

EXPERTISES

des systèmes d'information

Pas de cadeau pour les cybermarchands du livre

Offrir un livre, voilà une idée simple et pertinente : parmi les centaines de milliers de nouveaux titres paraissant chaque année en Europe, il est toujours possible de trouver l'ouvrage qui comble le lecteur le plus exigeant. Quant au maillage des librairies, il est suffisamment dense et généralisé pour que l'acte d'achat puisse être à la fois réfléchi et rapide. Sans compter que les grandes surfaces disposent souvent d'une réelle qualité d'assortiment. Et sans oublier non plus internet, grâce auquel il est aisé de bénéficier d'une réelle diversité éditoriale. Trois démarches de consommation très différentes, qui, ensemble, répondent à toutes les situations individuelles. Mais qu'il soit pressé ou flaneur, le client bénéficiera d'un même traitement : la rigueur ; aucun fournisseur, jamais, ne lui proposera cadeau ou ristourne du fait des dispositions sur le prix unique du livre. Instaurée en 1981, appliquée à partir de 1982, la loi Lang ne compte plus guère de détracteurs et la jurisprudence ne fait guère état d'infractions dans ce domaine.

Si l'attaque frontale des débuts de la mise en œuvre législative (telle que l'affichage agressif des prix comparatifs) n'est plus pensable, surgissent parfois çà et là diverses tentatives de contournement discret. Ainsi en est-il de l'affaire qui a opposé en 2003 le Syndicat de la librairie française (SLF) au site Alapage et qui s'est traduite en janvier 2005 par un jugement du tribunal de Créteil. Le SLF reprochait à la filiale de Wanadoo deux opérations promotionnelles consistant dans l'offre, pour l'une, de la gratuité des frais de port, pour l'autre d'un bon d'achat de 15 € pour toute acquisition d'un montant au moins égal à cette somme. Les demandes du syndicat étaient fondées sur la loi Lang, en ses articles 1, 5, et 6 et sur les interdictions des ventes à prime ou à perte, découlant des articles 121-35 du code de la consommation et 442-2 du code de commerce. La demanderesse a fait valoir que la gratuité des frais de port était assimilable à une opération de promotion. Le tribunal lui a donné raison, rappelant que "la vente avec prime se caractérise par une incitation à l'achat en attirant le client par la perspective d'obtenir avec un produit acquis à titre onéreux un autre service donné gratuitement". Le second argument du SLF portait sur la notion de vente à perte, illustrée par cet exemple : Alapage a livré gratuitement des livres de 1 ou 1,44 € et a réglé des frais de port de 2,21 €. Le tribunal en conclut que "cette transaction est nécessairement négative dans les compte d'exploitation. Et constitue une pratique de prix déloyale par rapport aux autres détaillants". Quant à l'opération "chèque cadeau", elle ne fait guère difficulté dès que l'on prend en compte l'exemple suivant : l'acquéreur d'un livre coûtant 20,81 € n'a payé que 5,81 €, ce qui constitue une remise pulvérisant les limites des 5 % autorisés.

alapage.com

Ont changé pour une banque compatible avec leurs agendas

S'ÉQUIPER SE PASSIONNER SE DIVERTIR

INFORMATIQUE LOGICIELS IMAGE & SON MUSIQUE JEUX DVD & CD JEUX DE BUREAU ACTIVITÉS SÉRIÉS & SPECTACLES

Bonjour, pour vous faire découvrir notre site, nous vous offrons 5€ sur votre 1^{ère} commande. Pour les recevoir, inscrivez-vous.

1700 albums en baisse de prix

LIVRAISON GRATUITE

PC <http://alapage.com> - alapage.com - Microsoft Internet Explorer

Bienvenue sur alapage.com.

Nous sommes heureux de vous offrir un bon d'achat de 5 euros* à valoir sur...

Saisissez vos coordonnées ci-dessous pour recevoir votre bon d'achat.

Nom

Prénom

Adresse de livraison

5€ offerts sur votre 1^{er} achat

S'ÉQUIPER

Informatique

- > Ordinateurs & écrans
- > GPS
- > Périphériques

Portable PACK EasyNote MX67 PACKARD-BELL

999.00€

> acheter au spot

Bilan judiciaire : 30 000 € de réparation du préjudice subi par le SFL, à moins que l'appel prévu en mai 2007 ne remette en cause ce résultat. Un sujet de méditation, notamment pour Amazon, contre qui est menée une action similaire. Dans ces deux affaires, la dimension "transfrontière" ou "apatride" du réseau n'a joué aucune rôle. En revanche, c'est peut-être un autre de ses aspects qui s'y inscrit en filigrane. Internet est une remarquable composante de la mondialisation, dont une particularité parmi d'autres est de traiter spontanément les biens culturels exactement comme les autres produits. A cet effet pervers que l'on finit par trouver "naturel", la loi Lang a répondu par anticipation, si l'on peut dire, en érigeant des dispositifs à caractère "nationaliste" et antilibéral. Lors de l'instauration législative en 1981, la question du prix unique du livre qui constituait la 100^{ème} proposition du candidat Mitterrand, avait fait hurler au paradoxe : n'était-il pas contradictoire, pour un parti soucieux de la démocratisation de la culture, de mettre en place une mesure qui semblait rendre le livre plus cher ? Au terme d'une bataille sociale et juridique, la cour de Luxembourg a déclaré, le 10 juin 1985, que la loi Lang ne contrevenait pas au principe de libre circulation et de libre concurrence posée par le traité de Rome. Fut par ailleurs instaurée une exception sur le sujet des réimportations : l'importateur garde la possibilité de décider des marges à l'achat et à la vente des livres édités dans un autre pays de l'Union européenne. Cet aménagement a fait consensus - et à ce jour, internet ne remet pas en cause les équilibres du réseau de diffusion des livres.

INTERVIEW

Yann Padova
Nouveau secrétaire
général de la Cnil

DOCTRINE

**Contrats
de maintenance : aléas
et risques d'annulation**

JURISPRUDENCE

**"Taxe Sacem"
et vente de supports
sur sites étrangers**

Les contrats de maintenance : aléa et risques d'annulation

La validité d'un contrat de maintenance, est conditionnée par l'information complète que se donnent mutuellement les parties sur l'aléa propre à chacune d'elles. Les prestataires qui organisent l'évacuation de l'aléa prennent le risque d'une annulation du contrat, pour autant que la preuve de l'absence d'évènement incertain puisse être constatée par un tribunal.



Charles CASAL

La multiplication des installations techniques a pour corollaire la recherche de la permanence de leur fonctionnement et leur adaptation aux évolutions technologiques. C'est l'objet de la maintenance qui peut être définie comme l'"ensemble des actions permettant de maintenir et de rétablir un bien dans un état spécifié ou en mesure d'assurer un service déterminé" (1).

Pour s'adapter à la réalité technique, la pratique juridique a développé une catégorie de contrats innomés dits contrats de maintenance. Il s'agit de contrats de prestations de services par lesquels un client confie à un prestataire l'entretien et la réparation d'une installation technique. Ceux-ci sont généralement considérés comme entrant dans le "moule" des contrats d'entreprise (2).

D'une façon générale, on retrouve dans les contrats de maintenance des caractéristiques permettant de distinguer entre la maintenance préventive par laquelle le prestataire intervient chez le client pour vérifier l'état de l'installation, la maintenance corrective par laquelle le prestataire traite les pannes et/ou les dysfonctionnements et la maintenance évolutive consistant en la mise à niveau de l'installation au regard des évolutions réglementaires et techniques (3).

Les contrats de maintenance sont généralement convenus pour une durée déterminée reconductible moyennant un prix forfaitaire.

Dans la mesure où le nombre d'interventions du prestataire ne peut, en principe, pas être déterminé à l'avance, ce n'est qu'à l'expiration du contrat de maintenance qu'il est possible d'évaluer le volume des prestations effectivement fournies par le prestataire.

En conséquence, si le prestataire n'intervient pas pendant la durée du contrat, le client peut être tenté de remettre a posteriori en cause un accord dont il n'a tiré aucun bénéfice. Dès lors, quels sont les risques d'annulation encourus par les contrats de maintenance ?

Cette question est d'autant plus importante que les contrats de maintenance constituent une source de revenus importante et régulière pour les prestataires et constructeurs.

Pour y répondre, il convient d'analyser la nature des contrats de maintenance avant d'examiner leurs conditions de validité.

Les contrats de maintenance peuvent être classés dans la catégorie des contrats aléatoires

L'analyse des caractères des contrats aléatoires montre que les contrats de maintenance peuvent être classés dans cette catégorie.

La notion de contrat aléatoire. Les contrats aléatoires permettent de donner un cadre juridique à des événements à venir et incertains (4).

Les contrats aléatoires sont définis à l'article 1104 alinéa 2 du code civil comme des contrats dans lesquels "l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un évènement incertain".

L'article 1964 du code civil définit pour sa part les contrats aléatoires comme des conventions réciproques "dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un évènement incertain" ..

La Cour de cassation a synthétisé ces deux définitions en retenant qu'un contrat est aléatoire "lorsque l'avantage que les parties en retireront n'est pas appréciable lors de la formation du contrat parce qu'il dépend d'un évènement incertain". (5)

(1) Norme AFNOR X60-010

(2) PH Le Tourneau in Contrats Informatiques et Electroniques Daloz référence 3^{ème} éd, n°7.3

(3) La maintenance évolutive trouve essentiellement à s'appliquer en matière informatique. La doctrine lui préfère l'appellation de contrat de suivi de logiciel PH Le Tourneau in Contrats Informatiques et Electroniques Daloz référence 3^{ème} éd, n°7.41

(4) François Grua "Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs", RTD Civ 1983, p 270 : le contrat aléatoire "est l'enveloppe de l'incertain".

(5) Cass. Com 10 juin 1960 : S. 1961, 42, note Ausseterre

Le contrat aléatoire doit s'analyser en un contrat spéculatif dans la mesure où les parties spéculent sur des événements futurs qui peuvent ou non se produire pour en tirer un profit ou une économie qu'un contrat ordinaire ne permettrait pas d'obtenir.

Pour qu'un contrat aléatoire soit valable, l'aléa doit exister au moment de la conclusion du contrat (6), à l'égard de chacun des cocontractants (7), lesquels doivent le connaître et l'accepter (8). Dans certains contrats commutatifs, les parties peuvent également se soumettre volontairement au régime des contrats aléatoires (9).

Le contrat aléatoire s'oppose aux contrats conditionnels dans lesquels l'étendue de l'obligation est déterminée à l'avance. Dans ces derniers, seule l'alternative offerte aux parties (réalisation ou non de la condition) est incertaine alors que le périmètre de l'obligation due en cas de réalisation de la condition est défini à l'avance.

L'aléa dans les contrats de maintenance. Dans les contrats de maintenance, seuls le montant de la redevance de maintenance et la durée du contrat sont déterminés ou déterminables au moment de leur conclusion (10).

Dans le chef du client, l'aléa réside dans l'économie qu'il pourra réaliser en recourant à un contrat de maintenance plutôt qu'en recourant à des prestations ponctuelles.

Dans le chef du prestataire, l'aléa varie selon les types de maintenance.

C'est ainsi qu'en matière de maintenance corrective, l'aléa peut être de deux ordres. Il peut s'agir aussi bien de l'incapacité des parties de déterminer à l'avance les dysfonctionnements qui affecteront l'installation pendant la durée du contrat (11) que de la charge de travail nécessaire à leur correction.

Dans ce cas, le déclenchement des interventions peut être laissé à l'initiative du client en fonction de la survenance des pannes (12).

En matière de maintenance évolutive, l'aléa existera si les évolutions technologiques affectant l'installation technique dépendent d'un tiers et que la charge de travail nécessaire à leur mise en œuvre n'est pas déterminable à l'avance.

Dans une affaire soumise à la Cour d'appel de Paris, le prestataire a fourni et installé chez son client un matériel fabriqué par une société tierce. La fourniture et l'installation du matériel étaient assorties d'un contrat de maintenance évolutive. Pendant la durée du contrat, seules des modifications mineures ont été apportées au produit, si bien que le prestataire n'est quasiment pas intervenu.

La cour d'appel de Paris a reconnu le caractère aléatoire du contrat de maintenance évolutive. Selon elle, l'aléa découlait du "droit pour l'utilisateur de bénéficier de toute amélioration ou innovation apportée au système avec adaptation [aux besoins du client] pour une somme convenue à l'avance et indépendamment du coût et de l'importance des nouveaux produits" (13).

La solution aurait été différente si le prestataire avait également été fabricant du matériel. Dans ce cas, le prestataire aurait eu la maîtrise des évolutions techniques sur celui-ci. La décision de faire évoluer le matériel aurait alors dépendu de sa seule volonté, ce qui aurait chassé l'aléa du contrat de maintenance et l'aurait exposé à l'annulation.

Dans le cadre de la maintenance préventive, le prestataire intervient à intervalles réguliers. Ces interventions ont pour but de s'assurer du bon fonctionnement de l'installation et, le cas échéant de préconiser l'adoption de mesures techniques propres à prévenir un dommage (14).

La fréquence et le périmètre des interventions de maintenance préventive sont convenus entre les parties, au moment de la signature du contrat, indépendamment de la survenance de tout dysfonctionnement et/ou évolution technologique. Il en résulte que le prestataire peut déterminer à l'avance la charge de travail et les coûts liés aux opérations de maintenance préventive. De même, le client connaît à l'avance le volume de prestations qu'il achète.

Les contrats de maintenance préventive sont donc caractérisés par l'absence d'inconnue. Ils doivent donc être considérés comme ne contenant pas d'aléa.

Néanmoins, les contrats de maintenance combinent fréquemment maintenance préventive et maintenance corrective sans opérer de différenciation au niveau du prix. Dans l'impossibilité d'établir une distinction entre la maintenance corrective et la maintenance préventive au sein d'un même contrat, le caractère aléatoire lié à la maintenance corrective confère un caractère aléatoire à l'ensemble du contrat si la maintenance corrective est l'obligation principale du contrat (15).

Validité des contrats de maintenance au regard de leur nature aléatoire

La validité d'un contrat aléatoire est conditionnée par la connaissance et l'acceptation de l'aléa par les parties. De ce fait, les parties doivent se fournir mutuellement une information

(6) Cass Civ 1^{ère}, 27 février 1990 Bull Civ I n°52

(7) Cass Com 4 octobre 1977 Bull Civ IV n°218, Ph Malaurie D rép Civ 1^{ère} Ed, V° Ventes n°489.

(8) Cass Civ 1^{ère}, 13 décembre 1983, D 1984 p. 341.

(9) "Pour qu'un contrat soit rangé parmi les contrats aléatoires, il faut relever un aléa plus caractéristique généralement dénoté par l'intention des parties de courir un risque". A. Bénabent Jcl civil art 1964 Contrats Aléatoires Généralités, n°64.

(10) CA Paris 11 juillet 1990 M.I.S. / Charles : "Considérant que ce contrat de maintenance est un contrat aléatoire, que la cause du contrat réside dans la garantie d'intervention offerte par M.I.S. contre rémunération".

(11) Paris 4 novembre 2005 Comptoir International de la Chemise / Sensomatic ; TC Paris 21 février 2005 DHS / Institut des archives sonores

(12) Paris 24 mars 1992 CGFA / Stéria

(13) TC Paris 17 septembre 2001 AGF / Cofatech

(14) "Ce sont donc les obligations principales qui, une fois qualifiées, conditionnent la nature juridique du contrat tout entier". J Ghestin Traité de droit civil « Les

(15) Obligations, les effets du contrat " LGDL 1992 n° 74.

sur les événements susceptibles d'intervenir pendant la durée du contrat de maintenance. L'expérience du prestataire ne doit d'ailleurs pas l'amener à évacuer contractuellement l'aléa des contrats de maintenance afin d'éviter leur annulation.

L'obligation d'information pesant sur les parties à un contrat aléatoire. L'aléa doit exister pour toutes les parties. La réalisation de l'évènement ne doit pas dépendre de la volonté d'une seule partie. Si tel était le cas, la réalisation de l'évènement aurait un caractère potestatif et le contrat encourrait l'annulation pour défaut d'aléa.

Par ailleurs, pour être à égalité devant l'aléa, les parties doivent se donner mutuellement une information complète afin de pouvoir en connaître la réalité (17).

En matière d'assurance, la loi a ainsi donné force légale au principe d'information en insérant dans le code des assurances une obligation pour l'assuré de "*déclarer exactement, lors de la conclusion du contrat, toutes les circonstances connues de lui qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qui sont à sa charge*" (18). La sanction du non respect de cette obligation est la nullité du contrat d'assurance.

Ce principe d'information pourrait être transposé aux contrats de maintenance aléatoires.

En effet, dès lors que les parties à un contrat de maintenance peuvent librement organiser les prestations de maintenance, il est envisageable que le client puisse connaître précisément les taux de panne ou d'intervention sur des installations similaires à la sienne. Le client pourrait ainsi apprécier l'existence de l'aléa pesant sur lui (19). Inversement, le client devrait informer le prestataire des conditions d'utilisation de l'installation.

Ce faisant, les parties seraient en mesure de déterminer la valeur de l'aléa et de s'engager dans le contrat de manière éclairée.

L'aléa ne doit pas être évacué par le jeu des exclusions contractuelles sous peine d'encourir la nullité. Le périmètre des prestations de maintenance est librement défini par les parties. En conséquence, grâce à leur expérience, les prestataires, afin de limiter, voire supprimer, toute incertitude peuvent être tentés d'exclure du périmètre des contrats de maintenance un certain nombre de prestations et/ou de pièces. Leur prix vient alors s'ajouter à celui de la redevance forfaitaire de maintenance. Lorsque les exclusions contractuelles sont importantes, elles reviennent à exclure in fine tout aléa des contrats de maintenance. Dans ce cas, ceux-ci encourrent l'annulation.

Face à une demande d'annulation d'un contrat aléatoire, les juges du fond disposent du pouvoir souverain d'apprécier l'exis-

tence de l'aléa (20). Les juges doivent apprécier in concreto la disproportion et le manque d'équivalence des prestations indépendamment de tout recours aux méthodes statistiques (21).

En effet, le calcul de probabilité n'exclut pas l'aléa si ce calcul repose sur un grand nombre de contrats et des tables actuarielles en ce qu'il ne retranche rien à l'incertitude d'un contrat pris individuellement.

C'est ainsi que la cour d'appel de Pau, dans un arrêt du 26 mars 1987, a été amenée à annuler un contrat de maintenance dans lequel le prestataire, par le jeu des exclusions contractuelles, ne supportait aucun aléa.

Dans cette affaire, un contrat de maintenance, d'une durée de 10 ans, a été conclu sur une installation téléphonique. Les exclusions contractuelles réduisaient l'obligation de maintenance du prestataire "*à l'exécution gratuite de toutes les réparations de dommages provenant de l'usure normale*" de l'installation. Un rapport d'expert a mis en évidence que l'usure normale de l'installation ne nécessiterait pas d'intervention du prestataire avant 10 ans.

La cour d'appel de Pau s'est attachée à démontrer l'absence de tout risque d'intervention pour le prestataire (22) pour en conclure que le contrat mettait à la charge du client "*une obligation de paiement qui ne comprend aucune contrepartie*" (23).

* * *

Les contrats de maintenance corrective et évolutive sont des contrats d'entreprise à caractère aléatoire. A ce titre, ils échappent à l'annulation si le prestataire n'a pas ou peu fourni de prestations.

Ce n'est pas le cas des contrats de maintenance préventive qui sont de simples contrats d'entreprise.

Cependant, les prestataires doivent veiller à ne pas évacuer l'aléa des contrats de maintenance en abusant de leurs connaissances techniques et de leur pouvoir de négociation. Cela reviendrait en effet à soustraire les prestataires à leur obligation essentielle de maintenance, ce qui est une cause de nullité y compris dans les contrats non aléatoires (24).

En tout état de cause, la difficulté de rapporter la preuve de l'absence d'aléa confère aux contrats de maintenance corrective et évolutive une sécurité juridique qui devrait décourager les tentatives de remise en cause de leur validité s'ils ne donnent pas lieu à l'exécution de prestations.

Charles CASAL
Avocat à la cour
Derrienic Associés

(16) A Bénabent, *Juriclasser Civil Contrats aléatoires Fasc A n° 17*.

(17) J Flour et JL Aubert *Droit civil, Les obligations. Vol. 1, L'acte juridique n°88*.

(18) *Articles L113-2-2° et L172-19 du code des assurances*.

(19) *Cass Civ 3^{ème} 12 décembre 1973 Bull Civ III n° 629*.

(20) *Cass. Com. 16 mars 1999 n°96-14.486 ICL Sorbus / Transfert*.

(21) *Cass Civ 28 février 1951, D 1951 J 309*.

(22) "*Attendu que, dans de telles conditions, il apparaît donc comme improbable que le contrat de maintenance soit appliqué durant la période de dix années pendant laquelle il est appelé à produire effet ; que la maintenance ne se justifie dans de pareilles conditions qu'au-delà de cette échéance*".

(23) *Pau 26 mars 1987 Société d'abonnement téléphonique département automatique alarme / Guyaunnaud*.

(24) *Com. 22 octobre 1996, Bull n° 261 arrêt Chronopost 1*.