

La Lettre des Juristes de Sciences Po

Revue de l'Association des Juristes de Sciences Po



Vie Associative

Editorial de la Lettre, par Anne-Laure PEYTAVIN & David HRANKOVIC, page 2.

Présentation de la Lettre, page 2.

Programme des prochaines conférences, page 3.

Questionnaire en ligne : Votre opinion sur la Lettre nous intéresse, page 3.

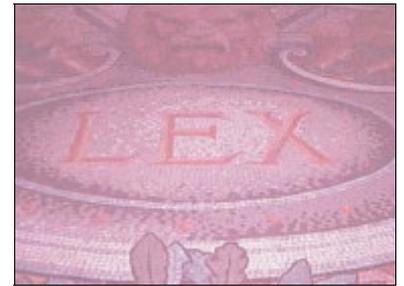
Interview de Janine FRANCESCHI BARIANI (IEP 1970), candidate au Dauphinat du Barreau de Paris, page 4.

Articles

Dossier thématique : L'Affaire LVMH c/ Morgan Stanley

Contribution de Me Georges TERRIER, page 6.

Contribution de Me Jean-Michel DARROIS, page 8.



L'obligation de déclaration de soupçon pour les avocats en matière de blanchiment est-elle une fatalité ?, par Loïc DUSSEAU, page 11.

Chronique d'actualité en droit de l'arbitrage, par Nicolas SENESI, page 13.

La renégociation des contrats de communications électroniques, par Me MARTINEAU et Me TESSALONIKOS, page 16.



Divers

Offre d'emplois et de stages, pages 21 - 22.

Faire paraître une insertion publicitaire ou une annonce dans la Lettre, page 21

Lettre des Juristes de Sciences Po
Numéro 9 - Novembre 2006

Association des Juristes de Sciences Po
27, Rue Saint Guillaume, 75007 Paris

Site : <http://www.ajsp.net> - Mail : newsletter@ajsp.net



Edito

Chers lecteurs,

C'est avec le plus grand plaisir que nous vous présentons le neuvième numéro de la Lettre des Juristes de Sciences Po. Le comité de rédaction est particulièrement reconnaissant de vos réactions positives à ce projet ambitieux.

Vos commentaires ne nous ont pas seulement donné une meilleure idée de vos attentes, mais aussi fourni des suggestions constructives pour améliorer notre publication. Nous vous invitons donc, comme vous avez déjà su le faire jusqu'à présent, à nous faire part de vos opinions et idées, et bien sûr à contribuer à votre tour à la rédaction d'articles.

Dans le but de donner une acuité nouvelle à notre publication, nous avons décidé d'intégrer dans chaque Lettre une partie thématique, consacrée à une problématique actuelle du droit. Le numéro d'aujourd'hui met en exergue le cas LVMH contre Morgan Stanley, notamment grâce aux contributions de Maîtres Darrois et Terrier sur la notion de responsabilité des analystes financiers. Le prochain numéro focalisera son analyse sur les « class actions » .

En vous souhaitant une bonne lecture,

Amicalement,

Anne-Laure Peytavin & David Hrankovic

Membres du Comité de rédaction

Présentation de la Lettre

La Lettre est éditée par l'Association des Juristes de Sciences Po et diffusée par courriel auprès de 4500 personnes.

Membres du comité de rédaction : Oun-Tat TIEU, Marina WEISS, Miki ISHIMORI, David HRANKOVIC, Anne-Laure PEYTAVIN, Talya JANOFF, Jérémie DUHAMEL, Rémi CHRISTIEN, Grine LAHRECHE, Anselme MIALON, Adrien KHAZNADJI, Philippe DEBRY. et Stéphane DANIEL.

Contact : Newsletter@ajsp.net (pour tous vos commentaires, contributions ou questions).

Partenaires de l'Association :

Edition GTI

Saint Germain Executive

Freshfields Bruckhaus Deringer

Jeantet Associés

Cotty, Vivant, Marchisio & Lauzeral

Programme des prochaines conférences de l'Association

En partenariat avec des cabinets d'avocats ou des entreprises, l'Association organise des conférences-débats à Sciences Po. Ces événements se veulent en prise avec l'actualité juridique.

Le but est de proposer un propos nuancé en invitant des spécialistes réputés ou des parties prenantes posant un regard différent sur les sujets abordés. Les rédacteurs des lois peuvent ainsi être invités pour dialoguer avec des praticiens. Aussi, nous profitons des réformes importantes ou des décisions juridiques appelées à faire date pour organiser ces débats.

Conférences récemment organisées (en 2006) :

- La Loi de sauvegarde des entreprises,
- La réforme du droit des sûretés,
- Les enjeux de la directive OPA,
- L'Affaire LVMH contre Morgan Stanley .

Conférences à venir :

- Janvier 2007 : *Les Offres Publiques en Europe*
Janvier 2007 : *Les partenariats public privé, un nouveau mode de financement ?*
28 Janvier 2007 : *Visite du Conseil d'Etat avec M. Bernard Stirn*
Mars 2007 : *La responsabilité environnementale des entreprises*
Avril 2007 : *Les LBO en France*
Mai 2007 : *La Fiducie*
Juin 2007 : *Le droit face au préjudice de masse*

N'hésitez pas à nous contacter si vous souhaitez vous associer à l'un de ces projets.

Votre avis nous intéresse

La Lettre de l'Association des Juristes de Sciences Po se veut à la fois un moyen de communication entre les élèves – actuels et diplômés – de Sciences Po Paris intéressés par le domaine juridique, autant qu'une plateforme de discussion rassemblant des juristes venant d'horizons différents. Elle vit grâce à vous et nous espérons qu'elle saura vous satisfaire.

Afin de recueillir vos observations et critiques et améliorer cette Lettre, nous vous invitons à remplir un **questionnaire** disponible sur notre site internet (www.ajsp.net). Dans l'hypothèse où vous aurez des remarques supplémentaires, n'hésitez pas à nous en faire part directement (Marina Weiss : marina.weiss@sciences-po.org).

Nous vous remercions par avance de votre soutien dans nos efforts d'amélioration !

Amicalement,

Marina Weiss

Elections au Bâtonnat du Conseil de l'Ordre du Barreau de Paris

Interview de *Janine Franceschi-Bariani* (IEP 1970)

Dans le cadre des prochaines élections au Dauphinat du Conseil de l'Ordre des avocats au Barreau de Paris — qui compte près de 800 diplômés de Sciences Po - , nous avons interrogé Janine Franceschi Bariani sur ses motivations et ses projets pour le Barreau de Paris.

Pourquoi vous présentez vous au Bâtonnat ?

La prochaine élection est particulièrement importante. Ce n'est pas un simple acte rituel ou un vote de plus, mais au contraire le moment où le premier Barreau de France dira sa fierté de désigner son représentant et le garant des valeurs humanistes de la profession d'avocat.

Mon ambition est de parvenir, par l'écoute et la formulation de propositions concrètes, à élaborer un Pacte de Confiance instituant la confiance de l'Ordre envers les avocats et consacrant la confiance des avocats envers leur Ordre.

Quelle conception de votre rôle au bâtonnat ?

D'abord, savoir écouter les autres, c'est une qualité indispensable pour qui aspire à représenter la diversité des 20.000 avocats parisiens.

Pour cela le Bâtonnier doit tout d'abord, créer un Ordre de proximité à l'écouter des siens, ce qui suppose de renforcer la présence de l'Ordre dans le quotidien des avocats parisiens en leur permettant, s'ils le souhaitent d'être associés à la vie de leur Barreau. L'Ordre bénéficierait ainsi de toute la légitimité nécessaire pour s'exprimer au nom du Barreau dans son ensemble. En outre, le Bâtonnier doit être le garant du bon fonctionnement des institutions ordinaires. A cet égard, il convient d'apporter davantage de

transparence à la gouvernance de l'Ordre notamment en ce qui concerne la prise des décisions.

Enfin, le Bâtonnier doit agir pour préserver la solidarité entre les membres du Barreau, en particulier apporter soutien et assistance aux collaborateurs et aux jeunes professionnels.

Au Bâtonnier d'assurer la représentation unitaire de toutes ces composantes de la profession.

Quelle sera l'idée directrice de votre action une fois élue ?

L'Ordre et son Bâtonnier doivent être au service des avocats. Mon objectif est de les rendre à la fois plus proches des avocats parisiens et plus efficaces.

Or le mandat du Bâtonnier est très court. C'est pourquoi j'entends lancer des chantiers de réflexion dès mon élection au dauphinat afin que nous puissions engager les réformes dont l'Ordre a besoin dès mon élection confirmative.

Ces chantiers concernent notamment la gouvernance de l'Ordre, l'intégration des jeunes avocats, la place des femmes dans la profession, le rôle international du Barreau de Paris, et l'indispensable

reconquête du pouvoir d'influence du Barreau de Paris auprès des pouvoirs publics.



« Mon ambition est de parvenir à élaborer, avec les avocats parisiens, un Pacte de Confiance consacrant la confiance de l'Ordre envers les avocats et la confiance des avocats envers leur Ordre. »



Que retenez vous de votre parcours à Sciences Po ?

Du bonheur, du travail, des amitiés pour la vie. L’empreinte de souvenirs heureux que le temps n’efface pas.

Je suis convaincue que beaucoup dans ma façon de faire aujourd’hui dépend de ce que j’ai appris sur les bancs de l’Institut. Je crois que ma rigueur, mes méthodes de travail, la façon dont j’anime mon équipe, sont directement issus de mon passage rue Saint-Guillaume. Qu’il s’agisse de la façon de construire une réflexion ou la capacité à mettre en débat plusieurs hypothèses, avant de prendre une décision.

Sciences Po, c’est, pour moi, l’alliance d’une véritable rigueur intellectuelle et d’une grande ouverture d’esprit.

Quel est votre projet pour dynamiser le réseau de Sciences Po une fois élu ?

Tout d’abord, je continuerai à œuvrer pour le recrutement et la promotion des jeunes Sciences Po dans les cabinets d’avocats les plus prestigieux de la place de Paris.

Je souhaite également approfondir la réflexion sur la possibilité pour les jeunes diplômés de présenter directement l’examen d’entrée à l’EFB. L’Union des Jeunes Avocats de Paris vient d’adopter une motion en ce sens. En ma qualité de Présidente d’honneur de la FNUJA, je serai particulièrement attentive au suivi de ce dossier.

Enfin, je souhaite multiplier les partenariats avec l’Ecole afin que les Avocats soient plus nombreux à y enseigner, contribuant ainsi au rayonnement du Barreau de Paris auprès des étudiants, et au recrutement par notre profession des étudiants formés par Sciences Po.

Quel est votre regard sur la profession d’avocat aujourd’hui ?

La profession d’avocat est la profession libérale réglementée qui a connu la plus forte évolution démographique des 40 dernières années et la profession la plus ouverte aussi, avec pas moins de 22 possibilités d’accès dans d’autres conditions de diplôme et d’ancienneté professionnelle que le CAPA. Le nombre des avocats exerçant en France a augmenté de 40 % en 10 ans. La profession s’est également rajeunie et beaucoup féminisée. Au premier janvier 2005, il y avait plus de 7’000 avocats stagiaires, annonçant une croissance d’autant plus importante du nombre d’avocats.

La profession d’avocat doit attirer et garder les

meilleurs. Il faut, pour y parvenir, mieux définir nos marchés à destination des jeunes diplômés, travailler sur l’image de l’avocat et améliorer les conditions de l’insertion professionnelle. Cela suppose de rapprocher le monde de l’éducation et celui du travail, sans pour autant concevoir la formation initiale sous le seul angle des exigences du marché du travail.

Les valeurs du métier sont fortes, les avocats appréciant et revendiquant un socle unique de valeurs communes, notamment la déontologie. La profession offre une diversité de métiers très élevée et voit émerger de nouveaux profils.

Enfin, il y a un éternel besoin de droit et de justice, donc d’avocats.

Quel est votre regard sur la place des femmes dans la profession aujourd’hui ?

La profession se féminise et les femmes représentent maintenant 45 % des avocats du Barreau de Paris et 60 % des jeunes avocats.

Pourtant les femmes sont sous-représentées dans les instances représentatives comme parmi les associés des cabinets d’avocats d’affaires. La difficulté à concilier vie professionnelle et vie familiale, qui touche l’ensemble de la profession, les frappe de manière particulièrement aiguë.

Depuis 10 ans aucune femme n’a osé relever le défi d’une nouvelle candidature. Cette absence dans une profession où, au-delà du nombre, les femmes ont su apporter le label de la qualité contribue, à mon sens, à notre déficit d’image et à la perte de notre pouvoir d’influence. Pour autant, ce que je prône n’est pas la féminisation, mais la mixité et plus encore, le métissage.

Nous nous enrichissons tous quand nous acceptons qu’il y ait dans chaque instance, non seulement un bon équilibre hommes/femmes, mais également une diversité des origines et une richesse des profils.

Janine Franceschi-Bariani

www.jfb2006.com

DOSSIER THÉMATIQUE

L'AFFAIRE LVMH / MORGAN STANLEY
Bilans et Perspectives**Maître Georges TERRIER (IEP 70)**Avocat à la Cour
Associé du cabinet JeantetAssociés
Conseil de LVMHContribution de Maître Georges Terrier
lors de la Conférence qui s'est tenue à
Sciences Po le 27 septembre 2006**I. L'arrêt**

Un arrêt riche et dense, de 37 pages, dont certains commentateurs à chaud, au milieu de l'été, dans un exercice relevant davantage du journalisme juridique que de l'analyse doctrinale approfondie, n'ont pas su percevoir les apports, tandis que d'autres ont souligné les qualités pédagogiques et la contribution importante au problème de la responsabilité des analystes financiers.

Les apports de l'affaire. Ils ne sont pas minces. Et contribueront de manière durable à servir de référence notamment dans la gestion des relations entre émetteurs et analystes.

Les spécialistes de droit international privé s'en emparent déjà pour sa double contribution, d'une part à la résolution des conflits de lois en matière de délits complexes, d'autre part à l'articulation entre droit communautaire et droit de la responsabilité civile.

Sur le plan du droit interne, le jugement du Tribunal de Commerce comme l'arrêt de la Cour d'Appel démontrent pour la première fois, en jurisprudence, qu'un analyste financier peut engager sa responsabilité directe envers la société cotée sur laquelle il émet des recommandations.

Ils consacrent la liberté d'opinion de l'analyste financier, mais montrent aussi que cette liberté d'opinion, dont l'analyste financier fait son commerce, entraîne également des obligations ; elle implique des devoirs et des responsabilités.

Précisément, le jugement du Tribunal de Commerce comme l'arrêt de la Cour d'Appel consacrent de façon on ne peut plus claire l'existence « des principes de rigueur, d'objectivité, d'impartialité et de prudence ».

Ils consacrent de façon tout aussi claire le principe « imposant au prestataire d'analyses financières d'appliquer une procédure relative aux avertissements devant figurer avec une analyse et révélant les éléments susceptibles de limiter l'indépendance de l'analyste ».

Ils consacrent une obligation, pour l'analyste financier, de « pouvoir justifier du sérieux de ses sources », ainsi de « s'abstenir de diffuser des informations fausses ou trompeuses sur les perspectives ou la situation d'un émetteur d'instruments financiers ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier » ; en d'autres termes, des devoirs méthodologiques.

Tous ces points de droit, qui sont expressément énoncés dans l'arrêt, ne doivent pas être négligés au prétexte qu'ils n'auraient pas été discutés par les parties. C'est en effet de leur dialogue judiciaire, dans une confrontation constructive, qu'a pu naître la possibilité pour les juges du fond de mettre en relief ces importantes règles juridiques et, ainsi, de contribuer de façon décisive à l'élaboration d'un statut juridique de l'analyse financière.

II. Dépasser l'affaire LVMH/Morgan Stanley pour réfléchir à l'élaboration de règles de nature à garantir une analyse financière indépendante**A. Les limites de la responsabilité civile**

1. Les limites d'une responsabilité conditionnée à l'existence d'un préjudice individuel

Difficultés concrètes :

— Prédiction auto-réalisatrice. Dont la réalisation, inévitable, vient après coup légitimer l'existence, faisant ainsi disparaître tout effet préjudiciable.

— Certains annotateurs ont critiqué la qualification de faute lourde retenue par le TC. La CA a dit qu'elle n'a « aucune conséquence juridique particulière dans le droit de la responsabilité civile ». Pourtant, tout juriste sait bien que la qualification de la faute et l'appréciation qu'à cette occasion un tribunal se fait du comportement de l'intéressé rejaillit de façon indirecte sur le préjudice. Problèmes des dommages-intérêts punitifs.

Réflexion plus générale :

Sous l'angle de la régulation, le préjudice est collectif. C'est le marché dans son ensemble qui est en droit d'attendre que les analystes financiers respectent les principes de rigueur, d'objectivité, d'impartialité et de prudence. Et ceci à titre préventif. Or par sa fonction réparatrice la responsabilité civile ne répond qu'imparfaitement à cet objectif.

2. Les limites d'une responsabilité fondée sur l'existence d'une faute au sens civiliste du terme.

Faut-il exiger une faute subjective, au sens des art. 1382 et 1383, ou ne peut-on pas concevoir, dans une optique plus générale, plus systémique, qui est celle du droit de la régula-

tion, une responsabilité objective, c'est-à-dire sans faute ?

Dans ce secteur régulé qu'est le droit des sociétés cotées, l'analyste financier est en effet un apporteur d'informations. Certes, l'analyste financier n'est investi d'aucune mission légale de contrôle et de certification des comptes sociaux, mais parce qu'il s'immisce spontanément dans le fonctionnement du marché, parce qu'il revendique lui-même un rôle important dans la chaîne de l'information financière, il ne peut prétendre échapper aux conséquences des informations qu'il délivre.

Or ces conséquences doivent-elles être appréhendées en termes de responsabilité pour faute ? Ne doivent-elles pas entraîner une responsabilité sans faute, fondée sur la seule inexactitude de l'information lorsque l'information attendue est une information objective, ou fondée sur la seule existence d'une situation de conflit d'intérêts lorsque l'information attendue est une appréciation indépendante ?

B. La prise en compte renforcée des conflits d'intérêts :

Autant une opinion, c'est-à-dire une appréciation, une analyse, entraîne nécessairement avec elle une part de subjectivité, autant cette subjectivité ne doit-elle pas être altérée par une situation de conflit d'intérêts.

Cette subjectivité doit être celle du bon professionnel, de l'analyste financier considéré *in abstracto*. Pas celle de l'analyste impliqué concrètement par les conséquences des recommandations qu'il rend.

Sur les conflits d'intérêts, il faut :

—démêler le vrai du faux. Prendre garde à la stratégie consistant à créer de faux conflits d'intérêts, apparemment résolus de façon objective et impartiale, pour en dissimuler de véritables.

—s'interroger sur leur durée. Le conflit ne laisse-t-il pas de traces dans le temps ? Belle question du conflit dans le temps du conflit d'intérêts...

—s'interroger sur la question de savoir si l'existence avérée d'un conflit d'intérêt ne justifierait pas, selon des conditions à définir, une obligation d'abstention de recommandation.

Comment écrire dans la Lettre ?

La Lettre des Juristes de Sciences Po paraît au début de chaque mois et est distribuée par mail auprès des étudiants et diplômés de Sciences Po. Elle se nourrit des contributions que ces lecteurs lui apportent afin de faire vivre l'esprit de la Rue Saint Guillaume. La vocation de la Lettre est de rassembler la Communauté des étudiants et des professionnels du droit.

Il vous suffit de renvoyer avant le premier lundi du mois le formulaire de rédaction contenant votre article. Le formulaire de rédaction est disponible sur le site de l'Association.

Vous pouvez également poser toutes vos questions ou nous faire part de vos commentaires en écrivant à **newsletter@ajsp.net**.

Retrouver tous ces éléments sur **www.ajsp.net** (rubrique Actualités) : *Charte de la Lettre, Formulaire de rédaction, informations diverses, etc.*

DOSSIER THÉMATIQUE

L'AFFAIRE LVMH / MORGAN STANLEY
Bilans et Perspectives**Me Jean-Michel DARROIS (IEP 71)**Avocat à la Cour
Associé du cabinet Darrois, Villey,
Maillot, Brochier
Conseil de Morgan StanleyContribution de Me Darrois lors de la Conférence qui
s'est tenue à Sciences Po le 27 septembre 2006**Retour sur l'affaire LVMH c. Morgan Stanley**

L'affaire LVMH c. Morgan Stanley est un contentieux nouveau et important.

C'est la première fois qu'une juridiction se prononce sur la responsabilité d'un analyste financier pour ses analyses et qu'un émetteur attaque les analyses dont il est l'objet.

L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 30 juin 2006 intervient dans un contexte où les analystes financiers sont tout à la fois critiqués et plus que jamais nécessaires, comme l'ont prouvé les récents scandales financiers d'Enron ou Vivendi Universal.

Qui plus est, les passions se sont déchaînées autour de cette affaire. Le jugement rendu par le Tribunal de Commerce de Paris le 12 janvier 2004 a été vécu comme un « *choc* » par la communauté financière, qui y a vu une menace pesant sur la liberté d'opinion des analystes.

L'arrêt de la Cour d'appel est donc venu fixer les droits mais également les devoirs des analystes financiers.

1. Les questions de droit applicable traitées à titre préliminaire par l'arrêt de la Cour d'appel du 30 juin 2006

L'affaire LVMH c. Morgan Stanley soulevait un certain nombre de problèmes de compétence, d'applicabilité de la loi française et de territorialité des dommages allégués par LVMH.

En effet, il convient de rappeler quelques éléments de fait :

- les sociétés Morgan Stanley poursuivies sont, pour l'une, de droit américain, pour l'autre de droit anglais ;
- la société Morgan Stanley (UK), qui a émis les analyses, a son siège social à Londres, et c'est également à Londres que sont préparées et émises ces analyses ;
- les analyses de Morgan Stanley (UK) concernent des sociétés cotées ou non cotées dans plusieurs pays européens ;
- ces mêmes analyses sont diffusées directement à travers toute l'Europe, et indirectement dans divers pays du monde.

On devine dès lors la difficulté qui peut se poser à l'analyste

qui prépare son rapport : à quelle loi doit-il se conformer ? Celle du siège social de la société qui l'emploie ? Celle du siège social de la société objet de l'analyse ? Celle de l'investisseur qui est le destinataire des analyses rédigées ?

Parallèlement, ne serait-ce que pour des considérations de sécurité juridique, est-il réaliste de demander à un analyste de connaître et d'appliquer toutes les réglementations de tous les pays dans lesquels ses analyses sont diffusées ?

La Cour d'appel de Paris a coupé court à ces interrogations en confirmant la compétence des juridictions françaises tout en encadrant cette compétence.

La Cour s'est donc déclarée compétente pour les faits dont les préjudices ont été subis en France par LVMH uniquement – ce qui exclut les préjudices qui auraient été subis hors de France ou subis par les filiales de LVMH.

Par contre, pour ce qui est de l'organisation interne de la banque, notamment les questions relatives à l'obligation de séparation des divisions de banque d'investissement et d'analyse financière (les fameuses « murailles de Chine »), la Cour a considéré que ces éléments ne relèvent pas du droit français, mais du droit du siège social, en l'espèce le droit anglais.

Il est positif que ces questions aient été tranchées afin de délimiter les règles auxquelles les analystes étrangers, qui sont nombreux, doivent se conformer.

Au-delà de ces questions préliminaires, tenant au champ du litige qui lui était soumis, la Cour s'est attachée à analyser le fond de l'affaire, pour traiter de la substance de la responsabilité de l'analyste financier.

2. Un traitement conforme aux règles classiques de la responsabilité civile

L'analyse financière est régie en France par un certain nombre de textes spécifiques.

Citons par exemple la décision du Conseil des marchés financiers n° 2002-01 du 27 mars 2002, l'article L. 544-1 du Code monétaire et financier ou encore la directive 2003/6/CE du Parlement et du Conseil du 28 janvier 2003.

Pour autant, pas plus la structure de la banque anglaise que les textes professionnels applicables aux analystes n'ont servi à la Cour pour fonder son arrêt.

Malgré son caractère atypique, ou tout du moins novateur, la Cour a fait du litige une analyse extrêmement classique, en choisissant d'appliquer à la lettre les termes de la responsabilité civile en droit français.

Considérant que l'action de LVMH était fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil, la Cour a recherché, en procédant à une analyse détaillée des faits, et à travers un arrêt de 37 pages, les trois éléments constitutifs de la responsabilité civile : la faute, le préjudice, le lien de causalité.

- Sur la faute : la Cour écarte la qualification de faute lourde qui n'emporte aucune conséquence juridique. Certes, la Cour a relevé que certaines erreurs matérielles commises par Morgan Stanley constituaient des fautes, sans qu'une intention de nuire ne soit démontrée. Un dénigrement systématique de LVMH par la banque n'est donc pas démontré.
- Sur le préjudice : sur le préjudice moral, la Cour infirme la décision du Tribunal de commerce et sursoit à statuer, ce qui a entraîné la restitution à Morgan Stanley (UK) des 30 millions d'euros payés à la suite du jugement. S'agissant du préjudice matériel lié aux erreurs dans les *disclosures* et à la mention erronée d'un ratio d'endettement, la Cour a désigné un expert.
- Sur le lien de causalité : la Cour a considéré que les analyses de Morgan Stanley n'avaient pas eu d'impact sur le cours de LVMH, suivant en cela les conclusions du rapport d'enquête de l'Autorité des marchés financiers.

Même si cet arrêt était novateur, la Cour n'a pas procédé par dispositions d'ordre général, mais s'est véritablement plongée dans les faits, dans les écritures et les pièces des parties. Elle a ainsi analysé un par un les griefs relevés par LVMH : les erreurs dans les *disclosures* à l'attention des lecteurs, l'atteinte au crédit et à la valeur de LVMH, les atteintes à la marque Louis Vuitton, la mise en cause des dirigeants de LVMH, la décote de 10 % qu'aurait appliquée Morgan Stanley au cours de bourse de LVMH et la destruction de valeur réalisée par cette dernière.

La Cour a également analysé les analyses émises par les banques concurrentes de Morgan Stanley sur le secteur du luxe, afin de vérifier si les analyses de la banque anglaise se situaient dans le consensus. Elle cite dans son arrêt des rapports de Deutsche Bank, Goldman Sachs, UBS, BNP Paribas...

Enfin, la Cour s'est attachée au détail des rapports hebdomadaires émis par Morgan Stanley, afin de vérifier précisément dans les textes et le langage utilisé s'il y avait dénigrement.

La Cour est donc entrée dans le cœur du litige, choisissant tout à la fois de rendre un arrêt de principe sur la responsabilité des analystes financiers, tout en ne négligeant pas le litige et les faits d'espèce qui lui étaient soumis.

Grande sagesse des magistrats également, lorsque la Cour a résisté à la tentation, vers laquelle l'entraînait pourtant l'Avocat général, de céder à une américanisation des débats, en

condamnant Morgan Stanley à de lourds dommages-intérêts punitifs, totalement détachés du préjudice réel subi par le demandeur.

Rappelons que le Tribunal de commerce de Paris avait condamné la banque anglaise à verser à LVMH la somme de 30 millions d'euros au titre du préjudice moral subi par cette dernière. Pour autant, de l'avis de plusieurs commentateurs du jugement, les justifications apportées à cette lourde condamnation faisaient défaut (1). La Cour a d'ailleurs obligé LVMH à restituer à Morgan Stanley cette somme versée en vertu de l'exécution provisoire attachée au jugement.

La Cour a considéré, que ce que l'on nomme les *punitive damages* ne faisaient pas partie du droit positif.

Pour autant, malgré cette approche classique, la démarche de la Cour dans le traitement du litige témoignait d'une évolution de notre justice.

Les magistrats de la 15^{ème} Chambre ont souhaité, dans cette affaire complexe, introduire une plus grande interactivité des débats, n'hésitant pas à poser des questions aux parties, afin de faire de l'audience, non plus un monologue de l'avocat, mais un dialogue avec le juge.

3. L'arrêt du 30 juin 2006 : un message rassurant adressé à la communauté des analystes financiers

Il n'est pas nécessaire d'insister sur l'importance des analystes financiers pour le marché et pour les investisseurs. Ils relayent l'information et fournissent des analyses pour éclairer les investisseurs dans leurs choix. Ils sont un élément essentiel pour l'information du marché.

A la suite du jugement du Tribunal de commerce, les analystes, tant en France qu'à l'étranger, ont ressenti une grande inquiétude, voyant dans cette décision une menace sur leur indépendance. Ainsi a-t-on pu lire dans le *Financial Times* : *Un tribunal français a agi contre l'intérêt des investisseurs.*

Ce jugement est intervenu à un moment paradoxal dans l'histoire des analystes : celui où leur travail était à la fois mis en cause, et à la fois rendu plus que jamais nécessaire :

Leur travail a pu être mis en cause, comme l'a prouvé par exemple la transaction intervenue aux Etats-Unis entre les banques de la place new yorkaise et la SEC, qui a mis un terme à certaines dérives qui frappaient la profession.

Mais leur travail est également nécessaire, comme l'éclatement de scandales financiers ou de la bulle Internet ont pu le prouver. Les analystes y jouent le rôle d'acteurs externes à l'entreprise, et ont pu à ce titre questionner les déclarations trop optimistes des dirigeants et alerter sur une communication financière parfois trompeuse.

L'arrêt de la Cour est donc un message rassurant adressé aux analystes, qui vient confirmer leur liberté, tout en ne les exonérant pas de devoirs.

Ainsi, selon la Cour, les analystes peuvent :

- Répercuter des informations factuelles ;
- Donner leur opinion sur ces informations, et notamment sur les perspectives d'une société ;
- Avoir un droit de critique sur les déclarations des dirigeants ou sur la stratégie.

C'est ce qui a conduit Patrick Leguil, président de la société française des analystes financiers à déclarer, au lendemain de l'arrêt du 30 juin : « *Le jugement met clairement en exergue la liberté d'expression des analystes par rapport aux émetteurs et aux employeurs.* » (2)

Mais au-delà de ce message rassurant adressé aux analystes, la Cour a introduit le concept de consensus de place comme moyen d'apprécier le travail des analystes.

Elle relève ainsi, tout comme l'Autorité des marchés financiers, que Morgan Stanley se situait globalement dans le consensus, et qu'il ne peut donc y avoir ni faute ni dénigrement.

Par cet arrêt, le consensus est consacré comme une forme de condition exonératoire de responsabilité, ce que les analystes financiers doivent apprécier, la Cour relevant : « *Dès lors que les opinions critiquées de la société Morgan Stanley ne divergent pas des opinions ailleurs exprimées, le dénigrement à travers les formules litigieuses n'est pas démontré.* »

Comment imaginer une faute d'un analyste, qu'il ait tort ou raison dans ses analyses, lorsque cette analyse est partagée par ses concurrents ?

Mais la question se pose de savoir s'il n'y a pas finalement, dans cette reconnaissance, un danger pour l'analyste qui ne serait pas dans le consensus. Pour la Cour, le raisonnement ne s'applique pas à contrario, et ce n'est pas parce qu'un analyste est hors consensus qu'il y a forcément dénigrement. L'analyste peut alors se prévaloir du caractère « *raisonnable* » de sa recommandation.

D'ailleurs, dans toutes les affaires récentes, comme Enron, WorldCom ou Vivendi Universal, il y a toujours eu un analyste qui, le premier, a mis en doute les informations émanant de la société, et a questionné les déclarations du management.

Les analystes qui, comme Claire, Kent, l'analyste de Morgan Stanley, ont travaillé en justifiant leurs analyses et en étayant leurs hypothèses, ne sauraient être poursuivis. L'arrêt LVMH c. Morgan Stanley ne met pas en danger leur profession.

4. La prise en compte du travail du régulateur par le juge civil

Dans cette affaire complexe, la Cour a décidé, **contre l'avis de LVMH**, d'interroger le régulateur français des marchés financiers, l'AMF, afin de recueillir son avis sur un certain

nombre de questions, et notamment sur le fait de savoir si Morgan Stanley s'était rendue coupable d'une violation de la réglementation boursière en diffusant des informations inexacts, imprécises ou trompeuses.

En effet, l'AMF avait ouvert une enquête sur le marché du titre LVMH afin de vérifier l'information donnée par Morgan Stanley sur le titre LVMH et de déterminer l'impact des déclarations de Morgan Stanley sur le cours de bourse de LVMH.

Les conclusions de l'AMF ont été :

- Pour ce qui concerne la structure de la banque, Morgan Stanley est régulée par l'Autorité Anglaise (FSA). Contactée par l'AMF, la FSA a indiqué qu'elle n'entendait pas ouvrir d'enquête sur la structure et l'organisation de la banque anglaise ;
- L'AMF n'a pas relevé de corrélation entre les mouvements du titre LVMH et les recommandations ou déclarations de Morgan Stanley ;
- Morgan Stanley se situait dans le consensus des autres analystes ;
- Morgan Stanley n'a pas diffusé d'informations inexacts, imprécises ou trompeuses, au sens de la réglementation boursière.

A la différence de l'Avocat général, qui a choisi, dans cette affaire, de prendre des conclusions allant dans un sens contraire au rapport du régulateur, la Cour a suivi le raisonnement de l'AMF et tout en suivant une méthodologie différente, parvient aux mêmes résultats.

Il faut se féliciter de cette solution, car il aurait été sans doute préjudiciable pour la place de Paris qu'il y ait une distorsion entre les juridictions judiciaires et le régulateur sur la question de la responsabilité des analystes financiers.

L'arrêt du 30 juin 2006 est donc à la fois rassurant pour les analystes, mais il vient également renforcer la crédibilité de la place de Paris sur la scène internationale.

(1) Voir notamment Alain Pietrancosta, « L'affaire MORGAN STANLEY/LVMH, banque d'investissement et analyse financière », Revue de droit bancaire et financier n° 2, mars/avril 2004, p.81 et s. et Alain Couret, « Banque d'affaires, analystes financiers et conflits d'intérêts », Dalloz 2004 chr., p. 335 et s.

(2) Option Finance n°891 du 10 juillet 2006.

L'obligation de déclaration de soupçon pour les avocats en matière de blanchiment est-elle une fatalité ?



Loïc DUSSEAU

Avocat au Barreau de Paris
Président d'honneur de l'UJA
de Paris
Président de la FNUJA

« Toute loi qui ordonne la délation, la dénonciation, n'est pas une loi ; toute loi portant atteinte à ce penchant qui commande à l'homme de donner un refuge à celui qui demande asile, n'est pas une loi ». **Benjamin Constant**

La plupart des avocats viennent de découvrir avec effroi que, depuis la publication au journal officiel du décret n°2006-736 du 26 juin 2006 relatif à la lutte contre le blanchiment des capitaux, ils étaient soumis à une obligation de déclaration de soupçons, à l'instar d'un magma d'autres professions allant des établissements financiers aux casinos, en passant par les experts-comptables, sans oublier les agents de change ou les bijoutiers.

Le recours formé devant le Conseil d'Etat contre ce décret par l'Ordre de Paris, la Conférence de Bâtonniers et le Conseil National des Barreaux (CNB) doit être encouragé car cette réglementation nous apparaît toujours aussi inacceptable.

En effet, les avocats ne sont pas officiers publics ou ministériels et leur indépendance doit être totale à l'égard des pouvoirs publics afin qu'ils puissent librement conseiller et défendre leurs clients, dont jamais ils ne doivent se rendre complices mais qu'ils peuvent utilement convaincre de ne pas commettre certaines infractions dès lors que la confiance dans leurs rapports est totale.

Pris en application de la loi n°2004-130 du 11 février 2004, ces dispositions résultent d'une transposition dans notre droit national de la directive du 4 décembre 2001 modifiant la directive du 10 juin 1991 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux.

Une 3^{ème} directive plus extensive encore, remplaçant les précédentes, a été adoptée le 26 octobre 2005 et devra être transposée dans les Etats membres de l'Union avant le 15 décembre 2007 (Directive 2005/60/CE, JOCE n° L309 du 25/11/2005).

Quelles sont les obligations des avocats ?

Concrètement, cette obligation de déclaration de soupçon devra être effectuées dans les six cas suivants, qui ne concernent d'ailleurs pas tous l'activité des avocats français (art. L 562-2-1 du Code des marchés financiers) :

(1) l'achat et la vente de biens immeubles ou de fonds

de commerce ;

- (2) la gestion de fonds, titres ou autres actifs appartenant au client ;
- (3) l'ouverture de comptes bancaires, d'épargne ou de titres ;
- (4) l'organisation des apports nécessaires à la création de sociétés ;
- (5) la constitution, la gestion ou la direction de sociétés ;
- (6) la constitution, la gestion ou la direction de fiducies de droit étranger ou de toute autre structure similaire.

Seuls les soupçons de blanchiment des produits des infractions suivantes sont concernés : trafic de stupéfiants, fraude aux intérêts financiers des Communautés européennes, activités criminelles organisées, financement du terrorisme (art. L 562-2 du CMF).

Les activités juridictionnelles de l'avocat sont clairement exclues du processus. S'agissant de l'activité de conseil, la consultation préalable à la rédaction des actes ou à la réalisation des opérations susvisés semble aussi l'être.

Il faudra toutefois attendre une définition jurisprudentielle précise de la notion de « *consultation juridique* », définie par le professeur Gérard Cornu comme une « *opération consistant, pour celui qui est consulté (avocat, professeur, etc.) à fournir, sur la question soumise à son examen, un avis personnel, parfois un conseil, qui apporte à celui qui le consulte des éléments de décision, le cas échéant, des éléments en faveur de sa cause* » (Vocabulaire juridique, PUF).

La déclaration est faite par l'avocat, non pas directement à TRACFIN, mais au Bâtonnier à charge pour lui de la transmettre ensuite s'il l'estime ou non fondée. Le client peut d'ailleurs est averti par son avocat de la régularisation d'une telle déclaration de soupçon (ce qu'exclut la 3^{ème} directive).

La question de la dénonciation des confrères adverses reste cependant ouverte : elle semble être dans la logique des textes et un risque de dérive entre contradicteurs existe.

Enfin, le décret prévoit une obligation particulière de vigilance et de formation du personnel des Cabinets en la matière, mesures qui seules doivent être approuvées puisque bien évidemment les avocats ne souhaitent pas être utilisés pour participer à des opérations de blanchiment.

Il conviendrait, pour cette dernière obligation, que les CNB et/ou les Ordres mettent rapidement à la disposition des Cabinets un *vade mecum* synthétique qui puisse être utilisé pour chaque ouverture de nouveau dossier.

Comment en sommes-nous arrivés là ?

Souvenons-nous que si la France ne pouvait pas s'affranchir éternellement de la transposition de la directive de décembre 2001 et que s'il n'est pas contestable que les instances représentatives de la profession d'avocat ont finalement obtenu une transposition *a minima* de celle-ci, elles ont toutefois privilégié à l'époque une défense de connivence à une défense de rupture qui aurait pourtant permis de sensibiliser l'opinion publique et les parlementaires.

Pis, nous avons vu avec consternation réglementer la délation, par l'article 4 du décret du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat, puisque notre secret professionnel se trouve officiellement tempéré par les « *cas de déclaration ou de révélation prévues et autorisées par la loi* ». C'est avec ce type de règle déontologique que l'on pourrait nous contraindre demain à des dénonciations pour d'autres infractions que le blanchiment. C'est le grand danger de ce type de législation.

Souvenons-nous encore que la Fédération Nationale des Unions de Jeunes Avocats (FNUJA) et les Unions des Jeunes Avocats (UJA) ont toujours critiqué cette transposition.

Lors du 60^{ème} Congrès de la FNUJA à Paris en mai 2004, nous avons d'ailleurs signifié publiquement au garde des Sceaux de l'époque le rejet par les jeunes avocats de cette disposition « *avocaticide* ». Après lui avoir annoncé que nous allions continuer notre combat, parce que « *Antigone nous a appris que face à une loi illégitime, la lutte est légitime* », nous avons pourtant proposé au ministre de la Justice de lui présenter nos solutions alternatives.

Comment en sortir ?

Ces solutions alternatives consistaient à assujettir les avocats aux règles déontologiques suivantes (proposition combinée de recommandations du Conseil Consultatif des Barreaux Européens (CCBE) datant de 1998 et d'une motion de l'UJA de Paris de 2003) :

1/ dans toute affaire qui leur est confiée, les avocats ont l'obligation de vérifier l'identité exacte de leur client ou de l'intermédiaire pour lequel ils agissent ;

2/ lorsque les avocats sont autorisés à manier des fonds, il leur est interdit de recevoir ou manier des fonds qui ne correspondent pas strictement à un dossier nommément identifié ;

3/ lorsqu'ils participent à une opération juridique, les avocats ont l'obligation de se retirer de l'affaire dès qu'ils suspectent sérieusement que ladite opération aurait pour résultat un blanchiment d'argent et que leur client n'entend pas s'abstenir de cette opération ;

4/ lorsque dans le cadre de leur activité professionnelle, ils participent en assistant leur client à la préparation ou à la réalisation des transactions concernant : (i) l'achat ou la vente de biens immeubles ou de fonds de commerce, (ii) la constitution de sociétés ou l'organisation des apports nécessaires à la création de sociétés, (iii) la constitution de fiducies de droit étranger ou de toute autre structure similaire,

les avocats doivent obligatoirement se faire remettre par leur client les fonds, effets ou valeurs correspondant à la transaction susmentionnée et déposer ce règlement pécuniaire à la CARPA (Caisse de règlement pécuniaire des avocats).

En rendant ainsi réellement obligatoire le passage en CARPA de tout mouvement financier résultant de l'exécution d'un acte juridique, en assujettissant éventuellement ces seules CARPA à l'obligation de déclaration de soupçons, non seulement aucune brèche symbolique dans le secret que nous devons à nos clients n'aurait été ouverte, mais encore des produits financiers complémentaires auraient pu être dégagés aux fins d'abonder les fonds destinés à l'accès au droit ou à notre formation en matière de prévention du blanchiment.

Dans la perspective de la transposition de la 3^{ème} directive, c'est la voie à laquelle il devient urgent de continuer réfléchir de toute urgence pour être en mesure de la promouvoir.

Il s'agirait de la seule forme appropriée de coopération entre les Barreaux et les autorités responsables de la lutte anti-blanchiment.

Les 40 recommandations du GAFI de juin 2003, et dont s'inspirerait la 3^{ème} directive européenne du 26 octobre 2005, ne s'y opposent nullement puisqu'elles précisent que « *les avocats ne sont pas tenus de déclarer les opérations suspectes si les informations qu'ils détiennent ont été obtenues dans les circonstances relevant du secret professionnel* ».

Autrement dit, en sus de la question de l'indépendance des avocats à l'égard des pouvoirs publics car nous ne saurions accepter de devenir des auxiliaires de TRAFIN, c'est la définition du périmètre de notre secret professionnel qui est au cœur du problème.

C'est ce qu'a bien compris la Cour d'arbitrage de Belgique en saisissant d'une question préjudicielle la CJCE le 13 juillet 2005 :

« *L'effectivité des droits de la défense de tout justiciable suppose nécessairement qu'une relation de confiance puisse être établie entre lui et l'avocat qui le conseille et le défend. Cette nécessaire relation de confiance ne peut être établie et maintenue que si le justiciable a la garantie que ce qu'il confiera à son avocat ne sera pas divulgué par celui-ci. Il en découle que la règle du secret professionnel est un élément fondamental des droits de la défense.* »

Dans cette affaire venant d'être plaidée le 12 septembre 2006 à Luxembourg, on attend avec impatience les conclusions de

l'avocat général annoncée pour le 22 novembre.

C'est pourquoi, un véritable débat parlementaire sur la déclaration de soupçons, qui nous avait été confisqué par faux consensus en janvier 2004, est nécessaire avant la transposition de la 3^{ème} directive.

Lors de son dernier Comité national qui s'est tenu à Versailles les 6 et 7 octobre 2006, la FNUJA a d'ores et déjà décidé, au delà de la poursuite de sa réflexion sur les solutions alternatives envisageables, les actions suivantes :

- son intervention volontaire au recours formé par le CNB, l'Ordre de Paris, la Conférence des Bâton-

niers et le CCBE devant le Conseil d'Etat contre le décret du 26 juin 2006 ;

- l'invitation des UJA et des Ordres de toute la France à se joindre également à se recours afin de démontrer en nombre la mobilisation de la profession d'avocat ;
- un appel à tous les Bâtonniers de France en leurs demander de prendre l'engagement solennelle de refuser de transmettre toute information à TRACFIN, sachant que des Bâtonniers de Province et des candidats au Bâtonnat de Paris ont déjà affirmé cette position courageuse.

Nicolas SENESI

Avocat au Barreau de Paris
Cabinet Dubarry Le Douarin Veil
D.E.A de Droit Privé Général (Paris II)
D.E.A de Droit des Affaires et de l'Economie
Doctorant à l'Université de Paris I

Chronique d'actualité en droit de l'arbitrage

Parmi la multitude et la diversité des arrêts rendus ces derniers mois en matière d'arbitrage, toute une série de décisions se rapportent à l'application du principe de compétence-compétence. Ces décisions sont à signaler dans la mesure où, en dépit de la rigueur de la jurisprudence quant à la compétence des juridictions arbitrales et le principe de non interprétation des clauses compromissoires, une certaine marge de manœuvre conduisant parfois à l'éviction et l'inapplicabilité de la clause compromissoire se dessine à travers les dernières déclinaisons jurisprudentielles du principe de compétence-compétence (I).

A côté de ces décisions, certains arrêts de la Cour de cassation concernant la loyauté dans la procédure arbitrale présentent également un intérêt particulier dans la mesure où ils posent, à coté de la confirmation du principe de la renonciation à invoquer des irrégularités de procédure, l'affirmation en droit interne du principe de l'estoppel (II).

I) Dernières déclinaisons jurisprudentielles du principe de compétence-compétence

En dépit de la rigueur du principe (B), certaines décisions récentes font apparaître une certaine marge de manœuvre conduisant à l'inapplicabilité de la clause compromissoire (A).

A) L'inapplicabilité de la clause compromissoire

i) En matière d'arbitrage interne, aux termes de l'article 1458 du Code civil : « *Lorsqu'un litige dont un tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté de-*

vant une juridiction de l'Etat, celle ci doit se déclarer incompétente. Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle ».

De même, en matière d'arbitrage international, la Cour de cassation a affirmé le principe selon lequel : « *il appartient à l'arbitre de statuer sur sa propre compétence (...), que selon ce principe, la juridiction de l'Etat saisie d'un litige destiné à l'arbitrage doit se déclarer incompétente, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage ».*

Il ressort de ces dispositions que le juge étatique doit se contenter d'une appréciation *prima facie* de l'existence, de la validité et de l'étendue de la clause compromissoire (1).

Dans ces conditions, quand une juridiction juge inapplicable une clause compromissoire, le problème de l'étendue de son pouvoir se pose.

ii) Par un arrêt du 11 juillet 2006, la première chambre civile de la Cour de cassation a dû faire application du principe de compétence-compétence afin de statuer sur la compétence du Tribunal de commerce de Paris. Il s'agissait en l'espèce d'un contentieux survenu à l'occasion de l'exécution d'un transport maritime dans lequel les réservations de fret (booking notes) comportaient une clause compromissoire d'arbitrage à Singapour selon le droit anglais ainsi qu'une clause selon laquelle les stipulations y étant contenues seraient annulées et remplacées par les stipulations du connaissement. C'est dans ce contexte, que la Cour d'appel de Paris, ayant confir-

mé la compétence du Tribunal de commerce de Paris, s'était vu reprocher selon le pourvoi, d'avoir violé le principe de compétence-compétence interdisant aux juges étatiques de procéder à un examen substantiel et approfondi de la convention d'arbitrage.

Ainsi, il était reproché à la Cour d'appel de ne pas avoir caractérisé la nullité ou l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire figurant aux booking notes puisque les juges d'appel avaient notamment fait application des règles d'interprétation des contrats pour conclure à leur inapplicabilité. Cependant, la Cour de cassation devait rejeter ce grief et considérer que la Cour d'appel n'avait procédé à aucune interprétation et avait pu déduire que la clause compromissoire avait été remplacée par une nouvelle expression de la volonté des parties et qu'elle était donc devenue de ce fait manifestement inapplicable.

Par cet arrêt, la Cour de cassation apporte certaines précisions quant à ce qu'il faut entendre par interprétation de la clause et distingue une telle interprétation d'une simple prise de connaissance des différentes stipulations et de l'interprétation de la volonté des parties quant à ces dernières. Cette arrêt est à rapprocher d'un autre, rendu le 4 juillet 2006, par la même chambre.

iii) Par un arrêt du 4 juillet 2006 (2), qui concernait un groupe de contrats n'ayant pas le même objet (un contrat de gage et un contrat d'approvisionnement) dans lesquels étaient respectivement stipulées une clause attributive de compétence et une clause compromissoire, la Cour a pu estimer que les parties avaient voulu distinguer les contrats par des clauses contraires et que, par conséquent, la clause attributive de compétence stipulée dans le contrat de gage dont l'exécution était poursuivie excluait la compétence du tribunal arbitral qui était affirmée par le contrat d'approvisionnement. La Cour devait donc caractériser ainsi l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire.

Néanmoins, ces arrêts ne doivent pas faire oublier la rigueur dont sait faire preuve la jurisprudence concernant l'application du principe de compétence-compétence.

B) La rigueur du principe de compétence-compétence

Par deux arrêts rendus le 25 avril 2006 et le 8 novembre 2005, la première chambre civile a refusé de considérer comme manifestement inapplicables les clauses compromissaires qui étaient pourtant invoquées dans le cadre d'actions en responsabilité civile délictuelle.

i) Par un arrêt du 25 avril (3) qui concernait une action en responsabilité délictuelle du fait d'une rupture brutale des pourparlers alors que les parties étaient liées par un contrat de distribution, la Cour de cassation a censuré un arrêt d'appel qui avait rejeté l'exception d'incompétence soulevée au profit de la juridiction arbitrale. En effet, la Cour d'appel avait considéré que la rupture brutale des pourparlers ne se rattachait pas au contrat de distribution.

La Cour de cassation devait casser cet arrêt au motif de ce

qu'il violait le principe selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence. En effet, pour la Cour de tels motifs sont impropres à établir le caractère manifeste de la nullité ou de l'inapplicabilité de la clause d'arbitrage, seul de nature à faire obstacle à la compétence arbitrale pour statuer sur l'existence, la validité et l'étendue de la convention d'arbitrage. Par cet arrêt, la Cour reprend une solution qu'elle avait déjà eu l'occasion d'affirmer.

ii) En effet, par un arrêt du 8 novembre 2005, la Cour avait déjà eu l'occasion de casser un arrêt d'appel qui avait estimé que la clause compromissoire n'était pas applicable concernant une action en concurrence déloyale car elle ne relevait pas de la sphère contractuelle.

La Cour de cassation devait casser une telle motivation estimant, au contraire, qu'il appartient à l'arbitre de statuer par priorité sur sa propre compétence, sauf nullité ou inapplicabilité manifeste de la convention d'arbitrage et que en l'espèce n'avaient été constatées ni la nullité, ni l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire.

Par ces décisions, la Cour de cassation affirme qu'il appartient à l'arbitre de décider s'il est ou non compétent et ce même dans l'hypothèse d'actions en responsabilité délictuelle.

A côté de ces premiers arrêts, la Cour de cassation a également eu l'occasion de se prononcer en matière de renonciation aux irrégularités de procédure et d'estoppel.

II) Principe de la renonciation à invoquer des irrégularités de procédure et principe de l'estoppel

A coté du principe de la renonciation à invoquer des irrégularités de procédure que la Cour de cassation a eu l'occasion de confirmer ces derniers mois (B), la Haute Cour a eu également l'occasion, par un arrêt du 6 juillet 2005, d'affirmer en droit français, le principe de l'estoppel (A).

A) L'affirmation du principe de l'estoppel

i) Par un arrêt du 6 juillet 2005, la première chambre civile de la Cour de cassation a consacré le principe de l'estoppel en matière de procès arbitral (4). Dans cette espèce (Golshani c/ République Islamique d'Iran), une personne avait saisi en 1982 le tribunal des différends irano-américains pour obtenir la réparation d'un préjudice. S'étant fait débouter par une sentence arbitrale, rendue en 1993, qui fût exécutée en France par un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 28 juin 2001, il forma un pourvoi contre cet arrêt au motif que le tribunal arbitral aurait statué sans convention d'arbitrage.

La Cour de cassation devait rejeter un tel pourvoi dans les termes suivants : « le demandeur ayant lui même fondé la demande d'arbitrage devant le tribunal des différends irano-américains » et ayant « participé sans aucune réserve pendant plus de neuf ans à la procédure arbitrale », il est « irrecevable, en vertu du principe de l'estoppel, à soutenir, par un moyen contraire, que cette juridiction, aurait statué sans convention d'arbitrage ».

Ainsi, la Cour n'examine même pas le problème de l'existence de la Convention d'arbitrage, affectation la plus grave pouvant frapper une sentence et donne ainsi toute sa force au principe selon lequel l'on ne peut se contredire au détriment d'autrui.

Cet arrêt est à rapprocher d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 11 mai 2006 (5).

ii) Par un arrêt du 11 mai 2006 qui concernait un recours en annulation fondé sur la violation de l'ordre public international procédural et la violation de l'ordre public international matériel, la Cour d'appel de Paris a pu affirmer que « *la partie qui a pris la décision d'ouvrir une procédure d'annulation à l'encontre d'une sentence a ainsi déterminé l'autre partie à défendre ses droits. Elle ne peut ensuite, au mépris des exigences de bonne foi et de loyauté procédurale, se contredire au détriment de son adversaire en plaidant l'irrecevabilité de son propre recours, au motif que la sentence critiquée n'en serait finalement pas une* ».

La jurisprudence a ainsi consacré le principe de l'estoppel. Elle reste cependant également attaché au principe de la renonciation à invoquer des irrégularités de procédure.

B) La confirmation du principe de la renonciation à invoquer des irrégularités de procédure

i) Par un arrêt rendu le même jour que l'arrêt Golshani consacrant le principe de l'estoppel, la première chambre civile a également réaffirmé le principe de la renonciation à invoquer des irrégularités de procédure (6). Ainsi, dans cette espèce (El Amiouy), relative à un litige opposant deux entreprises au sujet d'un marché de travaux publics au Liban, les arbitres siégeant sous l'égide de la CCI avaient prononcé leur sentence alors que le délai de 6 mois de l'article 24 du Règlement de la CCI était expiré.

Arguant de tels motifs, le défendeur condamné introduisit contre la sentence un recours en annulation qui fût rejeté par la Cour d'appel de Paris le 3 mars 2003 et soutint en cassa-

tion que la Cour internationale d'arbitrage aurait dû notifier les prorogations de délai aux parties et non aux seuls arbitres.

La Cour de cassation devait rejeter de tels arguments en affirmant que le demandeur au pourvoi « *par son comportement actif, et notamment par le paiement des frais en cours de délibéré, avait manifesté sa volonté non équivoque de participer à l'arbitrage jusqu'au prononcé de la sentence et d'accepter les prorogations de délai, de sorte qu'elle avait renoncé à se prévaloir de toute irrégularité de ce chef* »

Désormais, le problème se pose donc de savoir comment vont s'articuler les principes de l'estoppel et de la renonciation à invoquer des irrégularités de procédure.

ii) Pour M. Pic (6), alors que l'estoppel implique un comportement ou une déclaration de l'une des parties suivis d'une prise en considération de ce comportement ou de cette déclaration par l'autre partie s'accompagnant d'un détriment pour cette partie, la renonciation aux irrégularités de procédure se contente d'un comportement passif. De même, pour cet auteur, alors que le principe de l'estoppel requiert l'interaction entre les parties en procès, la renonciation aux irrégularités de procédure est unilatérale.

iii) Cependant, comme le souligne cet auteur, ces deux principes sont l'un comme l'autre les deux faces du même principe de bonne foi procédurale, sanctionné par l'irrecevabilité de moyens contraires.

Ainsi, par ces deux arrêts du 6 juillet 2005, consacrant l'estoppel et confirmant la renonciation à invoquer des irrégularités de procédure, la Cour de cassation renforce l'exigence de loyauté animant la procédure arbitrale.

- (1) Avis de l'Avocat Général Saint Rose, Gaz. Pal., 16-17 août 2006, p.6
- (2) Gaz-Pal., précit. p.44
- (3) Gaz-Pal., précit. p. 41
- (4) Dalloz 2005, p.3059
- (5) Gaz-Pal 15-17 octobre 2006, p. 41
- (6) Revue de l'arbitrage 2006, p. 429

Comment écrire dans la Lettre ?

La Lettre des Juristes de Sciences Po paraît au début de chaque mois et est distribuée par mail auprès des étudiants et diplômés de Sciences Po. Elle se nourrit des contributions que ces lecteurs lui apportent afin de faire vivre l'esprit de la Rue Saint Guillaume. La vocation de la Lettre est de rassembler la Communauté des étudiants et des professionnels du droit.

Il vous suffit de renvoyer avant le premier lundi du mois le formulaire de rédaction contenant votre article. Le formulaire de rédaction est disponible sur le site de l'Association.

Vous pouvez également poser toutes vos questions ou nous faire part de vos commentaires en écrivant à **newsletter@ajsp.net**.

Retrouver tous ces éléments sur **www.ajsp.net** (rubrique Actualités) : *Charte de la Lettre, Formulaire de rédaction, informations diverses, etc.*

La (re)négociation des contrats de communications électroniques (1)



A-K. MARTINEAU
Avocat à la cour
S.C.P. COURTOIS LABEL



A. TESSALONIKOS
Avocat à la cour
S.C.P. COURTOIS LABEL

L'offre en matière de communications électroniques(2) s'est considérablement accrue ces cinq dernières années, les opérateurs(3) proposent des offres TriplePlay(4) et QuadruPlay (5).

Un marché en apparence concurrentiel laisse supposer que les consommateurs, particuliers ou professionnels, peuvent changer facilement d'opérateur et/ou de fournisseur. Or, malgré quelques améliorations, les obstacles à ce changement restent nombreux et variés. Alors, comment envisager concrètement la (re)négociation d'un contrat de communications électroniques afin de conclure un contrat plus avantageux? Est-elle possible de négocier ou même de re-négocier son ou ses contrat(s) de communications électroniques ?

La négociation de ces contrats semble a priori impossible dans la mesure où ils sont pré-rédigés, les consommateurs choisissent donc d'y adhérer ou pas. A fortiori, en l'absence de négociation ab initio il peut paraître curieux d'évoquer leur re-négociation. En pratique, il conviendrait d'envisager une re-négociation lorsqu'il y a eu une négociation préalable. Lorsque celle-ci n'a pas eu lieu, le contrat ne sera pas re-négocié mais pourrait être modifié ou à défaut résilié.

Concrètement, la modification du contrat de communications électroniques est plus facilement envisageable lorsque le client dispose d'un poids économique important constituant un levier. Ce dernier pourra être utilisé dans la re-négociation des contrats de communications électroniques. Nous verrons qu'il existe d'autres leviers qui peuvent être utilisés par les consommateurs.

L'Atelier consacré à ce thème organisé dans le cadre du salon de l'Avocat les 7 et 8 décembre 2006 nous donnera notamment une occasion d'analyser les clauses des contrats de communications électroniques afin de les négocier en connaissance de cause et de les re-négocier si nécessaire.

L'objet de cet article consiste, tout d'abord, à exposer les conditions de la (re)négociation des contrats de communications électroniques (Titre I), puis, à donner des éléments permettant de la mettre en œuvre (Titre II).

Titre I- Les conditions de la (re)négociation des contrats de communications électroniques

Tout d'abord, il conviendra d'anticiper les obstacles au changement d'opérateur avant d'envisager de « sortir » d'un contrat de communications électroniques (A). Ensuite, il conviendra d'analyser si les clauses abusives présentes dans

les contrats de communications électroniques peuvent constituer un levier afin de contraindre les opérateurs à modifier leurs contrats (B).

A- Les obstacles au changement d'opérateur et/ou de fournisseur

Comme l'a souligné la sous-direction de la réglementation des communications électroniques et de la prospective au sujet de la consultation publique, qui a eu lieu du 16 au 25 mars 2005, intitulée « *Changer plus facilement d'opérateur de télécommunications* »(6), il existe trois obstacles majeurs à ce changement : des obstacles informationnels et techniques et des obstacles contractuels. Les obstacles techniques seront exposés(1) avant les obstacles informationnels et contractuels qui constituent en fait des obstacles d'ordre juridique(2).

1- Les obstacles techniques

Les obstacles techniques peuvent se matérialiser, d'une part, par un risque de discontinuité du service(7) et d'autre part, par la difficulté de conserver son numéro de téléphone. En pratique, il était difficile voire impossible de conserver son numéro de téléphone lors d'un changement d'opérateur. Il convient de rappeler que cet obstacle n'en sera plus un avec la portabilité du numéro, qui permet à tout abonné de services téléphoniques, y compris les services mobiles de changer d'opérateur de téléphonie tout en conservant son numéro.

La conservation du numéro de téléphone deviendra relativement facile et surtout plus rapide (10 jours au maximum pour changer d'opérateur tout en conservant son numéro de téléphone) dès l'entrée en vigueur du décret du 27 janvier 2006 (8).

En pratique, la demande de conservation du numéro devra être adressée par l'abonné à l'opérateur receveur c'est-à-dire l'opérateur auprès duquel l'abonné souscrit le nouveau contrat et vers lequel le numéro est porté. Ce dernier obstacle ne semble donc plus insurmontable pour envisager la (re) négociation des contrats de communications électroniques. Toutefois, des obstacles juridiques demeurent.

2- Les obstacles juridiques

2.1. Les obstacles informationnels

Les obstacles informationnels sont liés au manque de transparence notamment sur les conditions tarifaires pratiquées

par les opérateurs, plus précisément la contrepartie financière d'une résiliation anticipée lorsque les consommateurs décident de changer d'opérateur.

Si le défaut d'information concerne une modification contractuelle unilatérale décidée par l'opérateur sans information de son client, alors le contrat peut être résilié et ainsi l'obstacle informationnel est sanctionné. En effet, l'alinéa 3 de l'article L.121-84 du Code de la consommation(9) dispose que « toute offre de fourniture d'un service de communications électroniques s'accompagne d'une information explicite sur les dispositions relatives aux modifications ultérieures des conditions contractuelles ». A défaut de notification préalable, le contrat pourra être résilié à la demande du consommateur sans aucun motif supplémentaire.

2.2. Le déséquilibre entre les cocontractants

Il a été constaté que les contrats d'adhésion en matière de communications électroniques contiennent généralement des clauses qui provoquent un déséquilibre en défaveur des consommateurs et constituent en tant que telles des clauses abusives(10).

Ainsi, une clause de durée minimale(11) d'engagement dans les contrats de téléphonie a été qualifiée d'abusives(12) par la Commission des clauses abusives(13), qui a recommandé son remplacement ou sa suppression. Cependant, elle demeure dans de nombreux contrats de téléphonie mobile notamment. Les clauses de durée constituent bien évidemment un obstacle majeur à la (re)négociation des contrats de communications électroniques puisque les clients sont liés à un opérateur pour toute la durée prévue et risquent des pénalités ou d'avoir à payer la totalité de l'abonnement pour la durée prévue initialement.

B- L'insertion des clauses abusives dans les contrats de communications électroniques, des leviers pour la (re) négociation ?

Ces obstacles écartés, nous nous interrogerons sur la présence des clauses abusives dans les contrats de communications électroniques. Constituent-elles un élément favorable à la (re)négociation ou au contraire un frein ? Cette interrogation est d'autant plus d'actualité qu'une vague de condamnations a déferlé sur les opérateurs en 2005 et 2006 à la suite de plaintes déposées par l'UFC Que Choisir(14). La présence de telles clauses permettra-t-elle d'envisager la modification ou la (re)négociation des contrats de communications voire d'y contraindre les opérateurs ?

1. Une porte ouverte à la (re)négociation

1.1. Les recommandations de la Commission des clauses abusives

Les recommandations de la Commission des clauses abusives ne sont pas normatives. C'est pourquoi bien que qualifiées d'abusives certaines clauses demeurent, comme nous l'avons souligné, dans les contrats de communications électroniques.

Toutefois, lorsque les Tribunaux français qualifient d'abusives une clause, elle est déclarée nulle et donc réputée non écrite. Le contrat restant valable, la seule présence d'une clause abusive ne suffira donc pas pour permettre de changer d'opérateur mais pourra l'inciter à (re)négocier de lui-même son contrat ou à demeurer attentif à une proposition de la part du consommateur, particulier ou professionnel.

Les opérateurs y seront dorénavant certainement sensibles dans la mesure où de nombreuses condamnations ont été prononcées par les Tribunaux français(15) à l'encontre de ceux qui ont inséré des clauses abusives dans les contrats de communications électroniques.

1.2. L'effet dissuasif des plaintes

Un effet dissuasif des plaintes peut être espéré au regard de la décision de France Télécom de modifier ses contrats d'abonnement mettant ainsi fin aux poursuites engagées devant le Conseil de la Concurrence(16). La plainte déposée par l'UFC Que Choisir et l'AFORST(17), le 18 juillet 2005, devant le Conseil de la Concurrence a poussé France Télécom à assouplir ses conditions d'abonnement en modifiant la clause de durée d'engagement. France Télécom a modifié ses conditions générales de vente en réduisant la période d'engagement à 6 mois, au lieu de 12 mois, et en permettant de résilier un contrat avant son terme, sans justification, pour souscrire au dégroupage chez un concurrent à compter du 1^{er} octobre 2005.

Notons que la notion de class action n'a pas été transposée en droit français(18) et qu'à ce jour il n'est possible pour les consommateurs d'engager une action contre les opérateurs que via les associations notamment de consommateurs ou individuellement. Toutefois, si une telle action venait à être consacrée on peut imaginer qu'elle créerait un réel pouvoir en faveur des consommateurs, particuliers ou professionnels, qui ouvrirait la voie de la (re)négociation.

2. Une (re)négociation difficile

La(re)négociation pourra s'avérer difficile. La difficulté est double. Elle peut résulter de la nature de la relation contractuelle entre le consommateur et l'opérateur.

2.1. L'hypothèse de l'existence d'une chaîne contractuelle

S'il existe une chaîne contractuelle c'est-à-dire si un contrat a été conclu entre un consommateur et un opérateur qui lui-même a conclu un contrat avec autre opérateur (par exemple, la convention d'accès à la boucle locale permettant la mise en œuvre du dégroupage conclue entre France Telecom et un opérateur), il sera plus difficile de (re)négocier les clauses qui semblent désavantageuses dans le contrat de communications électroniques en question.

Dès lors et malgré la complexité de la relation contractuelle comment envisager une re-négociation équilibrée ?

2.2. La modification contractuelle unilatérale

La capacité de re-négocier semble d'autant plus difficile à obtenir que le législateur a consacré la possibilité pour les opérateurs et fournisseurs de modifier unilatéralement les contrats de communications électroniques.

En effet, bien que la Commission des clauses abusives ait qualifié d'abusives(19) la clause prévoyant la modification unilatérale, qu'il s'agisse de la modification du service promis ou du tarif, elle a été transposée dans la Loi dite LCE du 9 juillet 2004(20) relative aux Communications Electroniques et aux services audiovisuels. Toutefois, le législateur a prévu un garde-fou qui est celui de la notification. Comme nous l'avons exposé précédemment, faute de notification, le consommateur pourra obtenir la résiliation du contrat. Il n'en demeure pas moins que la relation contractuelle nous semble tout de même plus favorable aux opérateurs. Ces derniers pourront notifier des modifications contractuelles mais les consommateurs n'y prêteront pas nécessairement toute l'attention qu'elles méritent, ou les nouvelles clauses pourront créer une ambiguïté.

Si certains obstacles subsistent et que le levier des clauses abusives s'avère parfois difficile à manier, la mise en œuvre de la (re)négociation demeure possible via d'autres moyens (Titre II).

Titre II- La mise en oeuvre de la (re)négociation des contrats de communications électroniques

Cette mise en œuvre dépendra du contenu de la clause de résiliation insérée dans votre contrat de communications électroniques. Si la clause peut-être invoquée, alors le client ne sera plus lié à son opérateur, le cas échéant, une modification de son contrat pourra être envisagée comme une alternative à la résiliation (A).

Dans l'hypothèse où la (re)négociation contractuelle échouerait avec l'opérateur initial, la conclusion d'un nouveau contrat avec un autre opérateur pourra être envisagée (B).

A- Comment « sortir » d'un contrat de communications électroniques ?

1- La résiliation de votre contrat de communications électroniques

Vous pouvez décider de résilier votre contrat conformément à ses stipulations relatives notamment à la résiliation ou à la durée pour choisir un autre opérateur.

Avant d'invoquer la résiliation, pour mettre fin à votre contrat, il convient d'examiner les conditions générales et les conditions particulières, plus particulièrement les durées d'engagement et de préavis, de votre contrat de communications électroniques(21).

Si aucune période d'engagement n'est prévue, il est possible de résilier, par lettre recommandée avec accusé de réception,

à condition de respecter le préavis qui est d'une durée variable selon les opérateurs.

Si une période d'engagement est prévue, soit la clause peut présenter un caractère abusif, et donc le client pourra ne pas être tenu, soit elle ne l'est pas, et le contrat devra atteindre son terme.

1.1. Les motifs de la résiliation anticipée

Au cas où la période d'engagement est en cours, il est possible de résilier de manière anticipée sans frais, à condition d'invoquer un motif légitime, tel qu'un licenciement, une situation de surendettement, un déménagement à l'étranger. Il vous sera alors demandé des pièces justificatives.

Si aucun de ces motifs ne peut être invoqué, la résiliation anticipée entraîne le paiement d'une indemnité(22) et parfois s'ajoutent d'autres frais qui dépendent des opérateurs et des offres.

1.2. La résiliation pour inexécution contractuelle

Dans l'hypothèse où une inexécution contractuelle de votre opérateur serait constatée, il vous sera possible de résilier votre contrat. Le Conseil National de la Consommation a proposé(23) que ce cas de résiliation soit rapide et sans frais pour le consommateur(24) dès lors que l'inexécution est constatée.

Si la clause de résiliation ne peut pas être appliquée, il est possible de mettre à profit le terme restant pour envisager une (re)négociation sereinement.

2- La modification des contrats de communications électroniques

La difficulté consistera à faire accepter la modification du contrat initial à l'opérateur. Il sera plus facile pour un consommateur qui agit pour ses besoins professionnels que pour un consommateur qui contracte pour ses besoins personnels d'obtenir une (re)négociation des conditions initiales pour des raisons économiques. En effet, dans la première hypothèse, la demande à satisfaire est plus importante et correspond généralement à une capacité financière qui va de paire.

Comment déceler une situation dans laquelle il est possible de (re)négocier le contrat de communications électroniques ? Est-ce qu'une telle (re)négociation n'est envisageable que pour les personnes agissant pour leurs besoins professionnels et plus précisément pour celles ayant un pouvoir économique important ?

2.1. La modification du contrat ouverte à tous les consommateurs(25)

Selon nous, la (re)négociation des contrats de communications électroniques reste ouverte comme pour n'importe quel autre contrat. Ainsi, en qualité de consommateur, il est possible de se prévaloir du levier des clauses abusives évoqué et

permettre l'ouverture de la (re)négociation et non plus seulement obtenir qu'elles soient déclarées non écrites. La question se pose alors de savoir si la personne qui souhaite se prévaloir de la clause abusive sera qualifiée de consommateur au regard de la jurisprudence. Comme nous l'avons brièvement rappelé la jurisprudence française et le droit communautaire divergent quant à la définition du consommateur.

A titre d'exemple, on peut se demander si un cabinet d'avocats sera qualifié de consommateur. Nous serions tenté d'en douter, au regard de la jurisprudence française, dans la mesure où, en tant que professionnel du droit, il agit dans sa sphère de compétence en concluant un contrat qu'il soit de communications électroniques ou ait un autre objet. A fortiori, si le cabinet est compétent dans les communications électroniques, la réponse sera vraisemblablement négative. Il appartiendra aux juges du fond de trancher la question. Le droit communautaire étant applicable devant les juridictions françaises, si les juges sont conduits à faire application de l'article 2b de la Directive 93/13 CEE du Conseil du 5 avril 1993 selon lequel « toute personne physique qui, (...) dans les contrats relevant de la présente Directive, agit à des fins n'entrant pas le cadre d'une activité professionnelle »(26), la réponse pourrait être contraire. Les cabinets d'avocats, qui ont la personnalité morale, ne pourront pas se servir du levier des clauses abusives pour (re)négocier les contrats de communications électroniques.

Cependant, la (re)négociation sera possible pour les consommateurs, personnes morales ou personnes physiques, et pour les professionnels par le biais de propositions qu'ils feront à leur opérateur. En effet, rien n'empêche, un consommateur, un professionnel ou un non professionnel, d'anticiper le terme de son contrat pour proposer de (re)négocier la ou les clause(s) qui lui semblent défavorable(s).

2.2. La rédaction d'un avenant contractuel

En cas d'acceptation, les termes du nouvel accord seront alors entérinés dans un avenant rédigé par l'une des parties, voire les deux en concertation, et signé par celles-ci avant d'être annexé le cas échéant au contrat initial.

Si la (re)négociation est impossible, la conclusion d'un nouveau contrat avec un autre opérateur sera envisagée.

B- De l'échec de la (re)négociation à la conclusion d'un nouveau contrat avec un autre fournisseur

Avant d'envisager de conclure un nouveau contrat de communications électroniques, il conviendra de l'analyser attentivement afin d'éviter certains écueils (1) et de rechercher le contrat le plus équilibré dans une relation B to B (Business to Business) ou B to C (Business to Consumer) (2).

1. L'analyse attentive du nouveau contrat d'adhésion préconisée

1.1. L'analyse des annexes techniques

Avant la signature du nouveau contrat, il conviendra de redoubler de vigilance en relisant avec attention le nouveau

contrat et surtout ses annexes techniques notamment celles relatives aux « Garanties de Temps de Rétablissement » (GTR) à la disponibilité des services (Garantie de Taux de Disponibilité, GTD) et la métrique employée afin de la mesurer. Cette analyse permet par exemple de déterminer si l'opérateur est débiteur d'obligations de moyens ou de résultat. Le but sera de veiller à bénéficier de conditions techniques, financières et juridiques plus avantageuses que le contrat initialement conclu.

1.2. La détection des clauses abusives

Il conviendra également d'apporter une attention particulière afin de détecter les éventuelles clauses abusives des nouveaux contrats d'adhésion envisageables et de choisir ainsi une stratégie au regard de la présence éventuelle de telles clauses. Par exemple, les clauses abusives étant réputées non écrites, il est préférable de ne pas perdre de temps à les négocier mais de tenter d'obtenir des avantages par ailleurs.

2- Un nouvel engagement contractuel équilibré

Le consommateur, professionnel ou particulier, ne pourra pas toujours lire entre les lignes du contrat qu'il va conclure par faute de temps ou d'informations.

Il lui sera, en outre, difficile d'anticiper les modifications unilatérales ultérieures du nouveau contrat qui lui seront proposées sinon imposées par l'opérateur.

A défaut de notification préalable, le consommateur pourra également résilier le contrat sans aucune justification.

Nous préconisons de privilégier un engagement pour une courte durée et de profiter du phénomène. Une (re) négociation ultérieure sera à nouveau envisageable, l'histoire se répète ... parfois.

La convergence technologique à laquelle nous assistons (fixe et mobile, transport de la voix et de la data) peut nous orienter vers la recherche d'une solution globale dans le domaine des communications électroniques.

Me Martineau et Me Tessonnikos interviendront sur ce thème au Salon de l'Avocat qui se tiendra les 7 et 8 décembre prochain.

(1) Les contrats de communications électroniques regroupent les contrats de téléphonie fixe et mobile et les contrats de fourniture d'accès à Internet.

(2) « On entend par communications électroniques les émissions, transmissions ou réceptions de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons, par voie électromagnétique » (Article L.32 1° du Code des Postes et des communications électroniques).

(3) « On entend par opérateur toute personne physique ou morale exploitant un réseau de communications électroniques ouvert au public ou fournissant au public un service de

communications électroniques » (Article L.32 15° du Code des Postes et des communications électroniques).

(4) Internet, télévision, téléphonie fixe.

(5) Internet, télévision, téléphonie fixe et téléphonie mobile.

(6) Disponible sur le site http://www.industrie.gouv/une_2005_02.htm

(7) Lors du changement d'opérateur ou de la mise en place du dégroupage total par le , la ligne téléphonique pourra être coupée pendant un certain temps.

(8) Le décret du 27/01/06 pris pour l'application de l'article 59 de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 transposant la Directive 2002/22/CE du 7 mars 2002 est disponible sur le site de l'ARCEP (Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes) <http://www.arcep.fr> , entrera en vigueur le 21 janvier 2007 pour les numéros non géographiques mobiles utilisés en métropole et le 1^{er} avril 2007 pour les numéros géographiques et non géographiques fixes.

(9) Aux termes de l'article L.121-84 du Code de la consommation « *tout projet de modification des conditions contractuelles de fourniture d'un service de communications électroniques est communiqué par le prestataire au consommateur au moins un mois avant son entrée en vigueur, assorti de l'information selon laquelle ce dernier peut, tant qu'il n'a pas expressément accepté les nouvelles conditions, résilier le contrat sans pénalité de résiliation et sans droit à dédommagement, jusque dans un délai de quatre mois après l'entrée en vigueur de la modification* ».

(10) Aux termes de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 132-1 du Code de la Consommation « dans les contrats conclus entre professionnels et **non-professionnels** ou **consommateurs**, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat ». Selon la directive 93/13 CEE du 5 avril 1993 (disponible sur le site <http://www.lexinter.net>), est abusive la clause qui « *en dépit de l'exigence de bonne foi crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat* ». Cette définition a été reprise par la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 (disponible sur le site <http://www.legifrance.gouv.fr>).

(11) Celle qui impose en cas de changement de formules d'abonnement de prolonger son contrat d'une durée minimum fixée.

(12) Dès 1999, dans la recommandation n° 99-02 relative aux contrats de radiotéléphones portables, BOCCRF 27/07/99.

(13) La Commission des clauses abusives a pour objet de rechercher si les contrats, proposés par les professionnels à leurs contractants non professionnels ou consommateurs, contiennent des clauses qui pourraient présenter un caractère abusif conformément aux articles L.132-1 et L. 132-2 du Code de la consommation.

(14) TGI de Versailles, 21/11/03, UFC QUE CHOISIR c/

ORANGE ; TGI de Nanterre, 02/06/04, UFC QUE CHOISIR c/ AOL : JCP G 2005, II, 10022, notes Fages ; TGI de Paris, 05/04/05, UFC QUE CHOISIR c/ SA LIBERTY SURF GROUP sous l'enseigne TISCALI et SA TISCALI ACCES : Juris-Data n°2005-266903, comm. com. électr. 2005, comm. 104; TGI de NANTERRE, 1^{ère} ch., 09/02/06, UFC QUE CHOISIR c/ SA FRANCE TELECOM, Juris-Data n° 2006-304649.

(15) Cf supra note 4.

(16) « *France Télécom assouplit ses conditions d'abonnement* », article du 6 septembre 2006 dans Les Echos n° 19492, p.29 et sur le site des Echos, <http://archives.lesechos.fr/archives/>

(17) Association Française des Opérateurs de Réseaux et Services Télécoms.

(18) « *Pour l'introduction de la class action en droit français* », article du 18 août 2006 dans les Petites affiches n° 165, p.4.

(19) Par la Commission des clauses abusives dans la recommandation relative aux contrats de fourniture d'accès à l'Internet du 26 septembre 2002, BOCCRF 30/01/03.

(20) Loi n°2004-669 du 9 juillet 2004 disponible sur le site <http://www.legifrance.gouv.fr/>

(21) Guide Pratique des Communications Electroniques du Conseil National de la Consommation de juillet 2006 disponible sur le site <http://www.minefi.gouv.fr>.

(22) Il peut s'agir des mensualités restant dues jusqu'à la fin de la période minimale d'engagement.

(23) Avis du 26 juin 2006 disponible sur le site <http://industrie.gouv.fr>.

(24) « *Concrètement, à compter du signalement par le consommateur d'une interruption de service, court une période de quatre semaines à l'issue de laquelle la résiliation de plein droit et sans frais sera possible* ».

(25) Le consommateur peut être défini comme le particulier qui conclut, pour satisfaction de ses besoins autres que professionnels, un contrat, ou pour ses besoins professionnels mais qui échappe à sa sphère de compétence habituelle. Le droit européen de la consommation, et plus particulièrement la Directive 93/13 CEE du Conseil du 5 avril 1993, exclut les personnes morales de son champ d'application. Mais, en droit français, la protection du consommateur s'étend à des personnes morales, lorsqu'elles agissent sans rapport direct avec leur activité professionnelle. Ainsi, la Cour de cassation, dans un arrêt du 15/03/05, a reconnu la notion de « non professionnel » qui est une notion « *qui n'exclut pas les personnes morales de la protection contre les clauses abusives* ». Ainsi, les personnes morales pourront bénéficier de la protection en matière de clauses abusives. Les juges du fond seront souverains pour apprécier la qualité de non professionnel.

(26) Disponible sur le site <http://www.europa.fr>

OFFRES D'EMPLOIS ET DE STAGES**Paul Hastings**

Le cabinet Paul Hastings propose des stages au sein de son département "Corporate" affectés à l'équipe dédiée au droit bancaire et financier. Les stagiaires seront notamment amenés à participer aux consultations en droit bancaire et aux opérations de financements, de financements structurés (titrisation, restructuration de dettes, etc.) auprès de sociétés d'envergure nationale et internationales.

Profil recherché:

- double formation (Droit/Sciences Po majeure Finance et Stratégie)
- anglais courant

N'hésitez pas à nous faire part de votre candidature en envoyant votre CV et votre lettre de motivation :

- par e-mail à: adelineroboam@paulhastings.com, ou
- par courrier à l'attention de Adeline Roboam, Paul Hastings, 30 Avenue de Messine, 75008 Paris.

JURISTE DROIT DES ASSURANCES DE L'ENTREPRISE

Description : La société Intersearch recherche un juriste spécialisé en droit des assurances (CDI, Ile de France)

L'entreprise: Groupe industriel international présent dans plus de 20 pays dans le monde. Il recherche, pour sa Direction Juridique, un(e) Juriste spécialiste du Droit des Assurances.

Mission: Sous l'autorité du Responsable du département Assurances & Immobilier, vous prenez en charge la rédaction ou révision des clauses de contractualisation de la relation assurance. Vous gérez les dossiers de contentieux en matière de responsabilité civile de l'entreprise et de responsabilité civile produits, notamment après livraison. Vous participez activement à la contractualisation des relations avec les clients en lien avec les engagements du groupe en matière de responsabilité. Vous négociez les contrats avec les assureurs et les courtiers d'assurance. Enfin, vous suivez juridiquement les dossiers immobiliers du groupe. Profil: H/F, formation juridique Bac+5 diplômé en droit des affaires ou des assurances, vous avez 2 à 5 ans d'expérience impérativement en droit des assurances de l'entreprise dans un contexte international. Vous disposez d'une expertise confirmée en droit des obligations et droit de la responsabilité civile, tant en défense qu'en prévention. Anglais courant à l'écrit et à l'oral indispensable. Poste CDI situé en région parisienne. Rémunération selon expérience. Merci de bien nous préciser votre dernière rémunération brute ainsi que vos prétentions. Merci de contacter sous référence F/JAI/ajs notre Conseil InterSearch, jobs@intersearchfrance.com (59 Bd Exelmans 75016 Paris).

Pour répondre à cette offre veuillez contacter : Xavier BORLOZ (Conseil en Recrutement), Société Intersearch—59, boulevard Exelmans - 75016 Paris

jobs@intersearchfrance.com

Faire paraître une insertion publicitaire ou une annonce dans la Lettre

Si votre cabinet ou votre entreprise souhaite faire figurer une insertion publicitaire ou une annonce au sein de la Lettre, n'hésitez pas à prendre contact avec les responsables de l'Association en écrivant à ajsp@ajsp.net.

La publication des annonces est gratuite. La publication d'insertion publicitaire est réalisée dans le cadre des partenariats noués entre des entreprises ou des cabinets et l'Association des juristes de Sciences Po.

Juriste Droit de la Concurrence - Droit Européen - Stage

La société LVMH Parfums et Cosmétiques vous propose un stage en tant que Juriste Concurrence - Droit Européen. Le stage se déroulera à Levallois Perret (Ile-de-france). La rémunération proposée est de 800 à 1500 €.

Au sein de la Direction Juridique des sociétés de Parfums et Cosmétiques du Groupe LVMH, vous interviendrez - dans le cadre d'un stage d'une durée d'environ 6 mois (à pourvoir rapidement) - dans les domaines suivants : - droit de la concurrence et de la distribution dans un contexte national et européen - contrats fournisseurs / de recherche et développement - prise en charge de dossiers ponctuels tels que études diverses, réponse aux attentes des filiales et traitement de dossiers contentieux afférents à ces questions. Compétences : 3ème cycle en droit des affaires et double formation souhaitée en pays anglo-saxon Premières expériences en cabinet ou en entreprise (impérativement en distribution, concurrence et droit communautaire) Anglais courant impératif – la maîtrise de l'Allemand serait un plus Maîtrise de l'outil informatique Profil réactif, opérationnel (incluant une bonne compréhension des problématiques commerciales), avec un bon esprit de synthèse et un bon relationnel Convention de stage impérative

Pour répondre à cette offre veuillez contacter :

Société LVMH Parfums et Cosmétiques
Assiba KARRI (Assistante juridique)
125 rue du Président Wilson
92300 Levallois Perret
+331 41 27 74 10
contact@legal.lvmh-pc.com

JURISTE DROIT DES SOCIÉTÉS INTERNATIONALES

La société Intersearch recherche deux juristes spécialisés en droit des sociétés et droit international (CDI / Ile-de-france).

L'entreprise: Groupe industriel international coté en Bourse, présent dans plus de 20 pays dans le monde. Il recherche, pour sa Direction Juridique basée au siège en région parisienne, un(e) Juriste Droit des Sociétés h/f. Missions: Sous l'autorité du Responsable du Département Droit des Sociétés, vous prenez en charge en toute autonomie le secrétariat juridique d'un portefeuille de sociétés françaises et étrangères. Vous montez des opérations juridiques complexes en droit des sociétés. Profil: H/F, formation juridique Bac+5 en droit des affaires (Master, DESS, DEA, DJCE, LLM), vous avez 3 à 5 ans d'expérience internationale de juriste impérativement en droit des sociétés, acquise dans une entreprise ou un cabinet international. Anglais parfaitement courant oral et écrit indispensable. Précision, rigueur, investissement, esprit d'équipe et capacités relationnelles. Poste CDI basé en région parisienne. Rémunération selon expérience. Merci de bien nous préciser votre dernière rémunération brute ainsi que vos prétentions. Merci de contacter sous référence JUR/DSC/ajs notre Conseil InterSearch, jobs@intersearchfrance.com (59 Bd Exelmans 75016 Paris).

Pour répondre à cette offre veuillez contacter :

Société Intersearch
Xavier BORLOZ (Conseil en Recrutement)
59, boulevard Exelmans
75016 Paris

jobs@intersearchfrance.com