 1^{er} précise qu'il « *traite, conjointement avec le ministre de l'Économie, les questions relatives aux communications électroniques, au développement de l'économie numérique et à la transformation numérique des entreprises. Il veille au développement des entreprises et des acteurs français du numérique* ».

Le secrétaire d'État, dans notre exemple, est responsable d'un domaine de compétences bien identifiées, susceptible d'être plus ou largement entendu.

Les secrétaires n'ont pas toujours disposé du même degré d'autonomie sous la V^e République. Daniel Amson relève ainsi qu'« *à partir d'avril 1967, mais surtout depuis 1969, s'affirme la dépendance des secrétaires d'État à l'égard des ministres auxquels ils sont rattachés. Si différents éléments de procédure parfois, telle que la nomination des secrétaires d'État dans un décret différent et ultérieur à celui désignant les ministres, c'est surtout l'absence d'attributions propres qui renforce la subordination des secrétaires d'État en les réduisant à la position de "simples assistants de ministres"* ». L'auteur, dans la même étude précitée¹², note qu'après le départ du général de Gaulle, les « *secrétaires d'État jouent davantage un rôle de directeur de cabinet que celui d'un ministre* » et ne « *disposent plus réellement d'un pouvoir politique* ». La tendance s'accroît sous Valéry Giscard d'Estaing, car les secrétaires auprès des ministres ne siègent en réalité que pour assister les ministres : ils sont à leur disposition pour les aider dans un certain nombre de leurs tâches. Cette remarque paraît tout à fait judicieuse, dans la mesure où un secrétaire d'État qui ne dispose pas de compétences propres s'inscrit dans l'exact périmètre des compétences de son ministre de tutelle. C'est ainsi qu'apparaît la « *logique de mission*¹³ » qui est au cœur du binôme constitué par le ministre et le secrétaire d'État.

B. Le nouveau management gouvernemental

L'objectif ici visé par le Président de la République consiste dans le renforcement de la cohérence de l'action gouvernementale autour de départements ministériels dont les ministres exercent la responsabilité. Les secrétaires d'État « *sans attribution précise* » s'inscrivent dans cette logique en devenant de « *véritable adjoints* » des ministres de plein exercice. On souscrit à l'idée émise par Jean Cabannes dans l'étude précitée : « *la nomination de secrétaires d'État peut ainsi viser à alléger la tâche d'un ministre, dont le département ministériel s'avère trop important pour être maîtrisé par un seul responsable, mais au sein duquel il importe de maintenir une responsabilité* ».

12. D. AMSON, « Les secrétaires d'État sous la V^e République », p. 673.

13. J. CHEVALLIER, *Science administrative*, PUF, coll. Themis, 5^e éd., 2013.

unique d'inspiration et de contrôle. Les secrétaires d'État permettent également d'assurer l'unité d'un ensemble de service placé sous une responsabilité unique ». Allégement, concentration de la prise de décision, l'objectif apparaît clair : le renforcement de la cohérence du pilotage d'un département ministériel au détriment d'une répartition claire des compétences entre son ministre et son secrétaire d'État. Ce dernier agit dans les limites du périmètre d'action que souhaite lui laisser son ministre de tutelle. On se souvient de la boutade de Renaud Muselier au sujet de son ministre de tutelle Dominique de Villepin : « *Il fait tout, je fais le reste* ». Il en ressort que les relations personnelles et politiques entre les deux ministres jouent un rôle essentiel dans la détermination des missions respectives de chacun. Cela ne signifie pas toutefois qu'ils ne vont pas exercer des compétences. C'est ainsi que Nicolas Hulot évoquait, le 23 juin, son souhait de voir Brune Poirson s'occuper davantage de biodiversité des Océans et Sébastien Lecornu de la gestion des territoires étant donné son expérience de maire de la commune de Vernon. Deux avantages découlent de ce mécanisme de répartition des compétences. En premier lieu, un tel schéma institutionnel est de nature à éviter les risques de conflits de compétence entre le ministre et son secrétaire d'État. Nous y voyons également un autre bienfait, celui de permettre au secrétaire d'État de remplacer son ministre lors des longs débats qui se tiennent à l'Assemblée nationale et au Sénat, notamment lorsqu'un texte législatif proposé par le ministre y est en discussion. La procédure parlementaire est, on le sait, particulièrement chronophage. Et s'y ajoutent les auditions en commissions...

Si chacun des membres du Gouvernement conserve un cabinet ministériel qui lui est propre, il s'avère vraisemblable que le directeur de cabinet du secrétaire d'État exerce en parallèle les fonctions de directeur adjoint de cabinet du ministre de plein exercice. Au passage, on relève qu'un tel doublement permet de contourner la rigueur des règles imposées par la circulaire relative à la limitation du nombre de membres de cabinets ministériels. Selon le décret du 18 mai 2017, l'effectif d'un cabinet de ministre est en effet de dix, celui d'un ministre délégué de huit et celui d'un secrétaire d'État de cinq.

Concernant la règle du contresigning, on rappellera que si les secrétaires d'État ne peuvent pas être considérés comme des ministres « *responsables* » au sens de l'article 19 de la Constitution, ils contresignent, dans leur domaine de compétence, en revanche les actes, prévus par l'article 22 de la Constitution, entrant dans leur domaine d'attribution dans les cas et conditions prévus

par leur décret de délégation¹⁴. La pratique récente a été, dans les décrets de délégation de compétences, « *de permettre au ministre délégué ou au secrétaire d'État de signer seul, pour le ministre titulaire et par délégation, tous les arrêtés, circulaires, actes intervenant dans son domaine et de prévoir qu'il contresigne les décrets intervenant dans celui-ci* ». S'agissant des décrets, le contreseing du ministre délégué ou du secrétaire d'État ne peut toutefois que s'ajouter à celui du ministre, mais jamais s'y substituer. Il est par ailleurs « *d'usage que les décrets portant attribution de compétences à un ministre ou délégation de compétences à un ministre délégué ou à un secrétaire d'État disposent que l'intéressé contresignera les décrets intervenant dans certaines matières*¹⁵ ». Dans ce cas, le contreseing considéré devra, pour respecter cette disposition, être systématiquement recueilli, alors même que son absence n'entacherait pas de nullité la légalité du règlement comme l'a jugé le Conseil d'État dans son arrêt d'Assemblée Tête en date du 8 juillet 1994.

Paragraphe 2. Un choix qui traduit une nouvelle conception de l'action gouvernementale

Ce choix managérial, pour inédit qu'il apparaisse en apparence, renoue en réalité avec la configuration gouvernementale établie par la Constitution de la V^e République. Un Président de la République qui définit les grandes orientations politiques qui sont mises en œuvre par le Premier ministre à la tête de son Gouvernement. Véritable Chef de Gouvernement, le Premier ministre arbitre les désaccords possibles entre ses ministres. Les Hauts fonctionnaires, à la tête des directions interministérielles, mettent en musique les choix politiques définis par le Gouvernement. C'est un tel schéma qui rend intelligible le rôle des secrétaires d'État « *sans attribution précise* », dans la mesure où il leur revient d'« *assister* » le ministre en charge du département ministériel en se transformant, de fait, en collaborateur principal non doté d'une réelle autonomie décisionnelle. Cette mutation institutionnelle s'articule avec la diminution des effectifs des cabinets ministériels qui rend nécessaire un réaménagement du travail dans chaque ministère.

14. Selon la définition qu'en donne le Conseil d'État, les ministres chargés de l'exécution d'un acte réglementaire du Premier ministre sont « *ceux qui seront compétents pour signer ou contresigner les mesures réglementaires ou individuelles que comporte nécessairement l'exécution de cet acte* » (C.E., Ass., 27 avril 1962, Sicard et autres, *Rec.*, p. 279).

15. <www.legifrance.gouv.fr>, Contreseing des actes signés par le Premier ministre, version du 7 avril 2013, consulté le 30 juin 2017.

Pour comprendre comment ce nouveau schéma se met en place, il faut, dans un premier temps, revenir à la circulaire gouvernementale du 24 mai 2017 relative à une « *méthode de travail gouvernemental exemplaire, collégiale et efficace* » (A), dans sa version consultable sur legifrance.fr, avant de présenter le rôle des secrétaires d'État « *sans mission précise* » dans ce nouveau dispositif qui reconnaît une responsabilité particulière aux directions d'administration centrale (B).

A. Les principes d'action qui doivent guider le travail gouvernemental

La circulaire mentionne trois principes : l'exemplarité, la collégialité et l'efficacité.

1. L'exemplarité

En premier lieu, la circulaire vise « *l'exemplarité* » : « *ses serviteurs doivent être sobres et dignes* ». Au fondement de celle-ci réside « *la confiance accordée par les Françaises et les Français au Gouvernement* ». Cette exigence d'exemplarité se manifeste à plusieurs niveaux :

- Dans le respect des obligations issues de la loi du 11 octobre 2013 modifiée relative à la transparence de la vie publique qui impose de déclarer à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique les intérêts détenus au jour de la nomination et au cours des cinq années précédentes. Elle ajoute l'obligation de signaler au Premier ministre « *tout intérêt antérieur à ces cinq ans susceptible d'influencer ou de paraître influencer une décision publique* » à laquelle les membres du Gouvernement ont participé. S'y ajoute, selon les termes de la circulaire, une obligation de déposer une déclaration de situation patrimoniale et de « *confier la gestion des instruments financiers à un intermédiaire agréé dans des conditions excluant tout droit de regard du ministre pendant la durée de vos fonctions ministérielles* ».
- Les membres du Gouvernement sont également tenus d'adopter un « *comportement modeste et respectueux de chacun* ». La circulaire illustre la portée de cette obligation : « *Il convient de limiter l'usage des deniers publics au strict accomplissement de la mission ministérielle en ne tirant pas profit de ses fonctions pour soi-même ou pour ses proches : les cadeaux doivent être remis au service du mobilier national ou du protocole, les offres de séjour privé doivent être refusées, l'embauche de membres de sa famille par contrat proscrite etc.* ».

2. *La collégialité*

Celle-ci se définit comme « *le lieu institutionnel de discussion entre le Président de la République, le Premier ministre et les ministres* ».

La circulaire souligne que « *l'action gouvernementale est une action collective fondée sur une claire répartition des responsabilités* ». À celle-ci veille le Premier ministre qui dispose d'une mission d'arbitrage qui doit intervenir à l'issue d'échanges nécessaires tenus préalablement à la décision au sein de réunions interministérielles qui permettent à chaque membre du Gouvernement de faire entendre son point de vue. Cette mission essentielle qui échoit au Premier ministre s'avère fondamentale afin d'éviter la cacophonie résultant des désaccords interministériels, notamment dans le cadre des discussions budgétaires.

En troisième lieu, une fois les arbitrages rendus, ceux-ci doivent être appliqués. La circulaire évoque les exigences de « *discrétion* », « *loyauté* » et de « *solidarité* » de l'ensemble des membres du Gouvernement. La notion de solidarité gouvernementale, qui est consubstantielle à la définition du régime parlementaire, est ainsi rappelée fermement.

La circulaire précise le rôle essentiel des directeurs d'administration centrale.

C'est en effet à eux qu'il revient « *de préparer et réaliser les réformes et les projets de texte traduisant les priorités du Gouvernement* ». Il doit notamment en aller ainsi pour les projets de loi. Il leur revient de « *venir personnellement en réunion interministérielle d'arbitrage présenter vos positions, puis d'aller au Conseil d'État défendre le texte que j'aurai arbitré, de vous seconder dans le travail parlementaire puis de défendre avec le secrétariat général du Gouvernement le texte au Conseil constitutionnel* ».

3. *Efficacité*

La circulaire apporte d'intéressantes précisions sur les rôles respectifs des directions d'administration centrale et des cabinets ministériels. Les cabinets, selon une logique qui rappelle le modèle allemand, doivent être « *centrés sur des fonctions politiques et veiller à l'explication de l'action et de la communication relative à celle-ci* ». Ce dernier point mérite des précisions complémentaires.

4. *La responsabilité des directions d'administration centrale*

« *D'autre part, les directeurs d'administration centrale ont en charge de mener à bien les politiques publiques dans le cadre de l'action gouvernementale* ».

L'objectif, énoncé dans la circulaire, est d'éviter les doublons, directions d'administrations centrales et cabinets ministériels, et de veiller à la cohérence de l'action publique.

Dans ce schéma institutionnel, on assiste en réalité à un déplacement des responsabilités. Du fait de la diminution des effectifs de leur cabinet ministériel, les ministres de plein exercice vont en conséquence se reposer davantage sur les secrétaires d'État chargés de les assister.

C'est ainsi que les secrétaires d'État vont tenir le rôle qu'évoquait Christophe Castaner de réels « *directeurs de cabinets* » au service d'un département ministériel identifié. C'est un tel binôme, ministre de plein exercice et secrétaire d'État « *sans attribution précise* », qui s'appuiera sur les directions d'administrations centrales des ministères pour mettre en œuvre les politiques publiques. Dans son article 2, le décret du 1^{er} juillet 1992 abrogé et remplacé par le décret n°2015-510 du 7 mai 2015 portant *Charte de la déconcentration* dispose que les « *administrations centrales assurent un rôle de conception, d'animation, d'orientation, d'évaluation et de contrôle* » et ajoute qu'« *à cette fin, elles participent à l'élaboration des projets de loi et de décret et préparent et mettent en œuvre les décisions du Gouvernement et de chacun des ministres* ». Cette responsabilité particulière justifie que les emplois de Directeur général et de directeur constituent des « *emplois à la discrétion du Gouvernement* » au sens du droit de la fonction publique. Leurs titulaires sont nommés par une décision du Président de la République en Conseil des ministres.

Le Président Emmanuel Macron, qui assume cette réorientation du pilotage de l'action publique, a d'ailleurs promis la mise en place d'une forme de « *spoil system* » à la française, dans la mesure où chaque directeur d'administration centrale va être l'objet, soit d'une confirmation, soit d'un remplacement lors des premiers mois de sa nouvelle présidence. L'objectif affiché consiste à s'assurer de la « *loyauté politique* » des hauts fonctionnaires destinés à concevoir et à mettre en œuvre la nouvelle politique gouvernementale. Cette idée, qui s'inscrit dans une cohérence avec les dispositions des articles 20 et 21 de la Constitution française, est destinée à renforcer le pilotage de l'action publique. Davantage qu'une politisation de la haute fonction publique, elle présente comme autre avantage de mettre en conformité les actes et la parole publique au service de la cohérence de la politique gouvernementale. Certes, la théorie de la décision nous enseigne la part irréductible des « *arrangements négociés* » et des « *compromis*

permanents » qui se font au sein de la machine gouvernementale¹⁶, mais incontestablement les facteurs de divergence idéologique et politique entre les principaux acteurs de la décision publique sont ici davantage encadrés.

Le cabinet sera, pour sa part, réduit à sa dimension principalement politique. Il s'agit d'un renversement de perspective qu'il importe de saluer, dans la mesure où il évite une « *concurrence inutile* » entre les cabinets et les directions d'administrations centrales. Certes, le thème de la réduction de la taille et de l'importance des cabinets ministériels n'est pas véritablement nouveau et on rappellera ici les préconisations du rapport Picq en 1995 sur les « *responsabilités et l'organisation de l'État* » qui visaient déjà à « *rendre leur autorité aux directeurs d'administration centrale* » et « *de réduire les cabinets à ce qu'ils doivent être* ». Cette thèse peut faire l'objet d'une discussion tout à fait intéressante et Jean-Régis Catta souligne ainsi : « *Exiger qu'ils ne fassent en aucun cas écran entre le ministre et l'Administration va à l'encontre du fondement même de leur existence. S'ils se sont développés tout au long du XIX^e siècle, c'est précisément pour faire écran, pour empêcher l'Administration de s'accaparer la fonction gouvernementale*¹⁷ ». Les questions ici soulevées conduisent à s'interroger sur cette articulation fondamentale entre la responsabilité du politique et la mission de l'administration.

On le voit, le choix de « *secrétaires d'État sans attribution précise* » n'est pas un sujet neutre et revêt une signification politique réelle, car il s'inscrit dans le cadre d'assumer une conception renouvelée du cadre de l'action gouvernementale.

16. G. T. ALLISON, *L'essence de la décision*, 1971 en version française chez Longman, 1999, 416 pages.

17. J.-R. CATTÀ, « Les cabinets ministériels, d'un contre-pouvoir à un pouvoir mal contrôlé », <www.droitconstitutionnel.org>, consulté le 30 juin 2017.

BIBLIOGRAPHIE

- ALLISON G. T., *L'essence de la décision*, 1971, en version française chez Longman, 1999.
- AMSON D., « Les secrétaires d'État sous la V^e République », *RDP* 1972, p. 661.
- BARTHÉLÉMY J., « Les sous-secrétaires d'État », *RDP*, 1905, p. 202.
- BODIGUEL J.-L., KESSLER M.-C. et SINEAU M., « Cent ans de secrétariats d'État », in *Les superstructures des administrations centrales*, Cujas, 1973.
- CABANNES J., *Le personnel gouvernemental sous la V^e République (1959-1986)*, LGDJ, 1990.
- CATTA J.-R., « Les cabinets ministériels, d'un contre-pouvoir à un pouvoir mal contrôlé », <www.droitconstitutionnel.org>.
- CHEVALLIER J., *Science administrative*, PUF, coll. Themis, 5^e éd., 2013.
- GÉRARD P., « La réduction du nombre des ministres : possible ou nécessaire », in *Mélanges en l'honneur de J.-P. Machelon*, LexisNexis, 2015.
- GOHIN O. et SORBARA J.-G., *Institutions administratives*, LGDJ, 6^e éd., 2012.
- GROSHENS J.-C., « Les secrétaires d'État de la IV^e République », *RDP* avril-juin 1955, p. 357.
- LANCERON V., « Gouvernement », in *Dictionnaire encyclopédique de l'État*, (dir. MBONGO P., HERVOUËT F. et SANTULLI C.), Berger-Levrault, 2014.