



SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS



LA LETTRE DES RESEAUX

SEPTEMBRE - OCTOBRE
2019

SOMMAIRE

PARIS - NANTES
MONTPELLIER - PERPIGNAN

Bureaux intégrés

AIX-EN-PROVENCE
BORDEAUX - CAEN
CLERMONT-FERRAND
LE HAVRE - LYON
MARSEILLE - METZ - ROUEN
SAINT-DENIS (La Réunion)
SAINT-ETIENNE

Réseau SIMON Avocats

ALGÉRIE - ARGENTINE
ARMÉNIE - AZERBAÏDJAN
BAHAMAS - BAHREÏN
BANGLADESH - BELGIQUE
BIRMANIE - BOLIVIE - BRÉSIL
BULGARIE - CAMBODGE
CAMEROUN - CHILI - CHINE
CHYPRE - COLOMBIE
COREE DU SUD - COSTA RICA
CÔTE D'IVOIRE - ÉGYPTE
EL SALVADOR
ÉMIRATS ARABES UNIS
ESTONIE - ÉTATS-UNIS
GUATEMALA - HONDURAS
HONGRIE - ÎLE MAURICE
ÎLES VIERGES BRITANNIQUES
INDE - INDONÉSIE - IRAN
ITALIE - KAZAKSTHAN
LUXEMBOURG
MADAGASCAR - MALTE
MAROC - MEXIQUE
NICARAGUA - OMAN
PANAMA - PARAGUAY
PÉROU - PORTUGAL - QATAR
RD CONGO
RÉPUBLIQUE DOMINICAINE
SENEGAL - SINGAPOUR
THAÏLANDE - TUNISIE
URUGUAY - VENEZUELA
VIETNAM

Conventions transnationales

www.simonassocies.com
www.lettredesreseaux.com



DISTRIBUTION	
Clause pénale et absence de préjudice CA Paris, Pôle 5 – Chambre 4, 23 octobre 2019, n°18/00049	p. 2
La clause de compensation Propositions et variantes	p. 2
A défaut d'accord précis des parties sur leurs engagements réciproques : pas d'avenant Cass. com., 25 septembre 2019, n°18-15.357	p. 4
Clauses abusives : contestation des factures entravée ou impossible CA Paris, 5 septembre 2019, n°17/02353	p. 5
De l'utilité de distinguer clause pénale et clause d'indemnité pour cessation anticipée CA Paris, 5 septembre 2019, n°17/10883	p. 5
Obligation de reclassement d'un salarié dans un réseau de franchise CA Riom, 10 septembre 2019, n°17/01987	p. 6
Clause de non-concurrence post-contractuelle et limitation dans l'espace Cass. com., 2 octobre 2019, n°18-15.676, Publié au Bulletin	p. 7
CONCURRENCE & CONSOMMATION	
Déséquilibre significatif et rejet de la demande du ministre de l'économie en cas d'échantillonnage TC Rennes, 22 octobre 2019, n°2017F00131	p. 9
Déséquilibre significatif et charge de la preuve TC Rennes, 22 octobre 2019, n°2017F00131	p. 11
Déséquilibre significatif et prescription TC Rennes, 22 octobre 2019, n°2017F00131	p. 12
Pratiques restrictives de concurrence et spécialisation du contentieux Cass. com., 18 septembre 2019, n°17-19.653 ; Cass. com., 18 septembre 2019, n°18-10.225	p. 14
Pratiques restrictives de concurrence et non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle CA Paris, Pôle 5 – Chambre 5, 5 septembre 2019, n°17/01506	p. 16
PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE & NOUVELLES TECHNOLOGIES	
Comment transmettre un fichier clients en conformité avec le RGPD dans le cadre d'une cession de fonds de commerce exploité en franchise ? Conseils pratiques	p. 20
Attention aux systèmes de vidéosurveillance, la CNIL s'en préoccupe particulièrement Conseils pratiques	p. 23
La CJUE donne des précisions sur la portée du droit au déréférencement CJUE, 24 septembre 2019, aff. C-136/17 et C-507/17	p. 25
Cas de résiliation d'une licence de marque CA Paris, 18 octobre 2019, RG n°18/19572	p. 25
IMMOBILIER - CONSTRUCTION - URBANISME	
Baux commerciaux : refacturation de la taxe foncière – un revirement de jurisprudence ? Cass. civ. 3 ^{ème} , 12 septembre 2019, n°18.18-018, inédit	p. 26
Baux commerciaux : décret n°2019-771 du 23 juillet 2019 relatif aux obligations d'action de réduction de la consommation d'énergie finale dans les bâtiments à usage tertiaire A vos clauses ! Nouvelles obligations, nouvelle annexe	p. 27
Interprétation de la clause de non-concurrence applicable pendant la durée du bail commercial CA Paris, Pôle 5 – chambre 3, 11 septembre 2019, n°17/22800	p. 28
Vente immobilière : absence de droit de l'acquéreur en cas de report du transfert de propriété Cass. civ. 3 ^{ème} , 19 septembre 2019, n°18-14.172	p. 29
INTERNATIONAL	
« La Chine innovante : les nouvelles forces motrices de la croissance économique de Chine » Rapport du 17 septembre 2019	p. 31
La loi sur la cryptographie en Chine Loi du 26 octobre 2019 - entrée en vigueur le 1 ^{er} janvier 2020	p. 32
ACTUALITÉ SIMON ASSOCIÉS	
	p. 34

DISTRIBUTION

Clause pénale et absence de préjudice

CA Paris, Pôle 5 – Chambre 4, 23 octobre 2019, n°18/00049

Ce qu'il faut retenir :

La clause pénale, sanction contractuelle du manquement d'une partie à ses obligations, s'applique du seul fait de cette inexécution, sans être conditionnée à la preuve d'un préjudice.

Pour approfondir :

La **clause pénale s'applique du seul fait du manquement** d'une partie à ses obligations contractuelle, sans être conditionnée à la preuve d'un préjudice.

En l'espèce, un franchisé avait décidé de quitter le réseau 2 mois et demi avant la survenance du terme de son contrat de franchise, sans motif, et avait payé les redevances de franchise jusqu'au terme du contrat. Le franchiseur avait demandé à ce dernier de réintégrer le réseau, en vain.

Le franchisé, appelant, faisait (notamment) valoir que « *la clause pénale de l'article 13.3 du contrat de franchise n'a pas vocation à s'appliquer en l'espèce dès lors que cette clause est soumise à l'existence d'un préjudice dont la preuve n'est pas rapportée* » ; autrement dit, l'absence de préjudice devrait neutraliser la mise en œuvre de la clause pénale. Au contraire, le franchiseur opposait que, par principe, « *la partie qui sollicite l'application de la clause pénale est dispensée de devoir prouver [...] le préjudice qu'elle subit* » et, qu'au cas d'espèce, différents préjudices lui avaient été causés, à savoir : la perte de présence commerciale sur la zone d'exclusivité, l'impossibilité de contracter avec un autre franchisé du fait de l'exclusivité, et la perturbation du réseau.

L'apport de l'arrêt commenté tient au fait que la juridiction répond de manière très nette à la question posée : « *La clause pénale s'applique même si le franchisé s'est acquitté des redevances dues jusqu'au terme contractuel. Elle est la sanction contractuelle du manquement d'une partie à ses obligations ; en l'espèce, la fermeture anticipée du magasin. Elle s'applique du seul fait de cette inexécution sans être conditionnée à la preuve d'un préjudice* ».

La décision doit être approuvée. La clause pénale ne suppose nullement l'existence d'un préjudice. Ce principe a été rappelé par la Cour de cassation par une décision qui, publiée au Bulletin, retient que la clause pénale, « *sanction du manquement d'une partie à ses obligations, s'applique du seul fait de cette inexécution* » (Cass. civ. 3^{ème}, 20 décembre 2006, n°05-20.065, Bull. 2006 III, n° 256 : rendu au visa des articles 1134 et 1226 du Code civil) ; cette solution avait été reprise plus récemment encore par les juges du fond : « *Que la clause pénale est la sanction du manquement d'une partie à ses obligations contractuelles et s'applique donc du seul fait de cette inexécution ; Qu'il n'est donc pas nécessaire de démontrer que la société Concept Création ait subi un préjudice pour voir la Sarl Jace, qui a violé la clause contractuelle de non-concurrence, condamnée à lui payer cette clause pénale* » (CA Lyon, 5 février 2015, n°13/05872).

A rapprocher : Cass. civ. 3^{ème}, 20 décembre 2006, n°05-20.065, Bull. 2006 III, n° 256 ; v. aussi, CA Lyon, 5 février 2015, n°13/05872

La clause de compensation

Propositions et variantes

Ce qu'il faut retenir :

La compensation est un mode d'extinction simultanée à concurrence de la plus faible de deux obligations fongibles dont sont tenues réciproquement deux personnes. Elle est régie aux articles 1347 et suivants du Code civil, et envisagée à travers ses trois sources possibles : légale (art. 1347 à 137-7), judiciaire (art. 1348 et 1348-1 C. civ.) et conventionnelle (art. 1348-2 C. civ.), sachant que les règles relatives à la compensation légale sont aussi des règles de droit commun susceptibles de s'appliquer aux autres compensations.

Pour approfondir :

1. Selon une première version, la clause de compensation peut consister à créer une compensation conventionnelle dont la « plus-value » est d'être automatique. Cette clause indique alors : « *Par application de l'article 1348-2 du Code civil, au cas où les parties seraient créancières l'une de l'autre, leurs créances se compenseront à hauteur de la plus faible des deux sommes, de plein droit sans qu'il soit nécessaire pour les parties de s'en prévaloir* ».

Quel avantage a-t-on à prévoir ainsi l'effet automatique de la compensation ? Alors que l'ancien article 1290 du Code civil prévoyait l'effet automatique de la compensation lorsque les conditions en étaient réunies (« la compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs ; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives »), le nouvel article 1347 alinéa 2 du Code civil prévoit que la compensation « s'opère, sous réserve d'être invoquée, à due concurrence, à la date où ses conditions se trouvent réunies ».

Ce texte soulève une difficulté d'interprétation : signifie-t-il que la compensation ne joue que du jour où elle est invoquée (elle jouerait « de droit ») ou signifie-t-il qu'elle continue de jouer automatiquement (« de plein droit ») mais que, comme toute exception (ex. prescription), elle doit être invoquée par celui qui s'en prévaut ?

En indiquant qu'« un débat existe (...) : certains soutiennent que la compensation doit opérer automatiquement, comme semble l'exiger l'article 1290 du code civil qui prévoit qu'elle opère de plein droit lorsque les conditions en sont réunies, tandis que la jurisprudence exige, dans une interprétation contraire au texte, qu'elle soit invoquée », le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations semble lever le doute et conduire à retenir que désormais la compensation ne joue plus automatiquement et doit être invoquée.

Une conséquence importante pourrait concerner les paiements par compensation réalisés au cours de la période suspecte. Alors qu'on considérerait traditionnellement que l'automatisme de la compensation empêchait de remettre en cause celle-ci, il serait désormais possible d'écarter la compensation en période suspecte soit sur le fondement de l'article L.632-1 (si la compensation était assimilée à un paiement anormal), soit sur le fondement de l'article L.632-2 (si la compensation était invoquée par celui qui a la connaissance de la cessation des paiements de l'autre partie).

Est-il possible de prévoir l'effet automatique de la compensation ? L'article 1348-2 du Code civil dispose : « Les parties peuvent librement convenir d'éteindre toutes obligations réciproques, présentes ou futures, par une compensation ; celle-ci prend effet à la date de leur accord ou, s'il s'agit d'obligations futures, à celle de leur coexistence. ». Il semble donc dans ce cas que la compensation joue automatiquement... Même si l'effet automatique porte atteinte aux droits des tiers et pourrait être discutée, si la stipulation n'était pas valable, la compensation jouerait de toute façon – si elle est invoquée cette fois – en vertu de la loi (art. 1347 s. C. civ.).

2. Selon une deuxième version, la clause de compensation maintient le principe d'une compensation « de droit », mais la réserve à l'une des parties – par exemple la tête de réseau –, le distributeur y renonçant. Cette clause indique alors : « Au cas où les conditions de la compensation posées aux articles 1347 et suivants du Code civil seraient remplies, seul le Franchiseur pourra s'en prévaloir, à la différence du Franchisé, qui y renonce. »

A priori licite (Req. 11 mai 1880, DP 1880. 1. 470 : on peut renoncer aux effets de la compensation légale, soit par avance, soit après que cette compensation s'est accomplie ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 1969, B. 166 : « la compagnie d'aménagement des Landes de Gascogne n'a pas demandé aux juges du fond de faire application de la compensation entre les sommes dues par chacune des parties et découlant des condamnations prononcées par la cour d'appel ; (...) la compensation, n'étant pas d'ordre public, ne peut pas être invoquée pour la première fois devant la cour de cassation »), une telle clause pourrait néanmoins créer ou contribuer à créer un **déséquilibre significatif** (art. 1171 C. civ. et L.442-1 C. com.) en ce qu'elle déroge à une règle supplétive à sens unique en réservant une prérogative importante au seul rédacteur du contrat. Mais, ici comme ailleurs, l'appréciation quant à l'existence ou non d'un déséquilibre significatif dépendra de l'économie générale du contrat dans lequel la clause est insérée.

A rapprocher : Req. 11 mai 1880, DP 1880. 1. 470

A défaut d'accord précis des parties sur leurs engagements réciproques : pas d'avenant
Cass. com., 25 septembre 2019, n°18-15.357

Ce qu'il faut retenir :

Chacune des parties a, par échanges de courriers, pris des engagements à l'égard de son partenaire. Dans la mesure toutefois où l'un de ces engagements n'a pas été clairement défini, la Cour de cassation a considéré que les négociations n'avaient pas abouti et qu'aucun accord n'avait été conclu entre les parties. De ce fait, aucune des parties ne peut se prévaloir du non-respect, par l'autre partie, de l'engagement pris dans le cadre de ces échanges de courriers.

Pour approfondir :

La société S, qui commercialise des articles de soins capillaires à destination des professionnels de la coiffure, a signé, le 26 septembre 2011, et pour une durée de cinq ans, un **contrat de partenariat avec la société C**, à la tête d'un réseau national de salons de coiffure.

Selon les termes du contrat, la société S s'est engagée à verser une aide au développement à la société C et cette dernière s'est engagée en contrepartie à assurer une promotion active des produits de la marque de la société S et à utiliser uniquement les produits de celle-ci au sein de son réseau.

En juillet 2014, la société S met en demeure la société C de respecter ses obligations contractuelles et un mois après elle résilie le contrat aux torts de cette dernière. La société S assigne ensuite la société C aux fins d'obtenir notamment le remboursement des subventions versées durant le contrat dès lors que la résiliation anticipée du contrat était imputable à la société C. De son côté, la société C assigne son partenaire pour obtenir l'indemnisation du préjudice subi du fait de la fin des relations ; la société C reproche à la société S de ne pas avoir respecté les termes d'un « avenant » (résultant d'échanges de mails entre les parties), qui selon elle aurait été conclu entre les parties en mars et juillet 2013 et par lequel la société S se serait engagée à verser à la société C une « subvention exceptionnelle non remboursable » de plus de 5 millions d'euros.

Il avait toutefois été convenu entre les parties qu'un accord devait être conclu entre les parties afin de formaliser cet accord et préciser les obligations respectives des parties (la société C devait quant à elle

s'engager à vendre un volume minimum de produits de la société S sans que cet engagement ne soit, en l'état des discussions, précisément défini).

En première instance, le tribunal prononce la résiliation du contrat aux torts de la société C, rejette les demandes indemnitaires formées par cette dernière dès lors qu'il n'est justifié d'aucune faute imputable à la société S du fait de l'inexécution d'un avenant dont la réalité n'est pas démontrée, et condamne la société C à restituer les subventions reçues.

En appel, la cour d'appel confirme la condamnation de la société C à rembourser à la société S les subventions reçues de la part de cette dernière au cours du contrat.

C'est dans ce contexte que la société C a formé un pourvoi en cassation.

La Haute Cour relève que des échanges sont intervenus entre les parties en mars et en juillet 2013 avec des engagements réciproques pris par chacune des parties :

- d'une part, le versement par la société S d'une subvention et,
- d'autre part, la commercialisation d'un volume minimum de produits par la société C. La Cour de cassation relève cependant que l'engagement pris par la société C, concernant le volume minimum de produits à commercialiser, n'avait pas été clairement défini entre les parties, de sorte que les négociations n'avaient pas abouties et qu'un accord, ni même avenant ne pouvait être considéré avoir été conclu entre les parties. La Cour a ainsi rejeté le pourvoi formé par la société C.

Cet arrêt revient sur la position traditionnelle de la jurisprudence selon laquelle il ne peut y avoir contrat que lorsque les conditions de l'accord ont été clairement et précisément définies entre les parties.

Un contrat ne peut en effet être considéré comme étant formé « *sans constater qu'il y avait eu accord des parties sur toutes les conditions du contrat* » (Cass. civ. 3^{ème}, 17 juill. 1967, Bull. civ. III, n°299), et, à défaut d'accord, il convient de considérer que le contrat ne s'est pas formé (Cass. com. 26 févr. 1991, n°89-18.587 ; Cass. civ. 1^{ère}, 5 mars 1991, n°89-17.167). Par ailleurs, la jurisprudence relève que dès lors que certains éléments sont objectivement essentiels, ou subjectivement essentiels pour une partie, le défaut d'accord sur ces éléments en particulier fait obstacle à toute formation

du contrat (Cass. com., 15 nov. 1994, n°92-19.931 ; Cass. civ. 3^e, 2 mai 1978, n°76-14.465 ; Cass. civ. 1^e, 21 février 1979, n°76-15.128 ; Cass. com., 16 avril 1991, n°89-20697 ; Cass. civ. 1^e, 24 nov. 1998, n°95-21.074 ; Cass. com., 13 mai 1980, n°78-15.136).

A rapprocher : Cass. com. 26 février 1991, n°89-18.587

Clauses abusives : contestation des factures entravée ou impossible
CA Paris, 5 septembre 2019, n°17/02353

Ce qu'il faut retenir :

La clause subordonnant la possibilité pour un client de contester une facture au paiement préalable de 90 % de son montant ainsi qu'au respect d'un délai impossible est une clause abusive, en ce qu'elle a pour effet de supprimer l'exercice d'actions en justice interdite.

Pour approfondir :

Une société civile coopérative (qui devait notamment gérer la restauration de retraités) a conclu un contrat avec une société de restauration.

La société de restauration a assigné sa cocontractante en raison d'importantes factures impayées. Les juges de première instance ont condamné la société civile coopérative au paiement des factures.

Pour contester la condamnation prononcée à son encontre, la société civile coopérative a invoqué l'inopposabilité de l'article 7.3.2 du contrat (relatif au paiement et contestation des factures émises) en raison de son **caractère abusif**.

La cour d'appel lui a donné raison. En effet :

- l'article R.212-2 du Code de la consommation prévoit que sont présumées abusives au sens de l'article L.212-1, les clauses ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur ;
- or, en l'espèce, l'article 7.3.2 du contrat, en subordonnant la possibilité pour la société civile coopérative de contester la facture au paiement préalable de 90 % de son montant ainsi qu'au

respect d'un délai impossible (impossible car le délai de contestation des factures avait pour point de départ la date de la facture et non la date de son envoi, donc la société de restauration avait la faculté de n'adresser la facture à sa cocontractante que postérieurement à l'expiration du délai imparti pour la contester), avait pour effet de supprimer l'exercice d'actions en justice ;

- par conséquent, la clause de l'article 7.3.2 doit donc être considérée comme abusive.

A noter l'article L.212-1 sanctionnant les clauses abusives s'applique aux contrats conclus entre un professionnel et un consommateur mais également aux contrats conclus entre un professionnel et un non-professionnel (une personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles). Les clauses abusives peuvent ainsi être soulevées par des sociétés.

A rapprocher : Cass. com., 4 juillet 2019, n°18-10.077

De l'utilité de distinguer clause pénale et clause d'indemnité pour cessation anticipée
CA Paris, 5 septembre 2019, n°17/10883

Ce qu'il faut retenir :

La clause prévoyant le paiement d'une certaine somme en cas de rupture anticipée d'un contrat à durée déterminée peut – selon sa rédaction – ne pas être considérée comme une clause pénale et donc ne pas subir de réduction imposée par le juge. Il sera donc très intéressant de prendre grand soin à la rédaction des clauses d'indemnité dans les contrats pour écarter (lorsque cela est possible) le pouvoir modérateur du juge.

Pour approfondir :

Une société exploitant un hypermarché a conclu quatre contrats (à durée déterminée) de prestation de service avec une autre société proposant la location et l'entretien de vêtements et accessoires professionnels. Se plaignant de la qualité des prestations fournies, la société exploitante a résilié les quatre contrats. La société prestataire a répondu en contestant le bien-fondé de la résiliation, tout en prenant acte de cette résiliation anticipée fautive et en exigeant (notamment) le paiement de l'indemnité pour

résiliation anticipée du contrat (telle que cette indemnité était prévue dans les CGV du prestataire).

La société exploitant l'hypermarché n'ayant pas procédé au règlement de sommes réclamées, la société prestataire l'a assignée devant le tribunal de commerce de Paris en :

- paiement des factures de prestation impayées ;
- paiement de l'indemnité de résiliation anticipée. En effet, l'article 11 des CGV de la société prestataire prévoit, d'une part, la faculté pour cette dernière de résilier le contrat en cas de factures impayées 8 jours après une mise en demeure à charge pour la société d'exploitation de l'hypermarché de lui régler une indemnité de 70 % ou de la totalité de la moyenne des factures établies depuis les 12 derniers mois, multipliée par le nombre de semaines ou de mois restant à courir jusqu'au terme du contrat. Cet article 11 ajoute, d'autre part, que si la société d'exploitation venait à résilier unilatéralement le contrat avant son terme, elle devrait régler la même pénalité.
- paiement de la clause pénale prévue aux contrats en cas de non-règlement d'une facture après mise en demeure. Le montant de la clause pénale est de 15 % des sommes dues par la société d'exploitation avec un minimum de 645 euros.

La société exploitant l'hypermarché a fait appel de la décision de première instance la condamnant. Pour s'opposer au paiement de l'indemnité de **résiliation** anticipée, la société appelante a demandé aux juges, d'abord, de qualifier cette clause de clause pénale et, ensuite, de réviser cette clause pénale au motif qu'elle serait manifestement excessive.

La cour d'appel a considéré que la société d'exploitation de l'hypermarché avait certes reproché plusieurs fois par courriers à son cocontractant des défauts dans l'exécution de ses prestations, mais que ces courriers ne prouvaient pas que la société prestataire avait commis des manquements graves légitimant la résiliation du contrat ni à ses torts exclusifs ni même aux torts partagés des parties ; la résiliation du contrat était donc imputable à la seule société exploitant l'hypermarché.

Ainsi, la clause prévue à l'article 11 des CGV devait s'appliquer. Or, selon la cour, la clause d'indemnité pour résiliation anticipée prévue à l'article 11 des CGV

ne constitue par une clause pénale car elle n'a pas pour objet de sanctionner l'inexécution d'une obligation mais est « destinée à maintenir l'équilibre financier des contrats à durée déterminée en cas de rupture anticipée de ceux-ci non justifiée par de graves manquements du prestataire ». Ne constituant pas une clause pénale, cette clause ne peut être révisée par le juge.

La cour a d'ailleurs appliqué ce raisonnement *a contrario* à l'occasion de la même décision en révisant à la baisse le montant de la clause pénale de 15 % prévue en cas de défaut de paiement des factures ; l'indemnité a été réduite à 5 % des sommes dues, la cour considérant le montant de 15 % manifestement excessif au regard du préjudice réellement subi (le montant des factures impayées).

Cet arrêt devrait grandement intéresser les rédacteurs de contrats qui feront attention à distinguer clairement indemnité pour inexécution et indemnité compensatrice, ce afin d'éviter le traditionnel argument de défense sur les clauses pénales manifestement excessives.

A rapprocher : Cass. com., 5 décembre 2018, n°17-22.346

Obligation de reclassement d'un salarié dans un réseau de franchise

CA Riom, 10 septembre 2019, n°17/01987

Ce qu'il faut retenir :

Pour le reclassement d'un salarié, les juges du fond apprécient au cas par cas si une permutation du personnel est possible entre les sociétés relevant de la franchise.

Pour approfondir :

En application de l'article L.1226-10 du Code du travail dans sa version applicable au litige (jusqu'au 22 mars 2012) :

« Lorsque, à l'issue des périodes de suspension du contrat de travail consécutives à un accident du travail ou à une maladie professionnelle, le salarié est déclaré inapte par le médecin du travail à reprendre l'emploi qu'il occupait précédemment, l'employeur lui propose un autre emploi approprié à ses capacités. »

Les décisions rendues sur ces fondements précisent que la recherche de reclassement doit être menée par l'employeur non seulement au sein de son entreprise *stricto sensu*, mais également, le cas échéant, au sein du **réseau de franchise** auquel il appartient.

C'est ce que rappelle la cour d'appel de Riom dans le présent arrêt.

En l'espèce, du 4 décembre 2013 au 30 novembre 2014, la salariée d'un franchisé a été en arrêt de travail suite à un accident de travail.

Aux termes de sa seconde visite de reprise en date du 31 octobre 2014, elle a été déclarée inapte par le médecin du travail suivant un avis exposé ainsi : « *Inaptitude définitive au poste de préparatrice de commandes. Un poste administratif pourrait être envisageable* ».

Elle a été convoquée à un entretien préalable au licenciement fixé au 3 décembre 2014 puis elle s'est vu notifier son licenciement pour inaptitude et impossibilité de reclassement le 8 décembre 2014.

En définitive, la cour d'appel de Riom rappelle que le périmètre de reclassement du salarié déclaré inapte doit porter sur les entreprises du groupe dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel et précise, s'agissant des réseaux de franchise, que :

« l'activité dans le cadre d'un contrat de franchise n'emporte pas à elle seule la démonstration de l'absence de possibilité de permutation du personnel et il appartient aux juges du fond de rechercher si une permutation du personnel est possible entre les sociétés relevant de la franchise ».

Faisant application de cette règle, la cour d'appel tire argument des faits suivants pour considérer que le franchisé démontre avoir effectué des recherches loyales et sérieuses en vue de procéder au reclassement de la salariée :

- l'employeur a adressé à 138 établissements dépendant de ce groupement auquel il appartient une demande en vue de procéder au reclassement de la salariée en joignant à son envoi un document retraçant l'état civil de la salariée, son niveau d'étude et de formation, son parcours professionnel, sa situation actuelle et les conclusions du médecin du travail,

- il n'est pas établi qu'il existe des possibilités de permutation entre les enseignes franchisées autres que celles contactées par l'employeur.

Ce faisant, la cour d'appel de Riom refuse de reconnaître l'obligation de l'employeur d'effectuer des recherches de reclassement auprès de l'ensemble des intervenants du réseau, incluant les centrales, les plateformes logistiques, les magasins, etc.

A rapprocher : CA Versailles, 1^{er} mars 2017, n°15/02579 ; CA Aix-en-Provence, 6 juin 2014, RG n°12/04674 ; CA Riom, 13 décembre 2011, RG n°10/02369

Clause de non-concurrence post-contractuelle et limitation dans l'espace

Cass. com., 2 octobre 2019, n°18-15.676, Publié au Bulletin

Ce qu'il faut retenir :

Est nulle la clause de non-concurrence post-contractuelle qui n'est pas limitée dans l'espace, celle limitée à un territoire imprécis, comme celle dont la limitation territoriale apparaît excessive. Il en va de même de la clause érigeant une interdiction dans un rayon de cinquante kilomètres autour du point de vente et de tout fonds de commerce exploité par le créancier de l'obligation, une telle interdiction conduisant au cas présent, compte tenu du maillage de l'enseigne, à une impossibilité de fait de toute réinstallation du débiteur sur le territoire national.

Pour approfondir :

Le 26 avril 2010, la société A..., spécialisée en conseil pour les affaires et la gestion, a conclu avec la société B..., en vue de l'exploitation d'un magasin appartenant à celle-ci, **un contrat de gérance-mandat** d'une durée d'un an avec tacite reconduction, prenant effet au 1^{er} avril 2010 ; la société B... l'ayant informée, par lettre du 14 janvier 2013, que le contrat ne serait pas renouvelé au-delà du 31 mars 2013, la société A... l'a assignée, le 25 septembre 2013, en paiement de dommages-intérêts, notamment pour rupture brutale de la relation commerciale établie en application de l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce et, subsidiairement, sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, ainsi qu'en **annulation de la clause de non-concurrence post-contractuelle** et en réparation du préjudice

correspondant. Le présent commentaire se concentre uniquement sur la question de la validité de la clause de non-concurrence post-contractuelle.

Ladite clause de non-concurrence post-contractuelle est rédigée de la manière suivante :

« En cas de cessation des relations contractuelles quelle qu'en soit la cause, le Gérant Mandataire et ses représentants s'interdisent d'exercer, directement ou indirectement à quelque titre que ce soit, dans un rayon de cinquante (50) kilomètres à vol d'oiseau du fonds de commerce objet du présent mandat et de tous fonds de commerce qui seraient exploités par le Mandant, une activité susceptible de concurrencer directement ou indirectement ce dernier, et ce, pendant une durée de deux ans à compter de la date d'expiration ».

Ainsi donc, cette clause de non-concurrence post-contractuelle était :

- limitée quant à l'activité en cause : à savoir l'activité visée par le contrat,
- limitée dans le temps : à savoir deux ans à compter de la date de cessation du contrat,
- limitée dans l'espace : à savoir, un rayon de cinquante kilomètres autour du point de vente visé par le contrat **et de tout fonds de commerce qui serait exploité par le mandant.**

Au cas d'espèce, la validité de la clause de non-concurrence post-contractuelle du contrat de gérance-mandat était contestée sous l'angle de la liberté d'entreprendre : la société A... soulevait en effet la nullité de cette clause aux motifs que la nature de l'activité interdite n'était pas suffisamment précise, que les limitations dans l'espace étaient trop étendues, et que la clause était ainsi disproportionnée.

Après avoir rappelé qu'« [i]l est de principe qu'une clause de non-concurrence est licite, dès lors qu'elle est limitée dans le temps et dans l'espace et proportionnée aux intérêts légitimes à protéger » (v. récemment, sur ce point : Cass. com., 28 novembre 2018, n°17-18.619 ; CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 3 octobre 2018, n°16/11454 ; CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 3 octobre 2018, n°16/05817), la cour d'appel de Paris (CA Paris, Pôle 5 – chambre 4, 17 janvier 2018, n°15/04973) annule ladite clause pour trois motifs distincts, à savoir :

- « La clause limite à un rayon de cinquante kilomètres autour des magasins Gifi la possibilité

au gérant-mandataire et à ses représentants d'exercer une activité susceptible de concurrencer directement ou indirectement son activité. **Cette clause apparaît très étendue quant à l'espace concerné par l'interdiction d'exercer une activité concurrente, l'espace n'étant pas précisément défini et limité » ;**

- « En outre, la clause est disproportionnée au regard de la durée de la restriction de **2 années** (...) »
- « la clause est **disproportionnée au regard [...] du but recherché par celle-ci, alors que le savoir-faire justifiant l'interdiction n'est pas décrit et encore moins établi** ».

L'auteur du pourvoi (incident) indiquait quant à lui :

- qu'est suffisamment limitée dans l'espace et dans le temps – et donc licite –, une clause qui interdit pendant une durée de deux ans à un ancien mandataire-gérant d'exercer directement ou indirectement une activité susceptible de concurrencer celle du mandant dans un rayon de cinquante kilomètres à vol d'oiseau du fonds de commerce objet du mandat et de tous fonds de commerce qui seraient exploités par le gérant, de sorte que la cour d'appel a violé l'article 1134 du Code civil en sa version applicable au litige,
- et qu'en ne s'expliquant pas sur le fait expressément souligné par les conclusions de la société B... que son réseau ne couvrait absolument pas le territoire national et laissait une très large marge d'installation à son ancien mandataire-gérant, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte précité.

L'arrêt commenté retient que :

« Mais attendu que l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que la clause de non-concurrence prévue au contrat, qui fixe à un rayon de cinquante kilomètres à vol d'oiseau autour des magasins [B...] l'interdiction pour la société [A...] ou ses représentants d'exercer une activité concurrente, conduit, compte tenu de la densité du réseau de la société [B...] sur l'ensemble du territoire français et de la diversité de son activité, à une impossibilité, de fait, de toute réinstallation ; qu'il retient encore que la clause ne décrit ni n'établit l'intérêt légitime de la société [B...], justifiant une telle interdiction pendant une durée de deux

années ; qu'en l'état de ces appréciations, la cour d'appel, qui a ainsi répondu aux conclusions invoquées par la seconde branche, a pu annuler cette clause ; que le moyen n'est pas fondé ».

Deux idées se dégagent donc de l'arrêt commenté.

En premier lieu, pour ce qui concerne la question de la limitation dans l'espace, la jurisprudence retient traditionnellement qu'est nulle la clause de non-concurrence post-contractuelle qui n'est pas limitée dans l'espace (CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 9 janvier 2019, n°16/21425 ; CA Nancy, 6 mai 2015, n°14/00190), celle limitée à un territoire imprécis (CA Paris, 23 septembre 2015, n°12/22096), comme celle dont la limitation territoriale apparaît excessive (CA Bourges, 10 septembre 2015, n°15/00061 et Cass. com., 23 septembre 2014, n°13-20.454 : pour un rayon de 50 km autour du point de vente ; v. aussi, Cass. com., 12 mars 2002, n°99-14.762).

Le courant majoritaire de la jurisprudence admet le plus souvent une limitation géographique au « territoire » conféré à titre exclusif au distributeur (CA Rennes, 23 octobre 2007, n°06/06364 ; CA Rennes, 17 janvier 2012, n°10/07801) ; mais, il est vrai aussi qu'une étendue bien plus large peut être admise (v. par exemple : CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 3 mai 2017, n°12/23530 : un rayon de 150 Km autour d'une agence d'auto-école ; CA Paris, Pôle 5, chambre 5, 5 juillet 2018, n°16/04886 et n°16/05225 : un rayon de 80 Km autour d'une agence de courtage en prêts immobiliers).

Or, en l'espèce, la chambre commerciale de la Cour de cassation approuve l'arrêt objet du pourvoi (à juste titre selon nous) en ce qu'il a retenu que la condition relative à la limitation dans l'espace n'est pas remplie dès lors que l'interdiction – s'appliquant à un rayon de cinquante kilomètres à vol d'oiseau autour de chacun des magasins du réseau (et non pas seulement au magasin objet du contrat) – revenait au cas présent, compte tenu de l'importance du maillage territorial de l'enseigne considérée, à une impossibilité de fait de toute réinstallation sur le territoire national. C'est là l'apport de l'arrêt commenté.

En second lieu, pour ce qui concerne la question de la limitation dans le temps, la jurisprudence retient traditionnellement qu'est nulle la clause de non-concurrence post-contractuelle qui n'est pas suffisamment limitée dans le temps (v. pour une durée de deux ans à compter de la cessation du contrat : CA Paris, Pôle 5, chambre 5, 5 juillet 2018, n°16/05225, JurisData n°2018-013211 ; CA Paris, Pôle 5, chambre

10, 18 juin 2018, n°16/18446 – v. *contra*, CA Rouen, 10 mars 2017, n°15/04721 : considérant que la clause de non-concurrence post-contractuelle applicable pour une durée de deux ans est proportionnée).

Or, en l'espèce, la chambre commerciale de la Cour de cassation approuve l'arrêt objet du pourvoi en ce qu'il a retenu que la condition relative à la limitation dans le temps n'est pas remplie.

A rapprocher : La clause de non-concurrence post-contractuelle dans les contrats de distribution (Panorama de jurisprudence et Prospective)

CONCURRENCE & CONSOMMATION

Déséquilibre significatif et rejet de la demande du ministre de l'économie en cas d'échantillonnage
TC Rennes, 22 octobre 2019, n°2017F00131

Ce qu'il faut retenir :

Le ministre chargé de l'économie a l'obligation de verser aux débats les contrats dont il entend faire juger qu'ils comportent des dispositions relevant du déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Autrement dit, la juridiction saisie par le ministre ne peut accueillir les demandes qu'il formule au titre de contrats qu'il s'abstient de verser aux débats. Ce faisant, la demande du ministre doit être rejetée.

Pour approfondir :

Dans cette affaire, le ministre chargé de l'économie avait notamment demandé au tribunal de commerce de Rennes de dire et juger que les obligations imposées aux franchisés dans le cadre d'un contrat de franchise étaient manifestement déséquilibrées au sens de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce. Le ministre de l'économie avait procédé à ce qu'il est convenu d'appeler la technique de « l'échantillonnage », en faisant valoir que l'ensemble des contrats de franchise conclus par le franchiseur (67 au total) comportait des stipulations contraires aux dispositions de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce, sans pour autant verser chacun de ces contrats aux débats ; il n'en communiquait que 20 sur 67. Autrement dit, le ministre de l'économie

considérerait ainsi qu'« un seul et même modèle de contrat, comprenant des clauses (ou des mises en œuvre de clauses) qu'il estime litigieuses, vaut pour l'ensemble du réseau » (Jugement, page 34).

Le franchiseur, défendeur à l'action, faisait valoir qu'il appartient au demandeur, le ministre de l'économie, de démontrer que chacun desdits contrats comporte effectivement les clauses litigieuses, ce qui implique qu'il verse donc chacun de ces contrats aux débats. Plus précisément, quels étaient les moyens en présence ?

En l'espèce, les motifs avancés par le ministre de l'économie n'étaient pas de la plus grande clarté puisque, répondant à l'un (seulement) des griefs opposés par le défendeur, il se contentait d'indiquer : « le ministre ne s'est pas abstenu de produire aux débats des contrats de franchise au mépris du principe du contradictoire dans la mesure où le ministre a versé aux débats l'ensemble des contrats de franchise que les enquêteurs de la DGCCRF ont pu recueilli lors de leurs investigations ». La technique de « l'échantillonnage » dispenserait alors le ministre de verser tous les contrats.

La position du défendeur se fondait (logiquement) sur :

- le principe fondamental inscrit à l'article 9 du Code de procédure civile selon lequel : « Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention » ;
- l'article 132 du Code de procédure civile (« La partie qui fait état d'une pièce s'oblige à la communiquer à toute autre partie à l'instance. La communication des pièces doit être spontanée. ») et l'article 133 du même code (« Si la communication des pièces n'est pas faite, il peut être demandé, sans forme, au juge d'enjoindre cette communication. »).

Avant le jugement commenté, le droit positif se caractérisait par un ensemble de décisions, comprenant notamment :

- deux jugements du tribunal de commerce de Créteil rendu le 13 décembre 2011, ayant relevé : « [...] le tribunal ne peut pas se prononcer sans faire référence à des faits précis, que le ministre pour justifier sa demande verse aux débats 124 contrats relatifs à 58 fournisseurs et qu'il demande au tribunal, sur cette base, de statuer sur "le

contrat cadre annuel 2009 et son annexe II (conditions d'achat)" de manière générale indiquant qu'environ 2.750 fournisseurs pourraient être concernés, alors que chacun de ces contrats est individualisé avec le nom du fournisseur, que, même si ces 124 contrats comportent des clauses identiques, le tribunal ne peut généraliser à l'ensemble des fournisseurs sur la base des 124 contrats en statuant, de manière générale sans référence à des contrats précis et donc à des fournisseurs précis » (TC Créteil, 13 décembre 2011, n°2009F01017 et n°2009F01018, inédits (voir sur Lexbase)) ;

- un arrêt rendu le 1^{er} octobre 2014 par la cour d'appel de Paris, ayant relevé que « le ministre de l'économie, demandeur à l'action, [a] la charge de la preuve devant les juridictions commerciales [...] » (CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336) ;
- un arrêt rendu le 20 décembre 2017 par la cour d'appel de Paris retenant : « Si le principe de la présomption d'innocence, selon lequel le doute profite à l'accusé, s'applique à la pratique de déséquilibre significatif, celle-ci relevant de la matière pénale au sens de l'article 6 de la CEDH, il appartient au juge commercial de vérifier que Y apporte la démonstration de la caractérisation de la pratique, par des éléments suffisamment probants, conformément à l'article 9 du Code de procédure civile, selon lequel « Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention » (CA Paris, Pôle 5 – chambre 4, 20 décembre 2017, n°13/04879) ; ainsi donc, « si le ministre prétend que les clauses litigieuses ont été « intégrées dans toutes les conventions » [...] ou que « tous les fournisseurs de la société intimée ont donc été concernés par ces clauses » [...], il n'appuie cette affirmation sur aucun élément de preuve, son action ne reposant que sur les cinq conventions précitées, seules communiquées aux débats [...]. Le ministre soutient en vain que la majorité des fournisseurs d'ITM serait concernée par la clause, et serait dans l'incapacité de résister aux demandes d'ITM, car il n'en rapporte pas la preuve, seules 5 conventions étant versées aux débats » (CA Paris, Pôle 5 – chambre 4, 20 décembre 2017, préc.).

En retenant que, s'agissant des contrats de franchise non versés aux débats, le ministre chargé de l'économie est défaillant dans l'administration de la preuve, le

jugement commenté s'inscrit dans le courant jurisprudentiel qui vient d'être présenté.

Pour motiver cette solution – parfaitement justifiée selon nous –, le tribunal de commerce de Rennes observe qu'« un contrat de franchise n'est pas de facto un contrat d'adhésion », que la « capacité de négociation du futur franchisé existe, surtout dans un réseau de moyenne envergure [...] » et qu'« il est donc impossible de considérer que le contrat signé par un franchisé soit strictement identique à celui signé par un autre franchisé », outre que « le contrat de franchise n'est soumis à aucun formalisme, et peut exister sans écrit [...] ».

A rapprocher : CA Paris, Pôle 5 – chambre 4, 20 décembre 2017, n°13/04879 ; CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336 ; TC Créteil, 13 décembre 2011, n°2009F01017 et n°2009F01018

Déséquilibre significatif et charge de la preuve
TC Rennes, 22 octobre 2019, n°2017F00131

Ce qu'il faut retenir :

Le ministre de l'Economie et des Finances supporte la charge de la preuve des éléments constitutifs du déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Cette preuve ne saurait être établie par la production de procès-verbaux contenant les déclarations péremptoires et non démontrées des prétendues victimes.

Pour approfondir :

Le ministre de l'Economie et des Finances supporte en toutes circonstances la charge de la preuve, conformément à l'article 9 du Code de procédure civile « (...) le ministre de l'économie, demandeur à l'action, ayant la charge de la preuve devant les juridictions commerciales (...) » (CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n° 13/16336).

Cette règle fondamentale s'applique notamment lorsque le ministre de l'Economie et des Finances engage une action fondée sur le **déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties** : « Si le principe de la présomption d'innocence, selon lequel le doute profite à l'accusé, s'applique à la pratique de déséquilibre significatif, celle-ci relevant de la matière pénale au sens de l'article 6 de la CEDH, il

appartient au juge commercial de vérifier que le ministre apporte la démonstration de la caractérisation de la pratique, par des éléments suffisamment probants, conformément à l'article 9 du Code de procédure civile, selon lequel « il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention » (CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879).

Pour ce qui concerne la preuve du déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, il convient d'apprécier en outre les clauses à l'aune de l'économie générale et, le plus souvent, ce n'est pas une clause mais la somme de plusieurs clauses simplement déséquilibrées, qui établira un déséquilibre significatif.

En application des principes du droit commun de la preuve, la preuve de la réunion des éléments constitutifs du déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties échoit à celle qui se prétend victime (CA Paris, 24 juin 2016, n°13/20422 ; CA Paris, 14 déc. 2016, n°14/12201 ; CA Paris, 15 fév. 2017, n°14/14971 ; CA Paris, 13 sept. 2017, n°16/04443). Cette remarque vaut encore pour caractériser notamment l'existence d'une soumission ou tentative de soumission (CA Paris, 16 février 2018, n°16/05737 ; CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879 (deux arrêts)).

Ce faisant, le tribunal de commerce de Rennes a, dans le jugement commenté, considéré à plusieurs reprises que le ministre de l'Economie et des Finances était défaillant dans la charge de la preuve qui lui incombe.

Ainsi, s'agissant de l'obligation d'approvisionnement, pour laquelle le ministre soutenait que, même si la clause était licite, les produits dont l'approvisionnement était encadré n'apportaient rien à l'identité du réseau, outre que, selon les déclarations des franchisés, les prix pratiqués par la centrale d'approvisionnement étaient supérieurs de 20 à 30 % aux prix du marché pour des produits d'une moindre qualité, le tribunal a examiné strictement les éléments probants qui lui étaient présentés. Le tribunal, après avoir constaté que la clause du contrat de franchise n'interdi[sai]t pas aux franchisés de s'approvisionner chez d'autres fournisseurs, après en avoir averti le franchisé, relève que :

- « [le ministre] ne démontre rien au soutien de sa prétention :
 - ni que certains franchisés se seraient vus interdire, par le Franchiseur, la possibilité de

se fournir ailleurs sur des produits strictement identiques [...],

- *ni que les produits vendus aux franchisés par [la centrale d'approvisionnement] étaient vendus à des prix « plus élevés que ceux pratiqués par des grossistes tiers »,*
- *ni que les marges « substantielles », comme le dit le ministre, faites par « la centrale d'approvisionnement] sur les produits qu'elle vendait aux franchisés, auraient pénalisé la propre marge brute de ces franchisés. »*
- *« le ministre n'étaye ses prétentions que sur la base de déclarations de franchisés, qui, mêmes si elles sont concordantes, et démontrent, au mieux, que des voix pouvaient s'élever au sein du réseau, ne sont corroborés par aucun autre élément de preuve, de sorte que le tribunal les juge insuffisamment probantes pour démontrer la soumission ou tentative de soumission du franchiseur, car elles sont insuffisamment objectives ».*

La position du tribunal de commerce sur ce point ne peut être que saluée.

A rapprocher : CA Paris, 1^{er} octobre 2014, n°13/16336 ; CA Paris, 16 février 2018, n°16/05737

Déséquilibre significatif et prescription

TC Rennes, 22 octobre 2019, n°2017F00131

Ce qu'il faut retenir :

Selon le tribunal de commerce de Rennes, le point de départ de l'action engagée par le ministre chargé de l'économie sur le fondement de l'ancien article L.442-6, I, 2° (devenu l'article L.442-1, I, 2°) du Code de commerce correspond à la date à laquelle, selon l'article 2224 du Code civil, il a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer son action. Mais, pour la juridiction, ce point de départ correspond à la date de réalisation des « premiers actes d'enquête » ; cette position, critiquable en droit, emporte des répercussions dangereuses en ce qu'elle conduit en pratique à rendre le plus souvent imprescriptible l'action engagée par le ministre chargé de l'économie...

Pour approfondir :

Dans cette affaire, le ministre chargé de l'économie a assigné le franchiseur devant le tribunal de commerce de Rennes aux motifs notamment que certaines clauses figurant dans **certains contrats de franchise** conclus avec les franchisés du réseau seraient nulles car elles renfermeraient des obligations constitutives d'un **déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties au sens de l'ancien article L.442-6, I, 2° (devenu l'article L.442-1, I, 2°) du Code de commerce.**

L'instance a été introduite par le chargé de l'économie par acte extrajudiciaire signifié au franchiseur le 15 mars 2017.

Différents franchisés ou ex-franchisés sont ensuite intervenus volontairement à titre principal à la cause du ministre et ont notamment sollicité l'**annulation de leur contrat** de franchise, alléguant également l'existence d'obligations prétendument manifestement déséquilibrées dans le contrat. Parmi les moyens de défense soulevés, le franchiseur a opposé la prescription de l'action du ministre chargé de l'économie (I°) et de certains intervenants volontaires (II°).

I. Prescription de l'action du ministre chargé de l'économie

Le franchiseur a tout d'abord relevé que la prescription était acquise pour certaines demandes du ministre formulées pour certains contrats de franchise contenant prétendument les obligations litigieuses.

A l'appui de son argumentation, le franchiseur a, dans un premier temps, mis en évidence que les textes applicables à l'action du ministre sont muets au sujet de la prescription des actions fondées sur l'article L.442-6 du Code de commerce, de sorte qu'il est nécessaire de se référer aux solutions issues du droit commun.

Il a, dans un deuxième temps, mis en avant le fait que, lorsque le ministre sollicite la nullité de clauses d'un contrat, il agit dans l'intérêt de la « victime », de sorte que son action doit, en toute logique, être enserrée dans les mêmes limites que celles de la prétendue « victime » ; l'action exercée par le ministre afin d'obtenir l'annulation d'une clause, se prescrirait donc selon les mêmes règles que celles qui gouvernent l'action dont dispose la « victime ».

S'agissant de la durée de la prescription, le franchiseur en a déduit que, en application de :

- l'(ancien) article 1304 alinéa 1 du Code civil – applicable aux contrats litigieux – disposant que « *Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure cinq ans.* » et,
- l'article 2224 du Code civil prévoyant que « *Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer.* »

l'action du ministre destinée à obtenir l'annulation d'une clause se prescrit par cinq ans.

S'agissant du point de départ de la prescription, le franchiseur a soutenu que seule la date à laquelle les franchisés auraient été victimes d'une soumission ou tentative de soumission à des clauses créant un déséquilibre significatif peut être retenue ; à son sens, il ne peut s'agir que de la date de conclusion des contrats de franchise.

Pour soutenir sa thèse, le franchiseur a notamment relevé que, l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce constituant un texte de nature répressive, il était possible de raisonner par référence aux principes régissant la matière pénale.

En conséquence, le point de départ de la prescription est fixé au jour où l'infraction est constituée, à savoir, en l'espèce, l'action qui aurait consisté pour le franchiseur à « *soumettre ou tenter de soumettre* » ses franchisés à une clause génératrice d'un déséquilibre significatif : l'infraction édictée par l'article L.442-6, I, 2°, serait donc nécessairement consommée au plus tard au moment de la conclusion du contrat.

Le point de départ de la prescription de l'action des franchisés étant fixée au jour de la conclusion des contrats de franchise litigieux, celle du ministre doit donc elle aussi, selon le franchiseur, être fixée au jour de la conclusion desdits contrat de franchise.

Dès lors, l'action du ministre ayant été initiée le 15 mars 2017, le franchiseur en a conclu que l'action en annulation de certaines stipulations des contrats de franchise engagée par le ministre est par conséquent prescrite pour tous les contrats conclus avec le franchiseur antérieurement au 14 mars 2012.

II. Prescription de l'action des intervenants volontaires

Le franchiseur a ensuite soutenu que la prescription de l'action de certains intervenants volontaires était également acquise en l'espèce.

De la même manière, le franchiseur a estimé que la faute reprochée sur le fondement de l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce d'avoir « *[soumis] ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* » est consommée au jour de la conclusion du contrat ; il en déduit que le point de départ du délai de la prescription de l'action en annulation est, en principe, la date de conclusion du contrat, dès lors que c'est à compter de ce jour que le droit d'agir est né.

L'action des intervenants volontaires est ainsi, selon lui, enfermée dans un délai de prescription de 5 années à compter de la conclusion respective de leur contrat de franchise ; l'action de certains intervenants volontaires était donc prescrite, leurs contrats ayant été conclus plus de 5 ans avant la date de leur intervention volontaire.

Dans son jugement du 22 octobre 2019, le tribunal de commerce n'a néanmoins pas suivi la thèse du franchiseur.

Le tribunal a bien retenu la même durée de prescription que celle visée par le franchiseur, à savoir 5 ans.

La juridiction a en revanche retenu un point de départ de la prescription significativement différent et paraissant critiquable compte tenu des conséquences que le raisonnement retenu implique.

Sur le fondement de l'article 2224 du Code civil, le tribunal a relevé, tant s'agissant de l'action du ministre que de celle des intervenants volontaires à titre principal, que le point de départ de la prescription devait être fixé au jour « *où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits qui lui permette de l'exercer* ».

Le tribunal en a déduit que :

- s'agissant de l'action du ministre, le point de départ de son action correspondrait à la date des premiers actes d'enquête, soit le 14 mars 2013 au regard des pièces produites par le ministre ; le tribunal en déduit que l'action initiée par le

ministre le 15 mars 2017 ne serait donc pas prescrite ;

- s'agissant de l'intervention volontaire à titre principal de certains franchisés, le point de départ de leur action correspondrait au jour où ces derniers « *ont connu les faits attaqués* » c'est-à-dire « *à l'occasion de leur audition par les services du ministre* » ; le point de départ de l'action des intervenants volontaires serait donc fixée au 18 décembre 2016, date de la première audition d'un franchisé du réseau ; le tribunal en déduit que l'action des intervenants volontaires formée le 25 juillet 2018 dans le cadre de leurs conclusions d'intervention volontaire ne serait donc pas prescrite.

Cette solution n'est cependant pas satisfaisante et paraît même dangereuse :

- d'une part, elle conduit à instaurer un point de départ uniforme de la prescription de l'action des intervenants volontaires à la date de la première audition de l'un d'entre eux ;
- d'autre part et surtout, admettre comme point de départ de la prescription le jour où le ministre commence son enquête en application de la condition posée à l'article 2224 du Code civil (le jour où la personne « *a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant d'exercer [son action]* »), reviendrait en pratique à rendre le plus souvent son action imprescriptible.

Tant que le ministre n'enquête pas, la prescription ne commence pas à courir.

Si le ministre n'enquête pas, l'action ne se prescrit pas.

Si le ministre n'enquête jamais, son action n'est jamais prescrite, le ministre pouvant à tout instant et, selon sa décision unilatérale décider ou non d'enquêter et d'assigner.

Cette situation place les opérateurs économiques dans une situation d'insécurité juridique certaine et qui n'est pas souhaitable.

La prescription constitue en effet pour l'auteur d'un fait délictueux la traduction d'un « *droit à l'oubli* » et protège ce dernier contre l'introduction perpétuelle d'une action judiciaire.

La solution retenue par le tribunal de commerce de Rennes ne peut donc être confirmée en l'état.

A rapprocher : Conseil constitutionnel, Décision n°2018-749 du 30 novembre 2018, LDR, 15 janvier 2019 ; Conseil constitutionnel, Décision n°2010-85 du 13 janvier 2011

Pratiques restrictives de concurrence et spécialisation du contentieux

Cass. com., 18 septembre 2019, n°17-19.653 ;
Cass. com., 18 septembre 2019, n°18-10.225

Ce qu'il faut retenir :

Seuls les recours formés contre les décisions rendues par les juridictions spécialement désignées par l'article D.442-3 du Code de commerce sont portés devant la cour d'appel de Paris, les recours contre les décisions rendues par des juridictions non spécialement désignées, y compris dans l'hypothèse où elles ont, à tort, statué sur l'application de l'article L.442-6 du même code, relevant des cours d'appel dans le ressort desquelles ces juridictions sont situées, conformément à l'article R.311-3 du Code de l'organisation judiciaire ; et il appartient à ces cours d'appel de relever d'office, le cas échéant, la fin de non-recevoir tirée du défaut de pouvoir juridictionnel du premier juge pour statuer sur un litige relatif à l'application de l'article L.442-6 du Code de commerce et l'irrecevabilité des demandes formées devant ce juge en résultant (1^{ère} esp.).

L'action fondée sur les dispositions du droit commun de la responsabilité contractuelle, précisément sur le fondement des seuls articles 1134, 1147, 1149 et 1184 du Code civil, ne saurait être valablement introduit devant la juridiction spécialement désignée en application de l'article D.442-3 du Code de commerce (2^{ème} esp.).

Pour approfondir :

Les deux affaires commentées présentent cette particularité commune de concerner des demandes relatives à des pratiques restrictives de concurrence portées devant une juridiction non spécialisée.

Dans la première affaire commentée (Cass. com., 18 septembre 2019, n°17-19.653), une société A..., distributeur de boissons, a, le 28 juin 2008, passé commande auprès d'une société B..., avec laquelle elle entretenait des relations commerciales depuis 1991, d'un logiciel informatique spécifique.

Reprochant à la société B... divers dysfonctionnements, elle l'a assignée, le 27 mai 2013, devant le tribunal de commerce de Gap, en remboursement du montant de la facture réglée et en paiement de dommages-intérêts, au titre du préjudice subi, et pour résistance abusive.

La société B... a formé une demande reconventionnelle de **dommages-intérêts pour rupture brutale d'une relation commerciale établie**, à laquelle le tribunal de commerce de Gap a fait droit (TC Gap, 9 janvier 2015, n°2013001591).

La société A... a formé appel devant la cour d'appel de Grenoble du jugement ayant rejeté sa demande et l'ayant condamnée à payer des dommages-intérêts à la société B... pour rupture de la relation commerciale établie.

Pour déclarer irrecevable l'appel de la société A..., l'arrêt objet du pourvoi (CA Grenoble, 8 décembre 2016, n°15/00630) retient que le tribunal a expressément fait application de l'article L.442-6 du Code de commerce qui était invoqué par la société B... au soutien de sa demande reconventionnelle et que seule la cour d'appel de Paris est compétente pour statuer sur le recours formé contre le jugement.

Pour casser ledit arrêt de la cour d'appel de Grenoble en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 18 septembre par la chambre commerciale de la Cour de cassation retient « *que, saisie de l'appel d'un jugement rendu par le tribunal de commerce de Gap, juridiction non spécialisée située sur son ressort, il lui appartenait de déclarer l'appel recevable, de constater, le cas échéant, le défaut de pouvoir juridictionnel du tribunal pour statuer sur un litige relevant de l'article L.442-6 du Code de commerce et de statuer dans les limites de son propre pouvoir juridictionnel sur les demandes formées devant elle, la cour d'appel a violé les textes susvisés* », à savoir l'article L.442-6, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019, et l'article D.442-3 du Code de commerce, ensemble l'article R.311-3 du Code de l'organisation judiciaire.

Autrement dit, consacrant un développement particulièrement didactique, comme pour clarifier les règles en présence, la Cour de cassation énonce que seuls les recours formés contre les décisions rendues par les juridictions spécialement désignées par l'article D.442-3 du Code de commerce sont portés devant la cour d'appel de Paris, les recours contre les décisions rendues par des juridictions non spécialement désignées, y compris dans l'hypothèse où elles ont, à

tort, statué sur l'application de l'article L.442-6 du même code, relevant des cours d'appel dans le ressort desquelles ces juridictions sont situées, conformément à l'article R.311-3 du Code de l'organisation judiciaire ; qu'il appartient à ces cours d'appel de relever d'office, le cas échéant, la fin de non-recevoir tirée du défaut de pouvoir juridictionnel du premier juge pour statuer sur un litige relatif à l'application de l'article L.442-6 du Code de commerce et l'irrecevabilité des demandes formées devant ce juge en résultant.

Dans la seconde affaire commentée (Cass. com., 18 septembre 2019, n°18-10.225), une société A..., ayant une activité de courtier en assurances, et une société B... ont conclu, le 11 mars 2011, un contrat prévoyant la livraison d'une nouvelle solution informatique de gestion des produits de santé et prévoyance, en deux lots, en juillet 2012 et décembre 2013 ; par lettre recommandée avec AR du 16 janvier 2015, la société A... a mis fin à sa relation commerciale avec la société B... en raison d'un dépassement de budget et d'un retard dans la livraison ; la société B... l'a assignée devant le tribunal de commerce de Nanterre, sur le fondement des articles 1134, 1147, 1149 et 1184 du Code civil, en paiement de dommages-intérêts au titre du préjudice subi du fait de la rupture unilatérale, brutale et infondée de la relation commerciale les liant ; la société A... a soulevé une fin de non-recevoir, tirée du défaut de pouvoir juridictionnel de ce tribunal au profit de celui de Paris, en application de l'article L.442-6, III, dans sa rédaction applicable à la cause et de l'article D.442-3 du Code de commerce (TC Nanterre, 16 juin 2016, n°2015F01049).

Pour déclarer irrecevable la demande de dommages-intérêts formée par la société B..., l'arrêt objet du pourvoi (CA Versailles, 7 novembre 2017, n°16/05118) relève que cette société prétendait, dans son assignation, avoir été victime d'une **rupture unilatérale de leurs relations commerciales, opérée de mauvaise foi, sans raison légitime, de manière abusive et brutale** par la société A... qui avait laissé se créer une confiance dans la poursuite d'un engagement, et en déduit que c'est à bon droit que les premiers juges ont constaté qu'ils étaient saisis d'une demande d'indemnisation fondée sur l'article L.442-6, I, 5°, du Code de commerce relevant du pouvoir juridictionnel du tribunal de commerce de Paris, juridiction spécialement désignée par l'article D.442-3 du Code de commerce pour le ressort de la cour d'appel de Versailles.

Pour casser ledit arrêt de la cour d'appel de Versailles en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 18 septembre par la chambre commerciale de la Cour de

cassation retient « *qu'en statuant ainsi, alors que, dans son assignation, la société B... avait fondé sa demande de dommages-intérêts sur les seules dispositions du droit commun de la responsabilité contractuelle et qu'elle avait précisé devant le tribunal qu'elle ne fondait pas sa demande d'indemnisation sur l'article L.442-6 du Code de commerce, peu important ses allégations, inopérantes, renvoyant à la notion de rupture brutale d'une relation commerciale établie, la cour d'appel, qui a dénaturé les écritures de la société B..., a violé le principe susvisé* », à savoir « *l'obligation pour le juge de ne pas dénaturer l'écrit qui lui est soumis* ».

La Cour de cassation considère que c'est à tort que les juges du fond ont pu déduire de la formulation des demandes de la société B... que celles-ci se fondaient (implicitement mais nécessairement) sur les dispositions de l'article L.442-6, I, 5°, du Code de commerce, dès lors que seules les dispositions du droit commun de la responsabilité contractuelle étaient invoquées et que le demandeur avait même précisé ne pas se fonder sur article L.442-6, I, 5°, « *peu important ses allégations, inopérantes, renvoyant à la notion de rupture brutale d'une relation commerciale établie* ».

Autrement dit, l'action fondée sur les dispositions du droit commun de la responsabilité contractuelle, précisément sur le fondement des seuls articles 1134, 1147, 1149 et 1184 du Code civil, ne saurait être valablement introduit devant la juridiction spécialement désignée en application de l'article D.442-3 du Code de commerce.

A rapprocher : Le nouvel article L.442-1 du Code de commerce relatif aux pratiques restrictives de concurrence engageant la responsabilité de leurs auteurs (Ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019)

Pratiques restrictives de concurrence et non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle
CA Paris, Pôle 5 – Chambre 5, 5 septembre 2019, n°17/01506

Ce qu'il faut retenir :

La demande de réparation fondée sur l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, de nature délictuelle, tend à la réparation d'un préjudice résultant de la rupture brutale d'une relation commerciale établie tandis que la demande de réparation en responsabilité contractuelle tend à la réparation

d'un préjudice résultant d'un manquement contractuel.

Ces deux actions ont donc un objet distinct et il est loisible à toute société demanderesse (en l'espèce un distributeur) de choisir le fondement qu'elle estime adéquat pour voir prospérer sa demande d'indemnisation, voire d'invoquer les deux fondements sans se voir opposer le principe de non-cumul entre responsabilités contractuelle et délictuelle dès lors que les demandes reposent sur des faits distincts ou tendent à la réparation de préjudices distincts.

Pour approfondir :

1. Genèse. – Le principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle est assez ancien Cass. civ., 11 janvier 1922, Pelletier, GAJC, 12^{ème} éd. 2008, n° 181 : « *C'est seulement en matière de délit ou de quasi-délit que toute faute quelconque oblige son auteur à réparer le dommage ; les articles 1382 et suivants du Code Civil sont sans application lorsque la faute a été commise dans l'exécution d'une obligation résultant d'un contrat* ».

2. Raison d'être. – on le sait, ce principe a reçu un accueil mitigé : en faveur du cumul des responsabilités, on a surtout fait valoir – du moins dans un premier temps – que la responsabilité délictuelle serait une institution d'ordre public et que, dès lors, elle constituerait « *un minimum que le contrat pourrait augmenter mais non pas diminuer* ». Cette opinion a été combattue par une grande majorité de la doctrine, celle-ci soulignant que la mission du cumul reviendrait très souvent à tenir en échec les règles de la responsabilité contractuelle et méconnaîtrait ainsi le respect dû à la volonté des parties.

3. Pratiques restrictives de concurrence. – Le principe de non-cumul a plus récemment nourri la jurisprudence, en particulier sous l'angle des pratiques restrictives de concurrence, dont le rappel permettra d'apprécier la portée de l'arrêt commenté.

Il convient tout d'abord de rappeler l'arrêt rendu le 24 octobre 2018 (Cass. com., 24 octobre 2018, n° 17-25.672, Publié au Bulletin, et notre commentaire : LDR 15 janvier 2019) par la chambre commerciale de la Cour de cassation ; selon cet arrêt, le principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle « *interdit seulement au créancier d'une obligation contractuelle de se prévaloir, contre le débiteur de cette obligation, des règles de la responsabilité* ».

délictuelle et n'interdit pas la présentation d'une demande distincte, fondée sur l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, qui tend à la réparation d'un préjudice résultant non pas d'un manquement contractuel mais de la rupture brutale d'une relation commerciale établie » (nous soulignons).

Dans l'espèce considérée, une société d'édition s'était inscrite – comme chaque année depuis 1997 –, à une convention annuelle organisée par une société regroupant des professionnels de son secteur d'activité (ci-après « l'organisateur »), afin de disposer d'un stand et d'y entreprendre des actions de communication. Cette société d'édition s'était finalement vu refuser l'octroi d'un stand quelques temps avant la tenue de cette convention annuelle. Après avoir tout d'abord obtenu une provision en référé, la société d'édition intenta une action devant le juge du fond, d'une part, sur le fondement de la responsabilité contractuelle et, d'autre part, sur le fondement de la rupture brutale d'une relation commerciale établie.

Les juges du fond (CA Paris, 22 juin 2017, n° 14/26121) devaient :

- reconnaître un manquement contractuel imputable à l'organisateur et un droit à réparation pour le préjudice commercial consistant en la perte de chance de percevoir des gains liés aux retombées de la convention annuelle ;
- débouter la société d'édition de sa demande fondée sur la rupture brutale d'une relation commerciale établie, au motif que « *c'est vainement que [cette dernière] soutient que le fait générateur de la responsabilité contractuelle (la non-exécution du contrat de 2010) serait distinct de celui de la responsabilité fondée sur l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce (la rupture brutale d'une relation commerciale vieille de 14 années), dès lors que c'est le refus d'attribution du stand en 2010 en violation du contrat qui est constitutif de la rupture alléguée, après 13 années de présence au congrès* ».

Selon la Cour d'appel de Paris, « *en raison du principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, [le demandeur] ayant agi sur le terrain de la responsabilité contractuelle et voyant d'ailleurs son action accueillie pour partie, ne pourra qu'être déboutée de sa demande indemnitaire fondée sur la responsabilité délictuelle à raison des mêmes faits* ».

C'est dans ce contexte que le pourvoi formé par la société d'édition invitait la Cour de cassation à censurer

les juges d'appel pour avoir refusé d'accorder à la victime la possibilité d'obtenir cumulativement des dommages-intérêts sur les deux fondements, à savoir l'indemnité réparant le préjudice contractuel, et l'indemnité distincte réparant la rupture brutale de la relation commerciale.

Au visa de l'ancien article 1147 du Code civil et de **l'article L. 442-6, I, 5°, du Code de commerce**, la chambre commerciale de la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel. Statuant tout à la fois sur l'articulation de ces deux fondements et sur la portée de la règle du « non-cumul », l'arrêt rendu le 24 octobre 2018 par la Cour de cassation retient que :

« ce principe interdit seulement au créancier d'une obligation contractuelle de se prévaloir, contre le débiteur de cette obligation, des règles de la responsabilité délictuelle et n'interdit pas la présentation d'une demande distincte, fondée sur l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, qui tend à la réparation d'un préjudice résultant non pas d'un manquement contractuel mais de la rupture brutale d'une relation commerciale établie ».

Cette décision a été abondamment commentée (C. Grimaldi, *Inexécution contractuelle et brutalité de la rupture d'une relation commerciale établie*, L'Essentiel, Droit de la distribution et de la concurrence, décembre 2018, n°11, page 4 ; G. Guerlin, *Le principe de non-cumul des responsabilités n'interdit pas de cumuler les demandes*, L'Essentiel, Droit des contrats, décembre 2018, n°111, page 6 ; J. Knetsch, *Responsabilité contractuelle et rupture brutale d'une relation commerciale : de l'art de cumuler malgré le principe du « non-cumul »*, RDC 2019, n° 115, p. 38 ; C. Berlaud, *Rupture brutale de relations commerciales et règles de la responsabilité civile*, Gaz. Pal. 27 nov. 2018, n° 335, p. 37 ; C.-S. Pinat, *Rupture brutale d'une relation commerciale établie : régime de l'action*, Dalloz, 15 novembre 2018).

Il convient ensuite de rappeler l'arrêt rendu le 10 avril 2019 (Cass. com., 10 avril 2019, n° 18-12.882, inédit) par la chambre commerciale de la Cour de cassation, selon lequel : « **le principe de non-cumul interdit seulement au créancier une obligation contractuelle de se prévaloir, contre le débiteur de cette obligation, des règles de la responsabilité délictuelle et n'interdit pas la présentation d'une demande distincte, fondée sur l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce, qui tend à la réparation d'un préjudice résultant non pas d'un manquement contractuel mais du fait distinct qu'est la rupture brutale d'une relation commerciale établie** » (nous soulignons).

Cette formulation est analogue à celle de l'arrêt précité du 24 octobre 2018. Dit autrement, selon cette décision, il est possible d'invoquer simultanément, dans une même instance, un fait A conduisant à un préjudice A' sur le fondement de la responsabilité contractuelle et un fait B conduisant à un préjudice B' sur le fondement de la responsabilité délictuelle.

En l'espèce, l'auteur du pourvoi faisait valoir que la responsabilité de nature délictuelle encourue par le producteur du fait de la rupture brutale d'une relation commerciale établie en cas de non-respect du préavis imposé par l'article L. 442-6-I, 5° du code de commerce et la responsabilité contractuelle sanctionnant la rupture abusive du contrat en cas de manquement à l'obligation de loyauté et de bonne foi sont fondées sur des faits générateurs distincts et ne tendent pas à la réparation du même préjudice.

4. Décision commentée. – L'arrêt commenté (CA Paris, Pôle 5 – Chambre 5, 5 septembre 2019, n° 17/01506) met en lumière des faits relativement simples, ce qui en accentue la portée, déjà grande. Une société A, de droit allemand, spécialisée dans la fabrication de sushis, et une société B, de droit français, spécialisée dans le commerce international de gros de produits de la mer, ont signé le 1^{er} janvier 2010 un contrat cadre aux termes duquel la société A a confié à la société B la commercialisation exclusive en France, Tunisie, Algérie et Maroc des sushis qu'elle fabriquait. Le contrat a été conclu pour une durée d'un an renouvelable automatiquement. Par lettre du 31 mars 2014, la société A a informé la société B qu'elle cesserait de l'approvisionner en sushis à compter de la fin du mois d'avril 2014 invoquant une hausse du coût des matières premières et des coûts élevés de logistique et de conditionnement. Par lettre RAR du 19 novembre 2014, la société B a invoqué les stipulations du contrat prévoyant un préavis d'une année en cas de résiliation par la société A et le paiement d'une indemnité de rupture équivalente à trois années de marge, soit une somme de 123.223 euros. La société A n'a pas donné suite à ce courrier. C'est ainsi que, par acte du 26 février 2015, la société B a assigné la société A devant le Tribunal de commerce de Créteil. La société A a soulevé l'incompétence du tribunal de commerce de Créteil au profit du tribunal de commerce de Paris en invoquant les dispositions de l'article L 442-6 I 5° du Code de commerce. La société B n'a pas discuté l'exception d'incompétence.

Par jugement du 1^{er} décembre 2015, le tribunal de commerce de Créteil s'est déclaré incompétent au profit du Tribunal de commerce de Paris. Puis, par

jugement du 15 décembre 2016, le tribunal de commerce de Paris a :

- débouté la société B de ses demandes ;
- l'a condamnée au paiement à la société A de la somme de 44.614,80 euros majorée des intérêts au taux légal à compter du 26 février 2015 ;
- débouté les parties de leurs autres demandes plus amples ou contraires ;
- ordonné l'exécution provisoire ;
- condamné la société B aux entiers dépens.

La société B a interjeté appel de cette décision le 18 janvier 2017.

C'est dans ce contexte que la société B, appelante, demande à la cour de :

- constater qu'elle n'a pas renoncé à invoquer à l'encontre de la société A les dispositions contractuelles liant les parties ;
- dire et Juger qu'elle ne s'est nullement contredite en invoquant devant la cour les dispositions contractuelles liant les parties ;
- rejeter les fins de non-recevoir soulevées par la société A ;
- dire et juger que l'examen global du contrat liant les parties ne révèle aucun déséquilibre significatif au détriment de la société A ;
- réformer le jugement du Tribunal de commerce de Paris du 15 décembre 2016 en ce qu'il l'a déboutée de ses demandes ;
- et, statuant à nouveau, vu les dispositions des anciens articles 1134 et 1156 du Code civil :
 - condamner la société A au paiement de la somme de 41.074,56 euros en réparation du préjudice subi du fait du non-respect du préavis contractuel ;
 - condamner la société A au paiement de la somme de 123.223,68 euros montant de l'indemnité de rupture prévue au contrat ;
 - dire que ces sommes produiront intérêts au taux légal à compter de la mise en demeure du 19 novembre 2014 ;
 - débouter la société A de sa demande de nullité de la clause prévue à l'article 10 du contrat.

Pour s'opposer aux fins de non-recevoir soulevées par la société A, la société B prétend n'avoir jamais renoncé à invoquer les dispositions contractuelles au profit des dispositions de l'article L 442-6 I 5° du Code de commerce. La société B précise que le fait qu'elle ait accepté la compétence du Tribunal de commerce de

Paris alors que la société A avait soulevé l'incompétence du Tribunal de commerce de Créteil en invoquant l'article L 442-6 I 5° du Code de commerce ne peut valoir renonciation de sa part à fonder son action sur l'article 1134 du Code civil et les stipulations contractuelles. Ensuite, elle soutient que le principe d'estoppel ne peut s'appliquer dès lors qu'elle ne s'est jamais contredite et que ses demandes ont toujours tendu aux mêmes fins, à savoir obtenir l'indemnisation du préjudice subi suite à la rupture des relations contractuelles par la société A qui n'a pas respecté les termes du contrat. La société B ajoute qu'en tout état de cause, les parties peuvent soulever des moyens nouveaux en cause d'appel.

Au soutien de son appel, la société B critique le jugement entrepris en ce qu'il a tranché le litige sur le fondement de l'article L 442-6 I 5° du Code de commerce alors qu'elle se prévalait de la responsabilité contractuelle. Elle affirme qu'aucun principe de non-cumul de responsabilités ne peut donc lui être opposé. La société B invoque l'article 10 du contrat qui prévoyait le respect d'un préavis de douze mois en cas de résiliation du contrat par la société A et le paiement d'une indemnité équivalente à trois ans de marge. En ce qui concerne le préavis, elle précise que la société A a mis fin au contrat par un courrier du 31 mars 2014 en prévoyant un préavis d'un mois seulement et soutient que le préavis annoncé n'a pas été respecté. Elle affirme qu'une somme de 41.074,56 euros lui est due à titre d'indemnité de préavis sur la base d'un chiffre d'affaires de 410.745,60 euros réalisé en 2013, d'une marge de 10 % et d'un préavis qui aurait dû être de 12 mois. En ce qui concerne l'indemnité de résiliation, elle réclame une somme de 123.223,68 euros ; la société B s'oppose à la demande de la société A tendant à voir constater la nullité de la clause contractuelle prévoyant la durée du préavis et l'indemnité contractuelle en raison d'un déséquilibre significatif prohibé par l'article L 442-2-6-1 du code de commerce. Elle prétend à cet effet que l'éventuel déséquilibre doit s'apprécier en analysant la totalité du contrat et non seulement ladite clause. Or elle soutient que le contrat litigieux était globalement plus favorable au producteur de sorte que l'article 10 avait pour objet de compenser le déséquilibre existant à son détriment. Elle ajoute que l'introduction d'un nouveau produit au sein de la grande distribution représentait un travail considérable, que les accords en matière de grande distribution étaient au minimum d'un an et que la durée du préavis d'un an avait pour but d'éviter qu'elle ne se trouve dans l'obligation de livrer ses propres clients sans avoir reçu l'approvisionnement afférent. Elle affirme enfin que l'indemnité de résiliation, fixée à

trois ans de marge brute, ne présente pas de caractère excessif.

La société A demande essentiellement à la Cour d'appel de confirmer le jugement rendu par le Tribunal de commerce de Paris le 15 décembre 2016 en toutes ses dispositions.

La société A considère à titre principal que le litige est soumis aux seules dispositions d'ordre public de l'article L 442-6 I 5° du Code de commerce dès lors que la demande de la société B vise à obtenir la réparation d'un préjudice causé par une rupture brutale d'une relation commerciale établie.

Or, elle considère qu'au regard de l'ancienneté des relations, soit trois ans et trois mois, de la faible part de ces relations dans le chiffre d'affaires de la société B (0,65%) et du fait que celle-ci était son client, le préavis d'un mois accordé était suffisant pour permettre à l'appelante de trouver un nouveau fournisseur.

En outre, elle soutient que la société B n'établit pas avoir subi un préjudice résultant de la rupture des relations et ne justifie pas de son quantum. En tout état de cause, elle estime que la somme réclamée au titre de l'indemnité de rupture doit être réduite à 1.506 euros correspondant à un mois de marge brute sur la base d'un chiffre d'affaire annuel de 410.745,60 euros et d'un taux de marge de 4,4%. Elle s'oppose à toute indemnisation au titre de l'indemnité de préavis, faute d'un préjudice distinct de celui découlant de la prétendue rupture brutale des relations commerciales.

Subsidiairement, la société A considère que les demandes contractuelles sont irrecevables et en toutes hypothèses non fondées. Elle invoque tout d'abord le principe de l'estoppel. Elle prétend à cet égard que la société B a acquiescé à l'application de l'article L 442-6 I 5° du Code de commerce tant en s'abstenant de contester la compétence du tribunal de commerce de Paris qu'en visant, dans ses conclusions de première instance, les dispositions de l'article L 442-6 I 5° du Code de commerce. Elle soutient en conséquence que la société B ne peut valablement changer de fondement en cause d'appel. Ensuite elle se prévaut de la nullité de l'article 10 du contrat en raison du déséquilibre significatif qu'il crée à son détriment.

Elle affirme à cet égard que la clause prévoit un préavis de douze mois alors que la durée initiale du contrat est d'un an et que l'indemnité de résiliation correspond à trois ans de marge alors même que la durée des relations aurait été inférieure à trois années et qu'elle

est calculée sur un taux de marge de 10% correspondant à plus du double de la marge effectivement réalisée. Elle ajoute qu'aucune disposition similaire n'était prévue en sa faveur en cas de résiliation du contrat à l'initiative de la société B. En toute hypothèse, elle soutient que les indemnités prévues à l'article 10 du contrat constituent une clause pénale dont le montant doit être modéré. Elle affirme encore que la société B ne rapporte pas la preuve du préjudice allégué. Enfin, à titre reconventionnel, la société A fait valoir que des sommes lui restent dues au titre de factures. Elle considère que la société B a reconnu être redevable d'une somme de 44.614,80 euros dans son assignation et que cela constitue un aveu judiciaire irrévocable. Elle ajoute qu'en appel, la société B ne conteste pas la demande en paiement formulée à son encontre.

C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris retient : « *Sur le fondement juridique de la demande d'indemnité de rupture : La société B fonde ses demandes d'indemnisation sur la responsabilité contractuelle de la société A. En défense, la société intimée prétend que la demande d'indemnisation au titre de la rupture ne peut être fondée que sur les dispositions de l'article L 442-6 I 5° du Code de commerce. Toutefois il y a lieu de relever que la demande de réparation fondée sur l'article L 442-6 I 5° du Code de commerce, de nature délictuelle, tend à la réparation d'un préjudice résultant de la rupture brutale d'une relation commerciale établie tandis que la demande de réparation en responsabilité contractuelle tend à la réparation d'un préjudice résultant d'un manquement contractuel. Ces deux actions ont donc un objet distinct et il est loisible à la société B de choisir le fondement qu'elle estime adéquat pour voir prospérer sa demande d'indemnisation, voire même d'invoquer les deux fondements sans se voir opposer le principe de non-cumul entre responsabilités contractuelle et délictuelle dès lors que les demandes reposent sur des faits distincts ou tendent à la réparation de préjudices distincts. En conséquence, c'est à tort que les premiers juges ont statué sur le fondement de l'article L. 442-6 I 5° du Code de commerce alors qu'était invoquée la responsabilité contractuelle de la société A ».*

A rapprocher : Rupture brutale des relations commerciales et principe de non-cumul des responsabilités, LDR 15 janvier 2019 (à propos de : CA Paris, Pôle 5 ch. 11, 30 novembre 2018, n° 16/23273 ; Cass. com., 24 octobre 2018, n° 17-25.672) ; Cass. com., 10 avril 2019, n° 18-12.882

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE & NOUVELLES TECHNOLOGIES

Comment transmettre un fichier clients en conformité avec le RGPD dans le cadre d'une cession de fonds de commerce exploité en franchise ?

Conseils pratiques

Ce qu'il faut retenir :

Dans le cadre d'une cession de fonds de commerce, il y a souvent confusion entre cession d'une clientèle et cession d'un fichier clients. Pourtant ces deux termes ne sont pas synonymes (l'un vise la clientèle personnelle rattachée à un fonds de commerce et l'autre adopte une conception plus large et peut viser aussi bien la clientèle personnelle que des prospects ou encore une clientèle rattachée exclusivement au franchiseur).

En tout état de cause, lorsque concomitamment à la cession d'un fonds de commerce un fichier est transmis, dès lors que celui-ci est constitué de données à caractère personnel, cette transmission ne peut se réaliser que sous réserve du respect de la réglementation applicable en matière de protection des données personnelles et plus particulièrement du RGPD.

Pour approfondir :

Lors de la cession d'un fonds de commerce, se pose la question relative aux conditions de transmission et d'exploitation du fichier clients.

Si la cession d'un fonds de commerce suppose la cession de la clientèle attachée au fond, rendre synonymes « clientèle » et « fichier clients » est un raccourci trop rapide.

D'ailleurs, puisque l'existence d'un fonds de commerce suggère nécessairement l'existence d'une clientèle, la confusion de ces deux notions laisserait penser que la formalisation d'un fichier clients est une obligation faute de quoi le fonds n'existerait pas.

En tout état de cause, toute transmission d'un fichier clients dans le cadre d'une cession de fonds de commerce doit être réalisée dans le strict respect de la réglementation applicable en matière de protection des données personnelles.

I. « Clientèle » et « fichier clients »

La « clientèle » n'a pas de définition juridique et les contours de cette notion restent flous ce qui, d'ailleurs, a donné lieu à une abondante jurisprudence sur le sujet.

Des critères jurisprudentiels ont alors été dégagés : la clientèle d'un fonds de commerce suppose que celle-ci soit :

- Commerciale (autrement dit provenir d'une activité commerciale) ;
- Réelle et certaine (en principe la clientèle doit être actuelle et ne devrait, sauf cas particulier, préexister au fonds, elle doit également présenter un caractère stable) ;
- Propre (autrement dit, elle doit regrouper les clients qui se fournissent auprès du commerçant car ils sont attirés par le fonds de commerce en fonction des qualités personnelles du commerçant qui exploite son fonds à risques et périls).

Par ailleurs, sur un plan comptable, la clientèle est une des principales composantes du poste « fonds commercial » et semble davantage désigner un potentiel assuré et valorisable de chiffre d'affaires que la formalisation d'une liste nominative.

A ce titre, n'entreraient donc pas dans la définition de la clientèle :

- Les prospects ;
- Les clients du réseau qui n'auraient réalisé aucun acte d'achat auprès du franchisé. A titre d'illustration, nous pouvons mentionner les clients qui réaliseraient une commande en ligne sur le site du franchiseur et qui sélectionneraient, via l'interface en ligne, le magasin auprès duquel ils souhaitent retirer leur commande ;
- De même les clients préexistants à la naissance du fonds de commerce et affectés à un franchisé suite à la création de son fonds car ils relèveraient de sa zone d'exclusivité ne devraient, en principe, pas relever de la définition de la clientèle.

Un « fichier clients » n'a quant à lui aucune définition ni légale ni jurisprudentielle et n'a au surplus, aucune existence comptable en tant que tel.

Dans un réseau de franchise, il existe une multitude de fichiers clients, lesquels peuvent appartenir au franchisé et/ou au franchiseur sans que cela ne puisse remettre en cause la propriété de la clientèle.

Il y a d'abord les fichiers concernant les clients et prospects des points de vente du réseau constitués par les franchisés et, le cas échéant, les succursales du franchiseur.

Il y a ensuite les fichiers constitués à partir des outils digitaux mis en place par le franchiseur comme par exemple les sites internet et applications mobiles ainsi que les fichiers constitués à partir d'opérations mises en œuvre sous la maîtrise du franchiseur comme par exemple des programmes de fidélité.

Enfin et en pratique, tous ces fichiers sont régulièrement centralisés dans un fichier unique tenu et structuré par le franchiseur notamment pour assister ses franchisés, en charge des opérations locales, et promouvoir son réseau à l'échelle nationale.

Si l'on s'intéresse au fichier clients rattaché à un point de vente, celui-ci est composé de plusieurs éléments.

S'il vise généralement des éléments permettant l'identification des personnes constituant la clientèle attachée au point de vente, le fichier a une conception plus large puisqu'il peut, dans certains cas et dans une certaine mesure, intégrer également des éléments permettant d'identifier des clients en partie rattachés au franchiseur et surtout des prospects.

En conséquence, « clientèle » et « fichier clients » ne se confondent pas et font référence à deux notions de nature différentes, qui peuvent être complémentaires. Dans un cas, la notion de « clientèle » renvoie à un élément constitutif du fonds de commerce, dans l'autre cas, la notion de « fichier clients » ne fait pas partie des éléments constitutifs du fonds de commerce et ne représente rien d'autre qu'un document créé à la libre discrétion de son producteur regroupant des éléments brutes permettant d'identifier les membres de la clientèle et de manière générale toute personne ayant entretenu une interaction de quelque nature que ce soit avec le producteur du fichier.

Un fonds de commerce n'existe que lorsqu'une clientèle propre au fonds existe.

Un fichier clients n'existe qu'en raison de la volonté de son producteur et conformément à ce qu'il décide d'y voir apparaître (les types de données contenues dans le

fichier, l'organisation des données au sein du fichier, etc.).

Ces deux notions, sans se contredire, sont régulièrement confondues au point où se pose fréquemment la question de la transmission du fichier clients dans le cadre de la cession d'un fonds de commerce par un franchiseur alors que cette transmission n'est nullement une obligation à moins que cédant et cessionnaire en aient convenu autrement dans les actes de cession.

II. Comment encadrer la transmission d'un fichier

En pratique, un fichier clients va tout de même être transmis dans le cadre d'une cession de fonds de commerce notamment en raison de sa présence dans le matériel cédé.

Toutefois, compte tenu du fait que le fichier contient des données à caractère personnel, la réglementation en matière de protection des données personnelles s'applique.

Tout d'abord, le fichier transmis devra avoir été constitué conformément à la réglementation.

En effet, les choses illicites étant hors commerce, tout manquement pouvant entraîner l'illicéité du fichier (il s'agit principalement des obligations de fonds prévues par le RGPD en matière d'information des personnes concernées, de recueil de consentement ou de justification d'une base légale au traitement des données, de formalités préalables et de respect des principes de finalité, proportionnalité et minimisation) conduirait à la nullité des actes. Par un arrêt du 25 juin 2013 (Cass. com., 25 juin 2013, n°12-17037), la Cour de cassation avait par exemple admis que la vente d'un fichier non déclaré à la CNIL devait être sanctionnée par la nullité en raison de l'illicéité de son objet au visa de l'article 1128 du Code civil et de l'article 22 de la loi du 6 janvier 1978.

Ensuite, dans la mesure où la cession d'un fichier clients a pour conséquence de permettre à un nouveau responsable de traitement de traiter les données des personnes concernées, ces dernières devront :

- Être informées de la cession de leurs données et de l'identité du cessionnaire ;
- Consentir à la cession de leurs données (à moins qu'un intérêt légitime puisse se justifier, auquel cas, les personnes concernées disposent toujours

de la faculté de s'opposer à la transmission de leurs données).

Si les contours de l'intérêt légitimes restent flous, le RGPD précise néanmoins que doivent être prise en compte « *les attentes raisonnables des personnes concernées fondées sur leur relation avec le responsable du traitement* ». Le considérant n°47 du RGPD précise également qu'un tel intérêt légitime pourrait, par exemple, se justifier lorsqu'il existe une relation pertinente et appropriée entre la personne concernée et le responsable de traitement.

A contrario, si les personnes concernées ne peuvent raisonnablement s'attendre au traitement ultérieur de leurs données, leurs intérêts et droits fondamentaux pourraient alors prévaloir sur l'intérêt du responsable du traitement.

Au cas particulier, il nous paraît plus pertinent que la clientèle personnelle attachée à un fonds de commerce puisse raisonnablement s'attendre à ce que ses données soient traitées par l'exploitant du fonds puis par son cessionnaire contrairement à ce à quoi pourraient s'attendre des prospects et les clients du franchiseur.

Dès lors, pour lever ou tout du moins atténuer les risques de contestation de la part du cessionnaire et des clients, il nous semble approprié d'adopter une démarche prudente consistant, d'une part, à nettoyer le fichier clients pour n'y voir apparaître que les coordonnées de la clientèle attachée au fonds et, d'autre part, à déterminer les modalités de communication des données de sorte que le cessionnaire soit au courant de l'information préalable des clients avant toute transmission des données et du fait que le fichier clients pourrait ne pas contenir l'ensemble des informations relatives à sa clientèle (cette dernière étant en droit de s'opposer à la cession de ses données).

En tout état de cause, même si le RGPD ne prévoit pas d'obligation de déterminer par écrit les conditions d'intervention de deux responsables de traitement lorsque ces derniers n'agissent pas en qualité de responsables conjoints, il nous semble néanmoins important de prévoir par écrit (et en dehors des actes de cession) les conditions et les délais attachés à la transmission des données ainsi que les engagements pris par chacune des parties afin notamment de s'assurer qu'une telle cession de fichier n'aura pas d'impact sur la réputation et l'image de marque du franchiseur (qu'il soit cessionnaire ou cédant).

A rapprocher : Règlement Général sur la Protection des Données Personnelles n°2016/679 du 27 avril 2016 ; Articles L.141-5 et suivants du Code de commerce

Attention aux systèmes de vidéosurveillance, la CNIL s'en préoccupe particulièrement
Conseils pratiques

Ce qu'il faut retenir :

La CNIL est depuis l'année dernière particulièrement vigilante et soucieuse quant à la conformité des dispositifs de vidéosurveillance sur le lieu de travail et a ainsi multiplié les contrôles, mises en demeure et sanctions.

Ses décisions sont relativement proches car les sociétés commettent systématiquement les mêmes types de manquements : leurs dispositifs de vidéosurveillance sont considérés comme excessifs en raison d'une mise sous surveillance permanente de leurs salariés et de l'absence de toute information préalable.

La clôture de la mise en demeure à l'encontre de l'Institut des techniques informatiques et commerciales (ITIC), le 2 septembre 2019, nous donne l'occasion de rappeler les erreurs à ne plus commettre.

Pour approfondir :

Il y a un an déjà, dans un communiqué de presse du 19 septembre 2018, la CNIL appelait à la tenue d'un débat démocratique sur les nouveaux usages des caméras vidéo.

Partant du constat que de nouveaux outils de captation associés à des technologies particulièrement invasives se développaient très rapidement, la Commission a fait part de son inquiétude et a rappelé l'urgence de prévoir des garde-fous afin d'encadrer ces dispositifs dans le respect d'un juste équilibre entre les impératifs de sécurisation et la préservation des droits et libertés.

Depuis, la CNIL a réalisé de nombreux contrôles pour vérifier la conformité des dispositifs vidéo (souvent oubliés des travaux de mise en conformité au RGPD) et a prononcé plusieurs mises en demeure et sanctions à l'encontre d'entités publiques et privées cette année.

La plus marquante est sans doute la décision de la CNIL, en juin dernier, prise à l'encontre de la société UNIONTRAD COMPANY, laquelle a été condamnée à payer une amende de 20.000 € car son système de vidéosurveillance n'était pas conforme à la réglementation.

Ce qui rend cette décision marquante n'est pas le montant de la sanction mais ce qu'il représente à l'échelle de la société.

Si beaucoup d'opérateurs se sentaient à l'abri d'une sanction notamment en raison de leur taille, du caractère non sensible de leur(s) activité(s), du fait que leur chiffre d'affaires et bénéfices commerciaux étaient relativement bas ou encore du fait qu'ils n'avaient pas de rayonnement important à l'échelle nationale, cette décision est venue remettre en cause cette pensée.

En effet, la société UNIONTRAD COMPANY est une très petite entreprise (TPE) comptant seulement 9 salariés et ayant réalisé l'année précédant le contrôle de son système vidéo un résultat net négatif de 110.844 €.

Même si la Commission avait tenu compte de la situation économique de la société, une sanction pécuniaire d'un montant représentant plus de 2 % de son chiffre d'affaires lui était tout de même infligée.

Plusieurs autres entités ont fait face aux contrôles de la CNIL. Toutes sans exception ont fait l'objet de mise en demeure ou de sanction pour les mêmes raisons à savoir principalement :

- la mise sous surveillance constante de leurs salariés ;
- le défaut d'information.

Nous constatons tout de même que les dernières mises en demeure publiques prononcées par la CNIL ont été clôturées sans le prononcé d'une sanction dès lors que les sociétés avaient cessé les manquements qui leur étaient reprochés.

A titre d'illustration, le 2 septembre 2019, la CNIL a prononcé la clôture de la mise en demeure à l'encontre de l'Institut des techniques informatiques et commerciales (ITIC).

Cela nous donne l'occasion de rappeler comment s'assurer de la conformité de son système de vidéosurveillance. Des caméras peuvent être installées sur un lieu de travail à des fins de sécurité des biens et

des personnes, à titre dissuasif ou pour identifier les auteurs de vols, de dégradations ou d'agressions à condition que la mise en œuvre du dispositif respecte les principes fondamentaux de la protection des données (principe de finalité, principe de proportionnalité et principe de minimisation).

A ce titre, avant toute mise en œuvre d'un dispositif vidéo sur un lieu de travail (espaces privés non ouvert au public), il est important de s'assurer du respect, *a minima*, des règles suivantes :

- Les caméras ne peuvent avoir pour effet de filmer des employés sur leur poste de travail de manière continue et permanente, **sauf circonstances particulières**. Il faut donc bien choisir l'emplacement et le nombre de caméras à installer et se limiter à une installation des caméras dans des zones qui échappent à la surveillance humaine ou la rendent difficile comme par exemple les entrées et sorties des bâtiments, les issues de secours et les voies de circulation.
- L'orientation de chaque caméra du dispositif de vidéosurveillance doit être particulièrement réfléchi de sorte que les caméras ne puissent filmer que des zones de « risques » et sans porter atteinte à la vie privée des salariés. Ainsi, les caméras peuvent filmer les zones où de la marchandise ou des biens de valeur sont entreposés, mais aucun lieu de vie, espace personnel, espace de pause ou locaux syndicaux ne doivent entrer dans leur champ de vision. De plus, lorsque des caméras sont installées dans des salles où des postes de travail existent, il convient d'orienter les caméras sur les marchandises et/ou machines uniquement et non sur les bureaux/postes de travail.
- Les finalités poursuivies via l'installation d'un tel dispositif doivent être légitimes. Lorsque le seul but recherché est de veiller à la sécurité du personnel et des biens dans la mesure où les caméras ont un effet dissuasif en permettant de prévenir les incidents de sécurité (agressions, vols, dégradation) mais également probatoires car en cas d'incident, les images pourront être transmises aux autorités compétentes et des mesures pourront être prises à l'encontre d'auteurs d'infractions, la légitimité du dispositif est rarement remise en cause.

Toutefois, dès lors qu'on souhaite affecter d'autres finalités à son dispositif, la CNIL se montre plus stricte.

- Les instances représentatives du personnel doivent être informées et consultées avant toute mise en route d'un tel système.
- Les salariés - et de manière générale l'ensemble des personnes concernées - doivent être informés de l'existence du dispositif. Cette information est généralement délivrée en deux temps. D'abord via des panneaux d'information affichées de manière visible dans les locaux et à l'entrée des zones filmées, puis via une information individuelle de chaque salarié via une note de service, une disposition du contrat de travail ou encore du règlement intérieur.
- Les images enregistrées ne peuvent être conservées, en règle générale, que quelques jours, sauf circonstances exceptionnelles (comme par exemple effectuer les vérifications nécessaires en cas d'incident, suivi et enclenchement d'éventuelles procédures disciplinaires ou pénales). Si des procédures sont engagées alors les images doivent être extraites du dispositif afin d'être conservées isolément pour la durée de la procédure.
- Dans les limites de leurs attributions, peuvent seules avoir accès aux images filmées, les personnes habilitées par l'employeur, comme par exemple un(e) responsable de la sécurité. La CNIL insiste sur le fait que ces personnes doivent être formées et sensibilisées aux règles à respecter. Par ailleurs, l'accès aux images doit être particulièrement sécurisé pour éviter que tout le monde ne puisse les visionner.

A rapprocher : Règlement Général sur la Protection des Données Personnelles n°2016/679 du 27 avril 2016 ; Décision de la CNIL du 2 septembre 2019 portant clôture de la mise en demeure n°2018-024 du 2 juillet 2018 à l'encontre de l'établissement ITIC ; Délibération de la formation restreinte n°SAN-2019-006 du 13 juin 2019 prononçant une sanction à l'encontre de la société UNIONTRAD COMPANY

La CJUE donne des précisions sur la portée du droit au déréférencement

CJUE, 24 septembre 2019, aff. C-136/17 et C-507/17

Ce qu'il faut retenir :

Par deux arrêts du 24 septembre 2019, la Cour de justice de l'Union européenne délivre des précisions quant à la portée géographique du droit au déréférencement et quant à son effectivité lorsqu'il porte sur des catégories particulières de données.

Pour approfondir :

Le droit au déréférencement, consacré par l'arrêt Google Spain du 13 mai 2014 (affaire C-131/12), est le droit pour toute personne de demander à un moteur de recherche la suppression de certains résultats provenant de recherches effectuées à partir de son nom.

Par ces deux arrêts, la Cour de justice de l'Union européenne donne des indications sur la portée du droit au déréférencement et notamment sur sa portée géographique (affaire C-507/17).

En effet, dans cette première affaire, la Haute juridiction limite les conséquences du déréférencement aux seuls résultats de recherches effectuées au sein de l'Union européenne.

Dès lors, à la suite d'un déréférencement, les résultats litigieux resteront accessibles pour toute recherche effectuée hors Union européenne : le déréférencement n'est donc plus mondial mais limité au territoire européen.

La Cour considère en effet qu'il ne ressort aucunement des textes législatifs et réglementaires européens, que la portée du droit au déréférencement « dépasserait le territoire des Etats membres ».

La CJUE précise « que, en l'état actuel, il n'existe pour l'exploitant d'un moteur de recherche qui fait droit à une demande de déréférencement formulée par la personne concernée [...] pas d'obligation découlant du droit de l'Union de procéder à un tel déréférencement sur l'ensemble des versions de son moteur ».

Il est toutefois indiqué que les autorités de contrôle disposent, d'une part, du droit de mettre en balance les droits de la personne concernée au respect de sa vie privée et à la protection de ses données à caractère personnel et, d'autre part, le droit à la liberté

d'information. Ainsi, aux termes de cette mise en balance, une autorité telle que la CNIL pourra parfaitement enjoindre l'exploitant de procéder à un déréférencement mondial si cela est justifié.

Dans la seconde affaire (affaire C-136/17), la Cour de justice de l'Union européenne apporte des précisions quant au déréférencement de résultats de moteurs de recherche contenant des données sensibles ou catégories particulières de données au sens du RGPD.

La CJUE rappelle que l'exploitant d'un moteur de recherche doit être qualifié de responsable de traitement et porte donc la responsabilité « non pas du fait que des données à caractère personnel visées par lesdites dispositions figurent sur une page web publiée par un tiers, mais du référencement de cette page et, tout particulièrement, de l'affichage du lien vers celle-ci dans la liste des résultats présentée aux internautes à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom d'une personne physique. »

Il est précisé que la mise en œuvre du droit au déréférencement doit être précédée d'une mise en balance entre la gravité de l'ingérence dans les droits fondamentaux de la personne concernée et le droit à l'information des internautes.

Enfin, la CJUE précise que les informations relatives à une procédure judiciaire passée, ainsi que celles relatives à la condamnation subie, constituent des données sensibles devant faire l'objet d'un déréférencement par l'exploitant du moteur de recherche lorsque celles-ci ne correspondent plus à la situation actuelle. Dès lors, dans ces circonstances, les droits fondamentaux de la personne concernée prévalent sur le droit à l'information des potentiels internautes intéressés.

A rapprocher : CJUE, 24 septembre 2019, aff. C-136/17 et C-507/17

Cas de résiliation d'une licence de marque
CA Paris, 18 octobre 2019, RG n°18/19572

Ce qu'il faut retenir :

Le cessionnaire de marques est substitué au cédant dans ses droits et obligations au titre du contrat de licence précédemment conclu et peut opposer au licencié sa défaillance contractuelle.

Pour approfondir :

Dans cette affaire, s'opposaient le cessionnaire de marques et des contrats de licence sur celles-ci au licencié qui avait conclu avec le précédent titulaire des marques un contrat de licence l'autorisant à fabriquer et commercialiser des chaussures revêtues des marques en cause. Postérieurement à la cession, un conflit opposa le nouveau titulaire des marques au licencié conduisant le concédant à résilier le contrat et solliciter le paiement de redevances échues outre une indemnisation.

Le licencié a contesté la qualité pour agir du cessionnaire des marques estimant que les formalités d'inscription de la cession des marques au registre national (**article L.714-7 du Code de la propriété intellectuelle** : « *Toute transmission ou modification des droits attachés à une marque doit, pour être opposable aux tiers, être inscrite au Registre national des marques* »), n'ayant pas été accomplies, la cession lui était inopposable. En outre, il faisait également valoir le fait que la transmission du contrat de licence à son bénéficiaire nécessitait son accord de sorte que les droits invoqués tirés du contrat de licence lui étaient inopposables. La cour ne va pas suivre cette argumentation et estimer, au contraire, que le cessionnaire des marques a qualité pour agir.

Les juges considèrent que les formalités prévues à l'article L.714-7 du Code de la propriété intellectuelle sont destinées à informer les tiers et à leur rendre la cession de marque opposable mais n'est pas applicable dans les rapports entre le cessionnaire de la marque et son contractant étant ici précisé qu'à la date de l'assignation l'inscription de la cession des marques avait finalement été opérée. Les juges relèvent également que le fait qu'un contrat de licence a été conclu en considération de la personne du cocontractant ne fait pas obstacle à ce que les droits et obligations de ce dernier soient transférés à un tiers dès lors que l'autre partie y a consenti de façon non équivoque ce qui ressortait des faits de l'espèce en particulier des nombreux échanges intervenus entre les parties.

Dans un second temps, après avoir admis la recevabilité de l'action, la cour va conclure au bien-fondé de celle-ci. Les juges vont à cet égard se pencher sur la mise en œuvre de la clause résolutoire prévoyant, assez classiquement, qu'en cas de faute grave par l'une des parties, l'autre pourra résilier le contrat. La faute du licencié ressortait ici des difficultés prises lors de la réalisation de la collection PE 2015 dont il était

démontré qu'elle était exclusivement imputable au licencié ce qui justifiait donc la mise en œuvre de la clause résolutoire. En conséquence, la cour alloue une indemnisation évaluée sur la base des minimas contractuels garantis.

A rapprocher : Article L.714-7 du Code de la propriété intellectuelle

IMMOBILIER – CONSTRUCTION URBANISME

Baux commerciaux : refacturation de la taxe foncière – un revirement de jurisprudence ?
Cass. civ. 3^{ème}, 12 septembre 2019, n°18.18-018, inédit

Ce qu'il faut retenir :

Dans cet arrêt, la Cour de cassation retient que la refacturation de la taxe foncière au preneur de locaux commerciaux n'a pas à être expressément prévue dans le bail. Son obligation de la rembourser au bailleur se déduit de la clause générale mettant à sa charge tous les impôts auxquels sont assujettis les lieux loués de sorte que le loyer soit « net » de toutes taxes. Cette décision rendue pour un contrat conclu avant la réforme « PINEL » porte un coup d'arrêt à la jurisprudence encore récente qui retenait la solution inverse.

Pour approfondir :

En l'espèce, l'usufruitier d'un local commercial donné à bail a demandé au locataire le paiement des taxes foncières des années 2010 à 2014.

Pour rejeter cette demande, la cour d'appel de Saint-Denis a, le 19 janvier 2018, retenu que le paiement de la taxe foncière par le locataire, n'avait pas été expressément prévu dans le bail.

La troisième chambre civile de la Cour de cassation a cassé l'arrêt rendu par la cour d'appel de Saint-Denis. Tout en rappelant que le juge a l'obligation de ne pas dénaturer le contrat, elle a estimé que la clause mettant à la charge du preneur « *tous les impôts auxquels sont assujettis les lieux loués, de sorte que le loyer soit net de toutes charges quelconques, à la seule exception des impôts susceptibles de grever les revenus*

de location » était suffisamment précise pour imputer la taxe foncière au preneur.

Cette décision ne s'inscrit pas dans la continuité des arrêts précédents pourtant relativement récents. Par exemple dans un arrêt rendu le 13 septembre 2018, la Cour de cassation a jugé, pour un bail régi là aussi par les dispositions antérieures à la loi Pinel, que « *la taxe d'ordures ménagères ne pouvait être mise à la charge du preneur qu'en vertu d'une stipulation expresse du bail et qu'elle ne constituait pas une charge afférente à l'immeuble et constaté que le bail mettait à la charge du preneur « sa quote-part des charges, taxes et dépenses de toutes natures afférentes à l'immeuble », la cour d'appel a légalement justifié sa décision en retenant que la taxe d'enlèvement des ordures ménagères ne pouvait être mise à la charge du preneur* ».

De même, dans un arrêt plus récent encore du 13 décembre 2018, la troisième chambre civile a jugé, à propos d'un contrat conclu antérieurement à la réforme, qu'en l'absence de stipulation spécifique visant expressément la taxe d'enlèvement des ordures ménagères, la demande du preneur en remboursement de cette taxe est recevable.

A noter cependant que la Cour de cassation avait, avant l'entrée en vigueur de la loi Pinel, retenu une position similaire à l'arrêt commenté. En effet, elle avait déjà jugé que, lorsque le bail comportait une clause mettant à la charge du preneur tous les impôts, contributions et taxes de toute nature auxquels les biens loués peuvent et pourront être assujettis ou donner lieu, l'impôt foncier grevant l'immeuble loué devait rester à la charge du preneur (Cass. civ. 3^{ème}, 3 juin 2004, n°02-18.724, Inédit).

Pour mémoire, depuis la loi Pinel du 18 juin 2014 et son décret du 3 novembre 2014, il est exigé du bailleur de faire figurer au bail un inventaire précis et limitatif des catégories de charges, impôts et taxes avec une répartition de ceux-ci entre le locataire et le propriétaire (article L.145-40-2 du Code de commerce).

De plus, pour les baux conclus ou renouvelés depuis le 5 novembre 2014, il est interdit d'imputer au locataire certaines charges, notamment les impôts et taxes dont le redevable légal est le bailleur ou le propriétaire du local ou de l'immeuble.

Cependant, la taxe foncière et les taxes additionnelles à la taxe foncière ainsi que les impôts, taxes et redevances liés à l'usage du local ou de l'immeuble ou

à un service dont le locataire bénéficie directement ou indirectement peuvent être mis à la charge de ce dernier (article R.145-35 du même code).

Pour conclure, jusqu'alors il semblait que, pour refacturer une taxe au preneur, une stipulation expresse du bail était impérative ; cette position prétorienne est d'ailleurs appuyée par l'entrée en vigueur de la loi Pinel et son décret d'application.

En affirmant ici que la refacturation de la taxe foncière au preneur de locaux commerciaux n'a pas à être expressément prévue dans le bail, l'arrêt du 12 septembre 2019 vient semer le doute.

La position de la Cour de cassation ne serait peut-être pas la même pour un contrat soumis au dispositif PINEL et l'avenir nous le dira. Quoiqu'il en soit les parties doivent rester vigilantes dans la rédaction des clauses de refacturation de charges.

A rapprocher : Loi n°2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises ; Décret n°2014-1317 du 3 novembre 2014 relatif au bail commercial ; Article R.145-35 du Code de commerce, dans sa rédaction issue du décret n°2014-1317 du 3 novembre 2014 ; Article 606 du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi du 9 février 1804 ; Cass. civ. 3^{ème}, 13 septembre 2018, n°17-22.498, Inédit ; Cass. civ. 3^{ème}, 13 décembre 2018, n°17-28.055, Non publié au bulletin ; Cass. civ. 3^{ème}, 3 juin 2004, n°02-18.724, Inédit

Vente immobilière : absence de droit de l'acquéreur en cas de report du transfert de propriété
Cass. civ. 3^{ème}, 19 septembre 2019, n°18-14.172

Ce qu'il faut retenir :

Dans le cadre de la conclusion d'un contrat de vente d'un bien immobilier, dès lors que les parties ont convenu de différer le transfert de propriété jusqu'à la régularisation de la vente par acte authentique ou jusqu'à sa consécration par une décision de justice définitive, c'est seulement à cette date que s'opère le transfert de propriété. Ainsi, l'acquéreur n'a aucun droit à l'encontre d'un occupant des lieux antérieurement au transfert, soit pendant une période où il n'était pas encore devenu propriétaire du bien, et ne peut percevoir au titre de cette période aucune indemnité d'occupation.

Pour approfondir :

Aux termes d'une **promesse synallagmatique de vente** du 6 décembre 2002, une société s'est engagée à vendre à une autre société un immeuble partiellement occupé par des tiers. Les parties ont expressément précisé dans l'acte que le transfert de propriété serait reporté au jour de la constatation de la vente en la forme authentique ou au jour d'une décision de justice définitive. En février 2003, la société vendeuse a accordé à un tiers un droit d'occupation d'une partie des locaux jusqu'à la vente effective de l'immeuble. Par un arrêt confirmatif du 28 septembre 2010, les juges ont constaté le caractère parfait de la vente.

L'acquéreur a assigné le tiers occupant des locaux en paiement d'une indemnité d'occupation pour la période comprise entre février 2003 et février 2006. La cour d'appel n'a fait droit à cette demande et la société ayant acquis l'immeuble s'est pourvue en cassation.

La Cour de cassation confirme la décision de la cour d'appel. La Haute juridiction considère que dès lors que les parties ont convenu de différer le transfert de propriété jusqu'à la régularisation de la vente par acte authentique ou jusqu'à sa consécration par une décision de justice définitive, c'est seulement à cette date que s'opère le transfert de propriété. Ainsi, l'acquéreur n'a aucun droit à l'encontre d'un occupant des lieux antérieurement au transfert, soit pendant une période où il n'était pas encore devenu propriétaire du bien, et ne peut percevoir au titre de cette période aucune indemnité d'occupation.

La Cour de cassation relève tout d'abord que les parties avaient prévu, aux termes de la promesse, de différer le transfert de propriété jusqu'à la régularisation de la vente par acte authentique ou jusqu'à sa consécration par décision de justice définitive. Pour rappel, l'article 1583 du Code civil prévoit que la vente « *est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé* ». Toutefois, ce texte n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent toujours y déroger.

En l'espèce, conformément à la volonté des parties, la vente est devenue parfaite à la date du prononcé de la décision de justice définitive. La cour d'appel avait exactement retenu que c'est seulement à cette date que s'était opéré le transfert effectif de propriété et non à la date de signature de la promesse, comme le soutenait l'acquéreur. Celui-ci n'avait par conséquent

aucun droit sur l'occupant des lieux pour lui réclamer une indemnité d'occupation à une période où il n'était pas encore devenu propriétaire du bien.

A rapprocher : Article 1583 du Code civil

Baux commerciaux : décret n°2019-771 du 23 juillet 2019 relatif aux obligations d'action de réduction de la consommation d'énergie finale dans les bâtiments à usage tertiaire

A vos clauses ! Nouvelles obligations, nouvelle annexe

Ce qu'il faut retenir :

Le décret n°2019-771 du 23 juillet 2019 relatif aux obligations d'action de réduction de la consommation d'énergie finale dans les bâtiments à usage tertiaire, qui est entré en vigueur le 1^{er} octobre 2019, apporte des précisions sur le champ d'application de ces obligations, la liberté laissée aux parties pour aménager contractuellement la charge de ces obligations ainsi que les sanctions dont elles sont assorties.

Pour approfondir :

L'article L.111-10-3 du Code de la construction et de l'habitation, créé par la loi n°2018-1021 du 23 novembre 2018 (dite « loi ELAN »), a créé deux nouvelles obligations à la charge des propriétaires et locataires de bâtiments : (i) une obligation de réduire le niveau de consommation d'énergie du bâtiment et (ii) une obligation pour les parties au contrat de bail commercial de se communiquer mutuellement leurs données de consommation énergétique et de les transmettre, à compter de l'année 2021, sur une plateforme numérique mise en place par l'Etat.

Le décret du 23 juillet 2019, pris pour l'application de cet article, apporte les précisions qui suivent.

S'agissant du champ d'application, ces nouvelles obligations sont applicables à tout bâtiment (ou partie ou ensemble de bâtiments) hébergeant une activité tertiaire marchande (commerce, transports, activités financières, services, hébergement, restauration, immobilier, information-communication) ou non marchande (services publics), sur une surface de plancher cumulée supérieure ou égale à 1.000 m², et existant à la date de publication de la loi ELAN, c'est-à-dire au 24 novembre 2018.

S'agissant des actions de réduction de la consommation énergétique des bâtiments, le Code de la construction et de l'habitation comme le décret du 23 juillet 2019 laissent aux parties la liberté de répartir contractuellement la charge de leur réalisation.

En matière de bail commercial, cette liberté contractuelle se heurtera néanmoins aux dispositions obligatoires de l'article R.145-35 du Code de commerce qui interdit au bailleur de transférer à la charge du preneur le coût des grosses réparations relevant de l'article 606 du Code civil quand bien même il s'agirait de travaux relevant de mise en conformité.

En termes de maîtrise d'ouvrage desdites actions, la question se pose différemment selon que l'immeuble est mono ou multi-utilisateurs, soumis ou non au statut de la copropriété. Le décret ne vise pourtant aucunement ces situations et laisse encore une fois aux parties le soin d'articuler concrètement entre elles les nouvelles obligations.

A noter que le non-respect des objectifs de réduction des consommations d'énergie sera sanctionné par une injonction adressée par le préfet d'avoir à déterminer un programme d'actions et le non-respect de celui-ci donnera *in fine* lieu à des amendes administratives.

S'agissant de l'obligation de transmettre les données relatives à la consommation énergétique du bâtiment sur la plateforme numérique, les parties devront de la même manière, convenir ensemble des conditions contractuelles de transfert ou non de l'obligation notamment à la charge du preneur qui parfois détient seul les informations sur la consommation d'énergie du bâtiment.

Pour la première fois, les données de consommations d'énergie relatives à l'année 2020 devront au plus tard le 30 septembre 2021, être communiquées par la partie au bail qui en a la charge.

Le non-respect de cette obligation donne lieu, après mise en demeure adressée par le préfet au propriétaire ou au preneur à bail s'il a été chargé de transmettre les données, à une publication sur un site internet de l'Etat retraçant les mises en demeure restées sans effet, selon une logique de « *name and shame* ».

Enfin, le texte crée une **nouvelle annexe au bail**, destinée à assurer le suivi du respect de l'obligation de réduction de la consommation d'énergie, et qui sera selon le décret du 23 juillet 2019, établie à l'aide d'une attestation numérique générée chaque année par la

plateforme numérique, et pour la première fois en fin de l'année 2021.

Les parties devront alors enfin devoir articuler les données et obligations rappelées ci-avant avec celles figurant dans le diagnostic de performance énergétique et pour les locaux de plus de 2.000 m² à usage de bureaux ou de commerces, avec celles de l'annexe environnementale.

A vos clauses !

A rapprocher : Décret n°2019-771 du 23 juillet 2019 relatif aux obligations d'actions de réduction de la consommation d'énergie finale dans des bâtiments à usage tertiaire

Interprétation de la clause de non-concurrence applicable pendant la durée du bail commercial
CA Paris, Pôle 5 – Chambre 3, 11 septembre 2019, n°17/22800

Ce qu'il faut retenir :

La clause de non-concurrence insérée dans un bail commercial doit être interprétée strictement et dans l'intérêt de celui qui s'oblige.

Pour approfondir :

Par acte sous seing privé en date du 3 août 2011, la société A... a consenti un bail commercial à la société B..., aux droits de laquelle vient la société C... par suite d'une cession de fonds de commerce en date du 31 mai 2012, portant sur un local commercial sis [...] pour une durée de dix années entières et consécutives à compter de la date de livraison du local, moyennant un loyer variable calculé au taux de 7,10 % du chiffre d'affaires hors taxes et d'un montant minimum garanti annuel de 45.000 euros, hors taxes et hors charges, payable à compter de la date d'ouverture du local au public et au plus tard le 30 novembre 2011.

Le local est à destination de « Vente et jouets de type éducatif pour les enfants, à l'exclusion de toute autre activité, le tout sous l'enseigne E... ». Le local a été livré le 23 août 2011.

Par acte extrajudiciaire du 19 mars 2014, la société E... a donné congé des locaux pris à bail, pour le 30 septembre 2014.

Le contenu de la clause de non-concurrence déterminé à l'article 18 des conditions générales du bail intitulé « NON-CONCURRENCE », qui prévoit que :

« le preneur s'interdit, pendant toute la durée du bail, de ses prorogations ou renouvellements, de susciter ou d'exploiter directement ou indirectement, toute activité commerciale de même nature à une distance fixée aux conditions particulières, à partir de la limite extérieure quelconque du centre commercial, à l'exception toutefois du maintien en l'état des activités que le preneur exploite déjà à ce jour dans cette zone ».

Puis, l'article 18 des conditions particulières du même bail, intitulé « NON-CONCURRENCE », précise quant à lui : « distance de 5 kilomètres, à partir de la limite extérieure du centre commercial ».

Par ordonnance du 4 mars 2015, le juge des référés du tribunal de grande instance de Paris, saisi par la S..., se déclarait incompétent au profit du juge du fond pour connaître des demandes tendant à voir ordonner à la société E... de reprendre son activité dans le local loué et à la voir condamner à payer une somme provisionnelle au titre des loyers échus impayés depuis le 1^{er} octobre 2014.

Par actes d'huissier de justice des 21 mai et 6 juillet 2015, la S... a assigné la société E... devant le tribunal de grande instance de Paris.

Par jugement du 26 octobre 2017, le TGI de Paris a débouté la société E... de sa demande en nullité de la **clause de non-concurrence** figurant dans le bail du 3 août 2011 la liant à la société S... .

Devant la cour d'appel, la société E... fait (notamment) valoir :

- que la clause de non-concurrence qui s'applique « pendant toute la durée du bail » est nulle en raison de l'absence expresse de limitation dans le temps, et que le bail durant 10 ans, cette durée est manifestement disproportionnée,
- à titre très subsidiaire, que la clause interdit la concurrence dans un rayon de 5 km autour du centre commercial de St Orens, que la distance à prendre en compte est celle qui part de la limite extérieure de ce centre commercial jusqu'au magasin nouvellement créé à Labège.

La société A... répond que les articles 18 des conditions générales et particulières du bail stipulent une obligation de non-concurrence pendant la durée du bail et dans un rayon de 5 km à partir de la limite extérieure du centre commercial, que la locataire a ouvert une boutique identique à celle fermée dans le centre commerciale à 4,3 km de ce dernier, que la clause est valable en ce qu'elle est limitée dans le temps et dans l'espace et en ce qu'elle ne porte pas atteinte aux droits de la locataire de manière disproportionnée, que s'agissant de la distance entre les établissements, un procès-verbal d'huissier ne peut être remis en cause par des relevés Mappy d'un site internet, que par ailleurs, la distance à prendre en compte est une distance à vol d'oiseau, que la nouvelle boutique se trouve à moins de 2 km de l'ancienne.

L'arrêt commenté retient que, au plan des principes, les clauses de non-concurrence doivent être interprétées strictement et dans l'intérêt de celui qui s'oblige (soit la société E... en l'espèce) et que, en l'espèce, contrairement à ce qu'allègue la société A..., aucune mention « à vol d'oiseau » ne figurant dans la clause, « la distance doit être calculée par la route, ce qui constitue le moyen habituellement utilisé pour rejoindre deux points géographiques situés dans des communes différentes ».

L'arrêt commenté, qui doit être approuvé, suscite deux observations rapides.

En premier lieu, le principe d'interprétation stricte des clauses de non-concurrence n'est pas nouveau (*De l'interprétation des clauses de non-concurrence* (Evolutions jurisprudentielles), LDR 17 septembre 2008, spéc. §. 1 ; v. aussi, J. Mestre et D. Velardochio, *Lamy sociétés commerciales*, 2008, n°1031).

En second lieu, la règle selon laquelle la convention s'interprète en faveur de celui qui a contracté l'obligation est inscrite à l'article 1162 ancien du Code civil (« Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation »), puis – depuis la réforme du droit des contrats –, à l'article 1190 du même code, selon lequel : « Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé ».

A rapprocher : De l'interprétation des clauses de non-concurrence (Evolutions jurisprudentielles), LDR 17 septembre 2008

INTERNATIONAL

« La Chine innovante : les nouvelles forces motrices de la croissance économique de Chine » (创新中国 :

中国经济增长新动能)

Rapport du 17 septembre 2019

Ce qu'il faut retenir :

La Banque mondiale (世界银行), le Centre de recherche sur le développement du Conseil des Affaires d'Etat de Chine (国务院发展研究中心) et le Ministère chinois des Finances (财政部) ont publié conjointement, en date du 17 septembre 2019, un rapport intitulé « La Chine innovante : les nouvelles forces motrices de la croissance économique de Chine » (创新中国 : 中国经济增长新动能) (le « Rapport »).

Le Rapport est publié à l'aube du 70^{ème} anniversaire de la République populaire de Chine (1^{er} octobre 2019).

Pour mémoire :

Selon les dernières données publiées par le Bureau national des statistiques de Chine (国家统计局), l'indice de nouvelles forces motrices du développement économique chinois, en 2018, a atteint 270,3 soit une augmentation de 28,7 % par rapport à la même période de l'année précédente.

Cet indice est basé sur 5 éléments principaux : E-commerce (网络经济指数), innovation motrice (创新驱动指数), montée en grade (转型升级指数), vitalité économique (经济活力指数) et capacité intellectuelle (知识能力指数).

A noter que le taux de contribution de la cyberéconomie à la croissance de l'indice global est supérieur à 80 % pour l'année 2018.

Ces chiffres montrent que l'économie numérique, représentée par l'E-commerce, continue de se développer en Chine et se positionne comme une force motrice importante dans la croissance de l'économie chinoise.

Pour approfondir :

Le Rapport souligne que l'économie chinoise a connu un développement à grande vitesse durant ces 40 dernières années, et est aujourd'hui en train de passer à la « nouvelle normalité ».

Cette expression signifie que l'accent est désormais mis non pas sur la vitesse du développement économique mais sur la qualité de ce développement, et la nouvelle économie est en train d'émerger avec une montée rapide de capacités d'innovation.

Pour se rendre compte de l'accumulation continue de nouvelles forces motrices de l'économie chinoise, il suffit de voir comment la Chine a pu, au cours de ces dernières années, s'installer progressivement à des positions phares au niveau mondial dans de nombreux domaines de haute technologie (drones, ordinateurs, véhicules électriques, robots, applis de smartphones, avions, satellites).

Aussi, il y a lieu de remarquer que l'économie chinoise dégage actuellement une forte vitalité. Comme l'indique le Rapport, dans le classement de l'indice mondial de l'innovation, la Chine est passée de la 29^{ème} place en 2011 à la 17^{ème} place en 2018, placée dans la meilleure position par rapport aux autres pays en voie de développement.

Le nombre croissant de talents dans le domaine des technologies de pointe, constitue désormais la principale force de l'innovation scientifique et technologique du pays.

Afin d'augmenter cette force, le Rapport suggère 3 facteurs essentiels :

- Eliminer le déséquilibre du partage des ressources ;
- Accélérer la diffusion des fruits de l'innovation et de la technologie avancée ;
- Promouvoir l'invention de nouveaux produits, techniques et technologies.

L'accumulation de nouvelles forces motrices de l'économie chinoise est donc bien réelle. Une opportunité pour les entreprises étrangères souhaitant s'implanter en Chine, pays qui poursuit aujourd'hui sa stratégie de développement innovant.

A rapprocher : Le texte du rapport en chinois

La loi sur la cryptographie en Chine

Loi du 26 octobre 2019 - entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2020

Ce qu'il faut retenir :

L'Assemblée populaire nationale (parlement chinois), lors d'une réunion du Comité permanent (13^{ème} Congrès, 14^{ème} réunion), a adopté le 26 octobre 2019 une nouvelle loi sur la cryptographie, laquelle entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2020 (la « Loi »). Le pays s'apprête à lancer sa propre monnaie numérique.

Pour mémoire :

De manière générale, la cryptographie est une technique d'écriture qui consiste à rédiger un message crypté, via l'utilisation de codes secrets ou de clés de décryptage.

La cryptographie est principalement utilisée pour protéger un message jugé confidentiel.

La cryptographie est une des disciplines de la cryptologie s'attachant à protéger des messages en s'aidant souvent de secrets ou clés.

Avant l'adoption de la Loi, Xi Jinping, président de la République populaire de Chine et secrétaire général du Parti communiste chinois, a déclaré, le 24 octobre 2019, que le pays doit « saisir l'opportunité » offerte par la technologie de la blockchain en tant que noyau de l'innovation, en s'exprimant, dans le cadre de la 18^{ème} étude collective du Bureau politique du Comité permanent (« **Etude collective** »).

La technologie de la blockchain a un large éventail d'applications en Chine, allant du financement des entreprises au transport en commun et à la lutte contre la pauvreté.

Pour approfondir :

L'un des objectifs de la Loi est de faciliter le développement du secteur de la cryptographie et d'assurer la sécurité du cyberspace et de l'information.

L'État encourage et soutient la recherche et l'application de la science et de la technologie en cryptographie et garantit la confidentialité (**Art 9**).

La Loi garantit les droits de propriété intellectuelle, et permet l'attribution des contributions exceptionnelles (**Art 9**).

La Loi prévoit de différencier les types de cryptographie, et relève trois grands domaines : le domaine « principal », « commun » et « commercial » (**Art 6**). Si les deux premiers sont censés couvrir des informations confidentielles, et doivent être exclusivement gérés par les autorités, le dernier sert à la protection d'informations qui ne sont pas des secrets d'État, et peuvent être utilisées par les citoyens (**Art 7 & 8**).

En vertu de la Loi, la nouvelle autorité dénommée « Agence centrale de cryptographie » sera en charge du contrôle des acteurs du marché de la cryptographie (**Art 16**).

La Loi vise à normaliser l'application et la gestion des mots de passe. En outre, elle contribue (i) à promouvoir le développement de l'industrie des mots de passe, (ii) à assurer la sécurité des réseaux et de l'information et (iii) à améliorer le niveau scientifique, normalisé et légalisé de la gestion des mots de passe (**Art 21**).

Le problème de la responsabilité juridique est également abordé, en cas de piratage ou d'utilisation des données pour se livrer à des activités illégales (**Art 32 – 41**).

Il s'agit donc d'établir une politique nationale autour de l'utilisation de la cryptographie, et par ce biais, celle de la cryptomonnaie.

Le président Xi a indiqué lors de la publication de la Loi : « la Chine doit considérer la blockchain comme une percée importante pour l'innovation indépendante des technologies de base. La Chine doit clarifier l'orientation principale, accroître les investissements, nous concentrer sur un certain nombre de technologies clés et accélérer le développement de la technologie de la blockchain et l'innovation industrielle ».

C'est précisément **sur cette base qu'est développée la monnaie numérique créée en Chine, et qui sera émise par la banque centrale**. Cette nouvelle cryptomonnaie offrirait d'ailleurs quelques points de comparaison avec Libra, la monnaie virtuelle de Facebook, puisqu'elle pourrait être utilisée sur des plateformes majeures chinoises telles que WeChat ou Alipay.

Avec ce nouveau texte, la Chine se dote d'un cadre juridique bien des années après la France, laquelle s'est intéressée à la cryptologie dès 2004 avec la loi pour la confiance dans l'économie numérique, n°2004-575 du 21 juin 2004 (abrégiée sous le sigle LCEN, qui est une loi française sur le droit de l'Internet, transposant la directive européenne 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le

commerce électronique et certaines dispositions de la directive du 12 juillet 2002 sur la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques).

Pour mémoire, en France, les moyens de cryptologie (science du secret englobant la cryptographie — l'écriture secrète — et la cryptanalyse — l'analyse de cette dernière) sont soumis à une réglementation spécifique.

L'utilisation d'un moyen de cryptologie est libre et il n'y a aucune démarche à accomplir.

En revanche, la fourniture, l'importation, le transfert intracommunautaire et l'exportation d'un moyen de cryptologie sont soumis, sauf exception, à déclaration ou à demande d'autorisation.

Ces démarches incombent au fournisseur du moyen de cryptologie et sont à accomplir auprès de l'ANSSI (l'agence (française) nationale de la sécurité des systèmes d'information). Le régime applicable (déclaration ou demande d'autorisation) dépend des fonctionnalités techniques du moyen et de l'opération commerciale projetée (fourniture, importation...).

Les textes en la matière en France sont :

- Articles 30 à 36 de la loi n°2004-575 du 21 juin 2004
- Décret 2007-663 du 2 mai 2007
- Arrêté du 29 janvier 2015

A rapprocher : Le texte de loi en chinois

ACTUALITÉ SIMON ASSOCIÉS

FORMATION

DU Droit et Grande Distribution

*Une formation conçue pour les professionnels du droit de la grande distribution
et soutenue par les acteurs majeurs du secteur*

Inscriptions jusqu'au 15 décembre 2019 – Formation de janvier à juin 2020

Direction scientifique : Pr Cyril Grimaldi et Mme Anne-Cécile MARTIN

En savoir plus et s'inscrire

ÉVÉNEMENTS

MAPIC

Simon Associés sera présent à l'annuel Salon international de l'immobilier commercial
13-15 novembre 2019 – Cannes

En savoir plus

Le Tour du Monde de l'Export

Simon Associés est partenaire de cet événement organisé par MEDEF Montpellier
Avec l'intervention notamment de SOPHIE NAYROLLES
5 novembre 2019 – Montpellier

En savoir plus et s'inscrire

Le droit sur le logiciel et sa protection à l'heure du numérique

Petit-déjeuner conférence organisé par SIMON ASSOCIÉS et l'Agence pour la Protection des Programmes
Avec les interventions de FABRICE DEGROOTE et Pauline PUELL
5 novembre 2019 – Paris

COMPLET