



SOMMAIRE

PARIS
NANTES
MONTPELLIER
GRENOBLE
FORT-DE-FRANCE

BORDEAUX*
CLERMONT-FERRAND*
LYON*
LE HAVRE*
POITIERS*
ROUEN*
STRASBOURG*
TOULOUSE*

BELGIQUE**
BRESIL**
CAMEROUN**
CHINE**
CHYPRE**
CÔTE D'IVOIRE**
ETATS-UNIS**
INDONESIE**
LUXEMBOURG**
RD CONGO**
SENEGAL**

*Réseau SIMON Avocats

**Convention Organique
Internationale

www.simonassocies.com

DISTRIBUTION	
Comptes prévisionnels irréalistes et devoir de mise en garde de la Banque CA Versailles, 5 novembre 2015, n°13/06537	p. 2
Contrat de réservation contenant une clause de non-concurrence post-contractuelle CA Limoges, 5 novembre 2015, RG n°13/01241	p. 7
Le franchiseur peut faire interdire sous astreinte l'activité concurrente de son franchisé CA Montpellier, 17 décembre 2015, RG n°15/04662	p. 9
Clause de non-concurrence : le partenaire doit connaître l'étendue de ses droits Cass. soc., 2 décembre 2015, pourvoi n°14-19.029, Juris-Data n°2015-027022, Publié au Bulletin	p. 10
Indemnité de l'agent commercial et rupture des négociations pour le renouvellement du contrat CA Paris, 17 décembre 2015, RG n°14/05560	p. 10
Le fabuleux destin de la clause pénale CA Toulouse, 14 octobre 2015, RG n° 13/00325, et projet de réforme	p. 11
CONCURRENCE & CONSOMMATION	
Rupture brutale des relations commerciales et charge de la preuve CA Paris, 17 décembre 2015, RG n°14/18277	p. 12
La détermination du point de départ du préavis en présence d'un appel d'offres notifié par courriel Cass. com., 8 décembre 2015, pourvoi n°14-18.228	p. 13
Condamnation record d'Orange pour des abus sur le marché de la clientèle « entreprise » Décision 15-D-20 de l'Autorité de la concurrence du 17 décembre 2015	p. 15
Seuils de chiffres d'affaires pour l'information préalable de l'Autorité de la concurrence Décret n°2015-1671 du 14 décembre 2015	p. 16
L'annonce publique du prix de vente de ses produits par le fournisseur constitue une évocation des prix ADLC, 1er décembre 2015, 15-D-18	p. 16
Nature juridique de la pénalité de retard de l'article L.441-6 du Code de commerce Cass. com., 10 novembre 2015, pourvoi n°14-15.968	p. 18
PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE & NOUVELLES TECHNOLOGIES	
Précisions sur les obligations de la tête de réseau française en cas de crise de la marque CA Paris, 16 décembre 2015, RG n°13/14048	p. 19
Internet et pratiques commerciales trompeuses : illustration TGI Paris, 4 décembre 2015, inédit	p. 20
Caractère distinctif de la marque et incidence de l'usage TGI Paris, 13 novembre 2015, RG n°13/15560	p. 21
Données personnelles : la CNIL délivre le 1er label « Gouvernance Informatique et Libertés » Communiqué CNIL du 10 novembre 2015	p. 22
IMMOBILIER – CONSTRUCTION – URBANISME	
Le certificat d'urbanisme générateur de droits réels CE, 15 décembre 2015, Commune de Saint-Cergues, req. n°374026	p. 22
L'action en requalification d'un contrat de location-gérance Cass. civ. 3ème, 3 décembre 2015, pourvoi n° 14-19.146	p. 23
Les conséquences de la nullité du contrat de location-gérance Cass. civ. 3ème, 3 décembre 2015, pourvoi n°14-22.692	p. 24
INTERNATIONAL	
La propriété intellectuelle dans le monde Rapport 2015 de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI)	p. 24
Nouvelle réglementation sur les investissements étrangers en Chine Décret n°2 de 2015 du MOFCOM concernant la modification d'une partie des règlements et des directives	p. 26
ACTUALITÉ SIMON ASSOCIÉS	p. 28

DISTRIBUTION

Comptes prévisionnels irréalistes et devoir de mise en garde de la Banque

CA Versailles, 5 novembre 2015, n°13/06537

Ce qu'il faut retenir :

Une Banque peut engager sa responsabilité à l'égard de la société franchisée et de son dirigeant caution, pour manquement à son devoir de mise en garde, lorsque ceux-ci ne sont pas "avertis" et qu'il existe un risque d'endettement significatif, résultant par exemple du caractère "manifestement irréaliste" des **comptes prévisionnels sur la base desquels le projet a été financé.**

Pour approfondir :

La décision commentée permet de revenir sur la situation classique suivante : le candidat à la franchise entame différentes démarches auprès du franchiseur, se voit remettre un document d'information précontractuelle, réalise en tant que commerçant indépendant les démarches qu'il estime nécessaires pour être suffisamment informé de l'opportunité de son choix, en réalisant une étude de marché, puis des comptes prévisionnels, puis un dossier qu'il remet à la banque pour justifier la viabilité de son projet, avant d'obtenir le crédit souhaité en se portant caution personnel. Lorsque les choses tournent mal, que la société franchisée dépose le bilan et qu'il s'avère que les **comptes prévisionnels** étaient manifestement irréalistes, se pose alors (notamment) la question de savoir à quelles conditions la société franchisée emprunteur et/ou son dirigeant caution peuvent engager la responsabilité de la banque pour manquement à son « devoir de mise en garde » ? Pour le dire autrement, quelles sont donc les conditions de mise en œuvre de la responsabilité de la Banque par suite de l'octroi de crédits à la société franchisée cautionnés par son gérant ?

En l'espèce, les faits soumis à l'appréciation de la Cour d'appel de Versailles se rapprochaient de ce schéma classique ; il faut néanmoins revenir en détail sur le déroulement des faits de l'espèce pour mieux comprendre la portée de la décision rendue. Au cas présent, une société franchisée S. avait ouvert un compte courant dans les livres d'une Banque et avait souscrit auprès de cet établissement, le 19 mai 2009, un prêt de 185.927 euros remboursable en 85

mensualités ; le 22 mai 2009, Monsieur S., gérant de la société S., s'est rendu caution solidaire des engagements de la société S. dans la limite de la somme de 241.705,10 euros en principal, intérêts, et le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard, et ce pour une durée de 133 mois ; son épouse donnait alors son accord au cautionnement le même jour. Par acte sous seing privé du 17 février 2012, Monsieur S. s'était rendu caution solidaire de la société S. dans la limite de 7.800 euros pour une durée de sept mois. Par jugement du 22 mars 2012, le tribunal de commerce d'Évreux avait ouvert une procédure de redressement judiciaire au bénéfice de la société S. La liquidation judiciaire était prononcée le 17 janvier 2013. Par lettre RAR du 16 mai 2012, la Banque déclarait au passif une créance chirographaire de 6.187,74 euros (au titre du solde débiteur du compte courant) et une créance privilégiée (152.060,05 euros au titre du prêt). Le même jour, la Banque avait informé Monsieur S. du montant de sa déclaration de créance en l'informant qu'elle lui réclamerait le paiement de la somme de 158.247,79 euros en principal à la fin de la période d'observation fixée au 22 septembre 2012. Puis, par jugement du 17 janvier 2013, le tribunal prononçait la liquidation judiciaire de la société S. C'est dans ce contexte que la Banque poursuivait la caution en exécution de ses engagements devant le Tribunal de commerce de Versailles et, par jugement assorti de l'exécution provisoire (Trib. Com. Versailles, 5 juillet 2013, RG n°2013F00195) devait condamner la caution à lui payer, d'une part, 241.705,10 euros au titre de son engagement de caution sur le prêt et, d'autre part, 7.533,17 euros au titre de son engagement de caution sur le compte courant, tout en ordonnant, comme il est d'usage, la capitalisation des intérêts au taux légal sur la somme de 5.733,17 euros et au taux annuel de 7,85 % sur la somme de 128.718,51 euros.

Face à cette solution, la caution faisait valoir devant la Cour d'appel de Versailles que les cautionnements étaient disproportionnés à ses biens et revenus lors de leurs conclusions, et qu'au jour où il était appelé, il ne disposait pas davantage d'un patrimoine lui permettant de faire face à son obligation. Il invoquait par ailleurs un manquement de la Banque, d'une part, à son obligation d'information sur la portée de l'engagement et, d'autre part, à son obligation de mise en garde à l'égard de l'emprunteur et à son égard ; la caution soulignait être « non avertie », n'avoir aucune expérience dans le secteur d'activité de la société franchisée, n'avoir même jamais géré de société commerciale, et avoir été incapable de percevoir l'aspect irréaliste du compte d'exploitation prévisionnel établi par le franchiseur, alors que selon lui :

- la Banque, spécialisée dans la franchise et bénéficiaire des services de son pôle national franchise, disposait d'informations sur les risques et la viabilité de l'opération financée que lui-même ignorait ;
- l'opération était particulièrement risquée puisque le prévisionnel établi par le franchiseur et communiqué à la banque était avéré totalement idéaliste et insincère, ce que la Caisse aurait dû déceler. Il en déduisait être fondé à obtenir la décharge de son engagement et la réparation de son préjudice, caractérisé par la perte des sommes qu'il avait personnellement investies dans l'opération, soit 192.409,87 euros.

La solution issue de la décision commentée : la décision commentée infirme la solution des premiers juges puisqu'elle retient :

- d'une part, que le cautionnement souscrit le 22 mai 2009 en garantie du prêt consenti par la Banque à la société S. n'était pas manifestement disproportionné à ses revenus et à ses biens au moment de sa conclusion, de sorte que la Banque pouvait valablement s'en prévaloir (à ce titre la caution est ici condamnée au paiement de la somme de 152.060,05 euros) ;
- d'autre part, que la Banque a toutefois manqué à son « devoir de mise en garde » concernant le second cautionnement, consenti le 17 février 2012, de sorte que la Banque ne peut s'en prévaloir (à ce titre la demande de condamnation de la caution est ici rejetée et la Banque se trouve par ailleurs condamnée au paiement de la somme de 50.000 euros, à titre de dommages-intérêts).

Au-delà de la solution ainsi dégagée par la Cour d'appel de Versailles, c'est sa motivation qui retient avant tout l'attention, motivation dont la présentation implique de différencier successivement la question (ici préalable) du caractère manifestement disproportionné (ou non) des cautionnements litigieux, puis celle – plus générale – du manquement (ou non) de la Banque à son devoir de mise en garde. Il conviendra, pour chacune de ces deux questions, d'envisager distinctement les deux cautionnements, intervenus dans des circonstances différentes, et conduisant la Cour d'appel à dégager des solutions elles-mêmes différentes.

Sur le caractère manifestement disproportionné (ou non) des cautionnements litigieux : en droit, il faut

rappeler tout d'abord le sens des dispositions de l'article L. 341-4 du code de la consommation, selon lequel « *un créancier professionnel (telle une Banque) ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique :*

- *dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus,*
- *à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ».*

Autrement dit, l'appréciation porte donc sur deux instants "t" bien distincts l'un de l'autre : le premier à la souscription de la caution ; le second à la date à laquelle celle-ci est appelée.

Cette disposition s'applique à toutes les cautions qu'elles soient averties ou novices, dirigeantes ou non, dès lors que leur engagement a été souscrit pour un montant excédant manifestement leurs facultés financières (V. récemment, en ce sens, CA Pau, 22 juin 2015, RG n°14/00310).

Concernant le premier point, la disproportion de l'engagement de caution s'apprécie à la date de la conclusion du cautionnement sur la base des éléments alors connus et l'appréciation de la disproportion doit être effectuée au vu des déclarations de la caution concernant ses biens et revenus dont le créancier, en l'absence d'anomalies apparentes, n'a pas à vérifier l'exactitude ; au sens de ce texte, la disproportion s'apprécie, lors de la conclusion du contrat de cautionnement, au regard du montant de l'engagement ainsi souscrit et des biens et revenus de la caution, en prenant en considération son endettement global dont le créancier avait (ou pouvait avoir connaissance) en tant que professionnel normalement avisé et vigilant, y compris l'endettement résultant d'autres engagements de caution (V. très récemment, sur cette question : CA Poitiers, 24 novembre 2015, RG n° 14/04201). Par ailleurs, il résulte du texte précité que l'inopposabilité du cautionnement à la caution est conditionnée par l'existence, lors de sa souscription, d'une double disproportion manifeste de l'engagement, à ses revenus, d'une part, et à ses biens, d'autre part, et ce cumulativement et non alternativement. Ajoutons également que la preuve du caractère disproportionné du cautionnement au moment de sa souscription pèse sur la caution qui s'en prévaut et ce en application des dispositions de l'article précité.

Concernant le second point, il convient de rappeler qu'en présence d'un cautionnement qui n'était pas

disproportionné lors de sa conclusion, il est alors inopérant de rechercher s'il est devenu disproportionné au moment où la caution est appelée.

Ceci étant rappelé, en l'espèce, pour ce qui concerne la souscription du premier cautionnement, le 22 mai 2009, la Cour d'appel retient « que le cautionnement souscrit à concurrence de 241.705,10 euros au regard d'un patrimoine immobilier commun de 200.000 euros et d'un patrimoine mobilier de 60.000 euros, fût-il amputé de la somme de 54.000 euros, et d'un revenu annuel d'environ 50.000 euros pour garantir le remboursement d'un emprunt à raison de mensualités de 2.748,04 euros n'apparaît pas manifestement disproportionné aux biens et revenus de la caution à la date de sa souscription » et « qu'il n'y a donc pas lieu de rechercher si Monsieur S. peut y faire face au moment où il est appelé ».

Pour ce qui concerne la souscription du second cautionnement, le 17 février 2012, la Cour d'appel retient qu'« aucune fiche d'information sur les revenus et les biens de Monsieur S. n'a été établie de sorte qu'il peut apporter la preuve qui lui incombe de la disproportion manifeste de ce cautionnement à ses biens et revenus par tout moyen », « qu'en février 2012, alors qu'il était déjà engagé à concurrence de 241.705,10 euros au titre du premier cautionnement, Monsieur S. avait perçu (...) 98.130,50 euros, amputé d'un capital de 50 000 euros dû au titre de la prestation compensatoire de 62.500 euros mise à sa charge (...) » et « qu'il a déclaré avoir perçu en 2012 la somme de 76 euros ; que les avances en compte courant d'associé réalisés par Monsieur S. se sont élevées à la somme totale de 166.497,34 euros au 30 septembre 2011, et s'il faut relever que M. S. ne fournit aucune information sur le montant de son compte courant d'associé en février 2012, il convient de le suivre lorsqu'il affirme que, compte tenu de la situation de la société S. en février 2012, laquelle sera mise en redressement judiciaire un mois plus tard, le remboursement de ce compte courant était illusoire ». La Cour d'appel conclut « qu'en considération de ces divers éléments d'appréciation, il faut retenir que le cautionnement supplémentaire des engagements de la société S. à concurrence de 7.800 euros le 17 février 2012 était manifestement disproportionné aux biens et revenus de M. S. » et que la Banque « sur laquelle pèse la charge de la preuve d'un retour à meilleure fortune de la caution, ne soutient pas que Monsieur S. peut faire face à cet engagement au moment où il est appelé, de sorte qu'il convient de dire qu'elle ne peut se prévaloir du cautionnement du 17 février 2012 ».

Sur le devoir de mise en garde de la Banque : en droit,

il convient tout d'abord de rappeler quatre observations de principe. En premier lieu, les contours du « devoir de mise en garde » ne sont pas précisément définis, ni par la loi (qui n'en donne aucune définition), ni par la jurisprudence, la cour de cassation laissant ce soin aux juridictions du fond, sans doute car l'intensité même de ce devoir relève de la casuistique ; en substance, le devoir de mise en garde imposerait à l'établissement d'alerter l'emprunteur (ou la caution) sur le caractère excessif du prêt qu'il sollicite (ou qu'il cautionne) ; autrement dit, il s'agirait pour le banquier d'insister sur les risques ou les conséquences négatives de l'octroi du prêt. En deuxième lieu, l'on peut comprendre, à la lumière de ce qui semble constituer les premiers contours de ce devoir de mise en garde que le banquier dispensateur de crédit n'y soit tenu qu'en présence de conditions relativement contraignantes ; or, selon la jurisprudence, ce devoir s'impose tant à l'égard de l'emprunteur non averti qu'à celui de la caution non avertie, à raison de leurs capacités financières et des risques d'endettement nés de l'octroi du prêt qui constitue l'opération cautionnée. Autrement dit, l'obligation de mise en garde est ainsi subordonnée à deux conditions cumulatives, la qualité d'emprunteur (ou de caution) non averti(e) et l'existence d'un risque d'endettement ; on y reviendra. En troisième lieu, lorsque ces deux conditions cumulatives sont vérifiées et que le Banque se trouve alors tenue par ce devoir de mise en garde, il appartient alors à cette dernière de rapporter la preuve de ce qu'elle y a satisfait. En quatrième lieu, la sanction d'un manquement du banquier dispensateur de crédit à son obligation de mise en garde réside dans la réparation de la perte de chance pour la caution de ne pas contracter pouvant, le cas échéant, donner lieu à l'octroi de dommages-intérêts ; il ne prive pas cependant le banquier de la possibilité de se prévaloir du cautionnement, pas plus qu'il n'entraîne la décharge de la caution.

Ce rappel juridique préalable effectué, il convient de revenir sur les faits de l'espèce. Pour ce qui concerne l'octroi le 22 mai 2009 à la société S., nouvellement constituée, d'un prêt de 185.927 euros, destiné à financer les investissements liés à la création du fonds de commerce de centre de bronzage sous franchise à Evreux, la Cour d'appel retient :

- qu'il est intervenu après la remise par Monsieur S. à la Banque d'un document intitulé « synthèse du compte de résultat prévisionnel » qui, selon Monsieur S., aurait été établi directement par le franchiseur et serait insincère ;

- que le document d'information précontractuelle communiqué par le franchiseur à Monsieur S. versé aux débats stipule en son article II, B, 4, que « le franchiseur remet au franchisé ... un modèle-type de compte de résultat prévisionnel, ainsi que le montant des investissements, les principaux ratios, les principales charges permettant au franchisé d'établir son propre compte d'exploitation prévisionnel, avec l'aide de ses propres conseils et en fonction des facteurs locaux de son implantation » et que « le franchisé reconnaît que la responsabilité du franchiseur ne pourra, en aucun cas, être recherchée en cas de non-réalisation des prévisions dans la mesure, notamment où, d'une part, le franchisé a une part prépondérante dans la réussite de l'exploitation de son centre, d'autre part, qu'il lui appartient de faire procéder à toute étude de marché approfondie en fonction du choix qu'il fait de son emplacement, enfin, parce que les outils prévisionnels ne peuvent préjuger du comportement d'une population locale spécifique pour un produit de confort proposé dans le cadre d'un concept original » ;
- que le **prévisionnel** était « manifestement irréaliste » dans les circonstances de l'espèce ;
- « que l'octroi du prêt présentait de sérieux risques d'endettement et excédait les capacités financières prévisibles de la société S. ; que Monsieur S. était le créateur de l'entreprise, n'avait aucune qualification ni compétence ni expérience dans la gestion d'un commerce ou dans la finance, exploitant de surcroît un domaine d'activité totalement étranger à sa profession habituelle d'ingénieur en informatique ; que la société S. doit donc en conséquence être considérée comme un emprunteur non averti, de même que Monsieur S. doit être qualifié de caution non avertie ; que (la Banque), qui, dans le cadre de son obligation de prudence et de vigilance, devait se renseigner sur la viabilité du projet et les capacités financières de la société S. sans s'en tenir aux informations contenues dans des documents peu fiables ou irréalistes, était débitrice d'une obligation de mise en garde qu'elle ne justifie par avoir remplie » ;
- et qu'en conséquence que Monsieur S. est « en droit d'obtenir la réparation de la perte de chance de ne pas contracter qui ne saurait correspondre au montant de la dette, ni au montant de toutes les sommes engagées pour financer la création et l'exploitation du fonds de commerce » ;
- qu'en l'espèce il y a lieu de retenir que « s'il est certain que le défaut d'exécution du devoir de mise en garde a privé Monsieur S. de l'éventualité favorable qu'aurait constitué pour lui le fait de renoncer à son projet, l'éventualité de ce renoncement apparaît faible, de sorte que le préjudice sera réparé par l'allocation d'une somme de 50 000 euros à titre de dommages-intérêts, venant se compenser avec le montant de la condamnation restant à déterminer (...) ».

Par sa motivation, la décision commentée reprend donc successivement les deux conditions cumulatives auxquelles le devoir de mise en garde de la Banque est subordonné : la qualité d'emprunteur non averti et l'existence d'un risque significatif d'endettement. Chacune de ces conditions mérite quelques commentaires supplémentaires.

Le caractère « averti » (ou non) de l'emprunteur est par nature une question subjective. Elle se rattache néanmoins à des critères, un peu plus objectifs, tels que notamment :

- le profil de l'intéressé bien sûr, encore que, contrairement à une idée reçue, cet élément ne constitue pas le seul élément à prendre en considération (Th. Favario, Les contours jurisprudentiels du devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur non averti, Revue de Droit bancaire et financier n° 3, Mai 2010, étude 12 : soulignant même, à propos des deux arrêts rendus le 27 juin 2007 par la chambre mixte de la cour de cassation, que l'un laissait entendre qu'un agriculteur empruntant pour les besoins de son exploitation n'était pas nécessairement un emprunteur averti, et que l'autre suggérait qu'une institutrice co-emprunteur avec son époux d'un prêt pour l'achat d'un fonds de commerce n'était pas nécessairement un emprunteur non averti) ;
- la durée pendant laquelle l'emprunteur (ou son dirigeant) ont pu exercer l'activité professionnelle financée par le prêt litigieux et/ou une activité impliquant des compétences financières ; en l'espèce, il n'est pas neutre de relever qu'il s'agissait d'un emprunteur non averti dès lors que « Monsieur S., créateur de l'entreprise (emprunteuse), n'avait aucune qualification ni compétence ni expérience dans la gestion d'un

commerce ou dans la finance, exploitant de surcroît un domaine d'activité totalement étranger à sa profession habituelle d'ingénieur en informatique » (v. par ailleurs, pour un exemple récent d'emprunteur « averti » : CA Aix-en-Provence, 25 Juin 2015, RG n° 14/06188 ; CA Amiens, 22 janvier 2015, RG n°13/02916) ;

- le nombre de prêts professionnels que l'emprunteur (ou son dirigeant) ont pu contracter par le passé,
- la présence ou non de professionnels ayant pu entourer l'emprunteur avant la souscription du crédit litigieux (v. en ce sens, CA Pau, 22 juin 2015, RG n°14/00310 : soulignant que le dirigeant « a donc su s'entourer de l'avis de professionnels et a pu en conséquence prendre une décision réfléchie et éclairée lorsqu'il a souscrit son engagement de caution »)
- étant précisé que la cour de cassation se livre régulièrement à un contrôle de la notion d'emprunteur averti ou de caution avertie (v. par ex., Cass. civ. 1ère, 27 février 2013, n°12-13.950) et qu'il appartient au demandeur et à lui seul de rapporter la preuve de sa qualité de profane (v. CA Rouen, 23 avril 2015, RG n° 13/02791 ; v. surtout, Cass. com., 17 nov. 2009, Juris-Data n° 2009-050458).

L'existence d'un risque significatif (ou non) d'endettement est également une question subjective. Elle se rattache néanmoins à des critères, un peu plus objectifs, tels que notamment :

- l'existence (ou non) d'une disproportion entre l'engagement de l'emprunteur (ou de la caution) et la capacité de remboursement du crédit par l'emprunteur (les revenus et patrimoine de la caution), induisant un risque d'endettement excessif (V. très récemment, sur cette question : CA Poitiers, 24 novembre 2015, RG n° 14/04201) ;
- l'existence (ou non) d'informations financières communiquées à la Banque (CA Versailles, 19 juin 2014, RG n°12/03725 : soulignant au cas particulier « que la banque, qui ne justifie d'aucune demande de renseignements vis à vis des cautions, quant à leur capacités financières, ce dont il résulte qu'elle n'a pas

vérifié la proportionnalité de leur engagement à leurs biens et revenus, ne peut sérieusement prétendre, alors qu'elle était le partenaire financier du vendeur, avoir ignoré la fragilité de la situation économique et financière de la société cédante et partant, les risques d'endettement encourus par les appelants en leur qualité de cautions de la société cessionnaire » ; v. aussi sur ce point, CA Angers, 30 mai 2014, RG n°12/02571, Juris-Data n°2014-012089) ;

- lorsque des informations financières ont communiquées à la Banque – ce qui le cas en règle générale évidemment –, leur exactitude (CA Metz, 26 Mai 2015 RG n° 14/00446), sinon même l'existence (ou non) d'anomalies apparentes dans les éléments transmis à la Banque (CA Rouen, 23 avril 2015 – RG n° 13/02791 : soulignant que « la banque, qui n'a pas à s'immiscer dans la gestion des affaires de ses clients pour apprécier la viabilité et la rentabilité de leurs projets, qui n'avait pas à procéder à des investigations supplémentaires sur la situation de la société au vu de documents qui étaient cohérents et sans anomalie apparente, dont il n'est pas démontré qu'elle aurait eu, sur le projet financé et la situation de la société des informations qui n'étaient pas en possession de la caution, a pu accorder le prêt ») ; dans l'espèce commentée, la Cour infère le devoir de mise en garde de la Banque de ce que le prévisionnel, établi par le franchiseur, était « manifestement irréaliste » ;
- l'existence (ou non) d'informations connues de la Banque et ignorées de l'expert-comptable ayant réalisé les comptes prévisionnels (CA Amiens, 22 janvier 2015, RG n°13/02916) ;
- étant précisé qu'il appartient par nature au demandeur de rapporter la preuve que la Banque lui a fait prendre un risque inconsidéré d'endettement (v. récemment en ce sens, CA Metz, 26 Mai 2015, RG n° 14/00446).

A rapprocher : Cass. ch. mixte, 29 juin 2007 (deux arrêts) : Juris-Data n° 2007-039908 et 2007-039909 ; RTD civ. 2007, p. 779, note P. Jourdain ; JCP G 2007, II, 10146, note A. Gourio ; D. 2007, p. 2081, note S. Piedelièvre ; JCP E 2008, 2105, note D. Legeais

Contrat de réservation contenant une clause de non-concurrence post-contractuelle

CA Limoges, 5 novembre 2015, RG n°13/01241

Ce qu'il faut retenir :

Les règles concernant la validité d'une clause de non-concurrence post-contractuelle, insérée au cas présent dans un contrat de réservation, ne touchent pas à l'ordre public, de sorte que le juge n'est pas tenu de relever d'office le moyen tiré de l'exception de nullité de la clause de non-concurrence post-contractuelle (1^{er} aspect de la décision commentée). Lorsque les termes de la clause de non-concurrence post-contractuelle le permettent, celle-ci trouve à s'appliquer, y compris lorsque le franchiseur, par son comportement fautif, est à l'origine de la cessation du contrat (2nd aspect de la décision commentée).

Pour approfondir :

Aux termes d'un contrat de réservation conclu le 12 octobre 2011, un franchiseur consent à un candidat franchisé une option sur un territoire défini pour l'implantation d'un point de vente pendant une durée d'un an à compter de la date de signature de ce contrat de réservation. Ce contrat de réservation comprend une clause de non-concurrence post-contractuelle, selon laquelle il est stipulé que dans l'hypothèse où l'option ne serait pas levée par le candidat franchisé dans le délai contractuel d'un an, celui-ci s'interdirait alors d'exploiter, directement ou indirectement, et de quelque façon que ce soit, toute activité identique (ou similaire) sur l'ensemble du territoire français, pendant une durée de deux ans à compter de la cessation du contrat de réservation.

L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Limoges attire notre attention sur deux points, l'un concernant le droit processuel, l'autre le droit substantiel.

En premier lieu, fait marquant, le candidat franchisé ne contestait pas la validité même de cette clause, pas plus que celle du contrat dans lequel elle était insérée ; l'arrêt commenté en tire pour conséquence que la clause de non-concurrence post-contractuelle doit recevoir application. La validité de cette clause de non-concurrence post-contractuelle pouvait pourtant prêter à discussion dans la mesure où elle semblait de prime abord disproportionnée, à la fois au regard du critère de limitation géographique exigé en jurisprudence (en l'espèce, l'interdiction de non-concurrence visait le territoire national, alors que), mais également au regard de sa limitation temporelle (en l'espèce, l'interdiction de non-concurrence était de

deux ans après la cessation du contrat de réservation, alors que la jurisprudence tend désormais à exiger un délai d'un an seulement). En dépit du fait que cette clause paraissait donc « doublement » disproportionnée, les juges du fond retiennent sobrement : « *que cette clause, dont la validité n'est pas contestée pas plus que celle du contrat dans lequel elle est insérée, doit recevoir application* ».

L'intérêt de l'arrêt commenté se déplace alors sur le terrain du droit processuel ; autrement dit, les juges pouvaient-ils (ou devaient-ils) relever d'office la question – qui leur tendait les bras – de savoir si cette clause était valable ou non. Ici, les juges du fond n'évoquent pas même ce point. En définitive, le juge n'est pas tenu de relever d'office un moyen de droit non expressément invoqué par les parties, hormis les cas limitatifs où la loi lui en fait expressément l'obligation, ainsi que la Cour de cassation l'a très clairement indiqué il y a quelques années, par sa plus haute formation (C. Cass., Ass. Plén., 21 déc. 2007, n°06-11.343) ; cet arrêt de 2007, arrêt de référence en la matière, se situe dans le sillage d'une évolution marquée par le décret n°98-1231 du 28 décembre 1998 **modifiant le code de l'organisation judiciaire et le nouveau code de procédure civile** et un précédent arrêt rendu par l'assemblée plénière le 7 juillet 2006 (C. Cass., Ass. Plén., 7 juillet 2006 - Bull., A. plén., n° 8) qui, redéfinissant quelque peu le rôle des parties et du juge dans le procès civil, repose sur l'idée que si le juge doit jouer un rôle actif dans le déroulement du procès, il n'a pas, hors cas particulier, à remplir tous les rôles, et qu'il revient alors aux parties, et à elles seules, d'invoquer tous les moyens susceptibles de fonder leurs prétentions.

Ainsi, concrètement, force est de constater au plan procédural que :

- par principe, le juge dispose, tout au plus, de la simple « faculté » de relever un moyen d'office et, dans l'affirmative, doit alors respecter le principe du contradictoire, en invitant les parties à présenter leurs observations (CPC, art. 16, al. 3 : « *Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations* ») ;
- sous réserve de l'application de deux types d'exception, à savoir :
 - o celle où un texte spécifique envisage expressément l'obligation ou l'interdiction pour le juge de relever d'office

certaines moyens de droit, que ces textes spécifiques soient d'ordre procédural (V. par ex., CPC, art. 120, al. 1^{er} : « *Les exceptions de nullité fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public* » ; CPC, art. 125, al. 1^{er} : « *Les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou de l'absence d'ouverture d'une voie de recours* ») ou de droit substantiel (v. par ex., l'article L.141-4 du code de la consommation, qui énonce que « *le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application* »).

- celle – plus insidieuse – où la jurisprudence identifie l'existence d'une règle touchant véritablement à l'ordre public (Cass. civ. 2^{ème}, 20 janv. 2000, pourvoi n°98-13.871 : à propos de l'application de la loi du 5 janvier 1985 alors que le demandeur fondait son action sur l'article 1384, alinéa 1er, du code civil) ; à ne pas confondre avec l'ordre public de simple « protection » car, de principe constant, la Cour de cassation interdit au juge du fond de relever d'office une méconnaissance de certains textes relevant d'un « ordre public de protection », que seule peut opposer la personne que ces dispositions ont pour objet de protéger (v. par ex., Cass. civ. 2^{ème}, 4 déc. 2003, Bull., II, n° 367, p. 302, pourvoi n°02-04.162 ; Cas. civ. 1^{ère}, 15 fév. 2000, Bull., I, n° 49, p. 34, pourvoi n°98-12.713), soit le justiciable lui-même.

Implicitement mais nécessairement, l'arrêt commenté considère-t-il que les règles relatives à la validité de clauses de non-concurrence ne touchent pas à l'ordre public et que, partant, les juges du fond avaient tout au plus la simple « faculté », non exercée au cas présent, de relever d'office le moyen tiré de l'exception de nullité de la clause de non-concurrence post-contractuelle.

En second lieu, le candidat franchisé, faute d'avoir attaqué la validité de cette clause de non-concurrence post-contractuelle, en discutait néanmoins les conditions de mise en œuvre, au motif que, selon lui, le défaut de levée de l'option prévue dans le contrat de réservation était imputable aux seules carences du franchiseur dans l'exécution de ses obligations ; autrement dit, selon le candidat franchisé, le franchiseur ne pouvait se prévaloir de cette clause de non-concurrence post-contractuelle dès lors que, par son comportement, il avait lui-même provoqué la cessation du contrat de réservation emportant application de cette clause. L'arrêt commenté concède que le franchiseur ait commis une faute mais écarte l'argumentation du candidat franchisé en ces termes : « *Attendu que, même si le défaut de levée de l'option prévue dans le contrat de réservation apparaît imputable aux carences de la société (franchiseur) dans l'exécution de ses obligations (...), la société (franchisée) ne pouvait, sans méconnaître l'interdiction précitée, ouvrir en octobre 2012 son (activité) sous (une autre) enseigne (...); que, la violation de cette interdiction s'étant prolongée sur une période d'une année, le préjudice en résultant pour la société (franchiseur) sera réparé par l'allocation de dommages-intérêts (...)* ».

La décision commentée retient donc qu'une telle clause, du moins celle dont les termes exacts étaient soumis à son appréciation, s'applique, y compris lorsque le franchiseur, par son comportement fautif, est à l'origine de la cessation du contrat.

En définitive, tout dépend de la manière dont la clause de non-concurrence est rédigée (**v. sur ce point, F.-L. Simon, Théorie et Pratique du droit de la franchise, éd. Joly, 2009, spéc. §. 554**).

Le contrat peut parfaitement prévoir que la clause ne sera applicable que pour telle ou telle cause d'extinction des relations contractuelles. Par exemple, il est possible de prévoir que la clause ne sera pas applicable si le contrat a été résilié aux torts exclusifs du franchiseur (V. pour un ex. de clause en ce sens, CA Paris, 21 sept. 2005, Juris-Data n°2005-293492 ; pour une clause limitant l'interdiction de concurrence au cas de résiliation aux torts du franchisé, CA Lyon, 17 fév. 2005, RG n°03/01960, inédit ; v. également, pour une décision estimant que les fautes du franchiseur libèrent le franchisé de son obligation de non-concurrence post-contractuelle, Trib. com. Paris, 9 août 1995, Juris-Data n°1995-047408).

Le contrat peut au contraire retenir que la clause sera applicable quelle que soit l'origine de la cessation des relations contractuelles (V. pour une clause rédigée en termes généraux, CA Bordeaux, 23 mars 1989, Juris-Data n°1989-041727) : dans ce cas, le franchisé sera débiteur de l'obligation de non-concurrence en dépit du fait que la résiliation est due aux manquements contractuels du franchiseur (CA Aix-en-Provence, 24 sept. 1998, Juris-Data n°1998-046926).

A rapprocher : Sur le premier aspect de la décision commentée (C. Cass., Ass. Plén., 21 déc. 2007, n°06-11.343) ; Sur le second aspect de la décision commentée (CA Aix-en-Provence, 24 sept. 1998, Juris-Data n°1998-046926)

Le franchiseur peut faire interdire sous astreinte l'activité concurrente de son franchisé
CA Montpellier, 17 décembre 2015, RG n°15/04662

Ce qu'il faut retenir :

Le juge des référés est compétent pour faire cesser, au besoin sous astreinte, le trouble manifestement résultant de la violation par le franchisé de son obligation de non-concurrence post-contractuelle.

Pour approfondir :

On le sait, la Cour de cassation a donné il y a environ dix ans une impulsion certaine aux pouvoirs du juge des référés, en affirmant fermement que celui-ci demeure compétent pour faire cesser un trouble manifestement illicite et trancher toute contestation s'y rapportant, y compris en présence d'une contestation sérieuse (Cass. com., 7 juin 2006, pourvoi n°05-19.633 : « *Attendu, selon ce texte, que le juge peut, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent pour faire cesser un trouble manifestement illicite ; (...) qu'en écartant l'existence d'un trouble manifestement illicite en considération d'un simple doute sur la résiliation du contrat dont la violation était dénoncée, alors qu'il lui incombait de trancher en référé la contestation, même sérieuse, en examinant la réalité de cette résiliation, la cour d'appel a méconnu l'étendue de ses pouvoirs et ainsi violé le texte susvisé* »).

Cette impulsion a permis notamment d'imposer la

poursuite de contrats en cours, à l'encontre de cocontractants ayant décidé unilatéralement de résilier leur contrat ; ce phénomène a été observé dans différentes matières (CA Paris, 21 janvier 2009, RG n°08/15864 : à propos d'un contrat de télésurveillance ; CA Caen, 10 oct. 2013, Juris-Data n°2013-023545 : à propos d'un contrat d'approvisionnement), avant de gagner le droit de la franchise par trois décisions successives (**Trib. Com. Montpellier, 18 juillet 2014, RG n°2014010500, et notre commentaire** ; Trib. Com. Pontoise, 30 octobre 2014, RG n°2014R00258 ; **CA Paris, 10 févr. 2015, n°14/02110, et notre commentaire**).

Au cas présent, la situation était sans doute plus simple encore que dans les trois décisions précitées, car il ne s'agissait plus d'imposer au franchisé (ayant résilié le contrat) de poursuivre la relation contractuelle, mais de faire cesser le trouble, manifestement illicite, tenant au non-respect par ce dernier de sa **clause de non-concurrence post-contractuelle**.

Cette clause stipulait : « (...) Pendant toute la durée du présent contrat et sauf autorisation écrite du franchiseur, le franchisé s'interdit, directement ou indirectement, pour son propre compte ou par l'intermédiaire ou pour le compte ou en association avec toute personne physique ou morale ou tout associé : 1° de détourner ou de tenter de détourner une activité ou un client de l'entreprise franchisée ou d'une autre entreprise (...) au profit d'un concurrent, par incitation directe ou indirecte ou autrement, ou d'effectuer, directement ou indirectement, tout autre acte nuisible à l'image associée aux marques exclusives et au système ; 2° de retenir ou de chercher à retenir les services, à titre de travailleur salarié ou indépendant ou de consultant à temps pleins ou à temps partiel, toute personne alors employés par le franchiseur ou par tout autre activité (...) ou d'inciter directement ou indirectement ladite personne à quitter son emploi ; 3° de posséder, d'entretenir, de conseiller, d'assister ou de franchiser toute entreprise ayant une activité identique ou quasi identique à celles de l'entreprise franchisée, de s'y impliquer d'y être employé de lui faire des préaux d'en détenir une participation majoritaire (...) » ; de même, il était par ailleurs stipulé : « Le franchisé n'utilisera ni les marques exclusives, ni une abréviation quelconque, ni un autre nom associé au franchiseur ou au système pour former une partie quelconque d'une adresse électronique, d'un nom de domaine site Internet, moteur de recherche de tout autre forme d'identification du franchisé dans un médium électronique quelconque sans l'accord préalable par écrit du franchiseur ».

La décision de la Cour d'appel de Montpellier retient que :

- la création de l'agence et du site internet du franchisé contrevient indiscutablement à cette obligation ;
- il convient de constater trouble manifestement illicite que constitue la création déloyale et parasite d'une entreprise commerciale et d'un site Internet concurrent ;
- afin de le faire cesser, il y a lieu de faire droit aux demandes de fermeture du site Internet sous astreinte et d'interdiction d'exercer une quelconque activité susceptible de concurrencer la requérante.

A rapprocher : Ord. TC Quimper, 23 août 2012, inédit, et notre commentaire

Clause de non-concurrence : le partenaire doit connaître l'étendue de ses droits

Cass. soc., 2 décembre 2015, pourvoi n°14-19.029, Juris-Data n°2015-027022, Publié au Bulletin

Ce qu'il faut retenir :

Est illicite l'obligation de non-concurrence, réservant à son créancier la faculté de renoncer à tout moment, avant ou pendant la période d'interdiction, aux obligations qu'elle fait peser sur le débiteur de l'obligation.

Pour approfondir :

Dans un contentieux classique de droit du travail, un employeur faisait grief à une décision d'avoir déclaré illicite la clause de non-concurrence, au motif qu'elle réservait à l'employeur la faculté de renoncer à tout moment, avant ou pendant la période d'interdiction, aux obligations qu'elle faisait peser sur le salarié. La Cour de cassation vient de rejeter le pourvoi formé contre cette décision par un arrêt, publié au Bulletin (**Cass. soc., 2 déc. 2015, n°14-19.029**), par lequel elle pose : « *Mais attendu qu'ayant relevé que la clause réservait à l'employeur la faculté de renoncer à tout moment, avant ou pendant la période d'interdiction, aux obligations qu'elle faisait peser sur le salarié, la cour d'appel qui a retenu que ce dernier avait été laissé dans l'incertitude quant à l'étendue de sa liberté de travailler,*

en a exactement déduit que cette clause devait être annulée en son ensemble; que le moyen n'est pas fondé ».

Voilà pour le droit du travail, qui consacre la règle selon laquelle la clause de non-concurrence est licite si elle est indispensable à la protection des intérêts légitimes de l'entreprise, limitée dans le temps et dans l'espace, qu'elle tient compte des spécificités de l'emploi du salarié, outre – différence notable avec le droit de la distribution –, qu'elle doit comporter l'obligation pour l'employeur de verser au salarié une contrepartie financière, ces conditions étant cumulatives (v. par ex., **Cass. soc. 18 sept. 2002, n°99-46.136, Publié au Bulletin**).

En pratique, la question de savoir si est licite (ou non) la clause de non-concurrence post-contractuelle réservant à la tête de réseau la faculté de renoncer à tout moment aux obligations qu'elle faisait peser sur le distributeur ne se pose pas véritablement puisque, en droit de la distribution, la validité de ces clauses n'est pas subordonnée à l'existence d'une contrepartie financière et que cette faculté n'a a priori pas de raison d'être ; les clauses en « circulation » n'envisagent qu'exceptionnellement cette hypothèse. Pour le cas où viendrait l'idée à telle ou telle tête de réseau d'inclure cette faculté dans ses clauses de non-concurrence post-contractuelle, comme pour donner à ses cocontractants le sentiment d'une plus grande souplesse, mieux vaudrait alors sagement se souvenir de l'arrêt qui vient d'être rendu.

A rapprocher : Tour d'horizon sur les clauses de non-concurrence et de non-affiliation post-contractuelles

Indemnité de l'agent commercial et rupture des négociations pour le renouvellement du contrat

CA Paris, 17 décembre 2015, RG n°14/05560

Ce qu'il faut retenir :

L'indemnité due à l'agent commercial n'est pas due en cas de cessation du contrat mais de ses relations avec le mandant qui par perdurent pendant les négociations convenues en vue du renouvellement du contrat ; la rupture de ces négociations du fait de l'agent l'empêche d'obtenir son indemnité.

Pour approfondir :

Deux sociétés ont conclu un contrat d'**agent commercial** puis un second par lesquels le mandant confiait à l'agent commercial la distribution d'ouvrages édités par le mandant. A l'arrivée du terme de ces deux contrats distincts, mandant et agent ont souhaité négocier la signature d'un nouveau contrat censé remplacer les deux premiers. Les pourparlers n'ayant pas abouti, l'agent a sollicité du mandant le paiement de l'indemnité due en cas de rupture du contrat d'agent commercial, estimant que le non-renouvellement du contrat était du fait du mandant, puis l'a assigné à cette fin. Le mandant invoquait quant à lui le fait que c'était l'agent qui avait brutalement mis fin aux pourparlers en cours qui avaient pour objet le renouvellement des contrats. Le Tribunal a refusé de faire droit à la demande d'indemnisation de l'agent.

On rappellera pour mémoire que les articles L134-12 et L134-13 du code de commerce prévoient qu' « *en cas de cessation de ses relations avec le mandant, l'agent commercial a droit à une indemnité compensatrice en réparation du préjudice subi* », cette réparation n'étant pas due, notamment, dans le cas où « *la cessation du contrat est provoquée par la faute grave de l'agent commercial* » ou encore lorsque « *la cessation du contrat résulte de l'initiative de l'agent à moins que cette cessation ne soit justifiée par des circonstances imputables au mandant* ».

Pour rejeter la demande de l'agent et confirmer en cela le jugement de première instance, la Cour retient que l'article L134-12 vise une indemnité due en cas de cessation des relations avec l'agent et non en cas de cessation du contrat. Par conséquent – et logiquement –, le renouvellement du contrat après son terme exclu le droit à indemnité, même si ce renouvellement a lieu sur des bases nouvelles issues de négociations. Or, en l'espèce, les négociations avaient été entamées en cours d'exécution du préavis des deux contrats initiaux, des échanges entre les parties montrent la bonne foi du mandant dans les pourparlers (notamment car certaines des bases nouvelles du dernier projet de contrat proposé par le mandant étaient plus favorables à l'agent que les conditions contenues dans les contrats s'achevant) et l'agent ne versait au débat aucun écrit établissant des contestations de sa part quant au dernier projet de contrat proposé par le mandant.

De cela, la Cour conclut que le mandant a proposé, « *dans des conditions loyales* », le renouvellement des contrats par la conclusion d' « *un nouveau contrat qui ne remettait pas en cause les intérêts économiques de [l'agent]* » et que l'agent, après en avoir accepté et mis

en œuvre certaines modalités, a décidé de refuser ce renouvellement.

A rapprocher : Cass. com., 4 février 2014, pourvoi n°12-14.466

Le fabuleux destin de la clause pénale

CA Toulouse, 14 octobre 2015, RG n° 13/00325, et projet de réforme

Ce qu'il faut retenir :

Conformément à l'article 1152 du Code civil, le juge peut augmenter le montant de la clause pénale insérée dans un contrat de franchise.

Pour approfondir :

On le sait, la **clause pénale** (D. Mazeaud, La notion de clause pénale, LGDJ, 1992, coll. Bibl. de droit privé, t. 223), actuellement régie par les articles **1152** et **1226 et suivants** du code civil, fascine par sa simplicité et son apparente efficacité : par la stipulation d'une clause pénale, les parties peuvent évaluer par avance les dommages et intérêts dus par le débiteur en cas de retard ou d'inexécution par l'une des parties.

Ainsi, selon les cas, la clause pénale pourra prévoir soit un montant fixe et forfaitaire (v. par ex., CA Lyon, 7 Octobre 2015 – RG n° 13/09827 ; CA Lyon, 4 Décembre 2014 – RG n° 14/00912 ; CA Paris, 4 avr. 1998, Juris-Data n°022498 ; v. aussi, **(Cass. civ. 1ère, 10 oct. 1995, n° 93-16.869, Bull. civ., I, n° 347, et notre commentaire)**, soit un montant variable, en pratique le plus souvent fonction de la durée restant à courir au moment du fait générateur jusqu'au terme du contrat (v. par ex., **CA Nîmes, 7 mai 2015, RG n°14/02593** ; CA Lyon, 31 mars 2000, Juris-Data n°120706 ; CA Lyon, 11 févr. 2000, Juris-Data n°151453). Et, dans tous les cas, le juge dispose du pouvoir modérateur que lui confère l'article 1152 du code civil, qui lui permet notamment de réduire le montant ainsi prévu par le contrat lorsque celui-ci s'avère manifestement excessif (v. par ex., **CA Colmar, 13 août 2013, RG n°12/04063** : réduisant le montant de la clause pénale faute de préjudice effectif ; **CA Colmar, 17 juin 2013, RG n°12/03155** et **CA Paris, 27 juin 2012, RG n°11/01181** : réduisant le montant de la clause pénale en raison d'objectifs irréalisables).

L'arrêt commenté (CA Toulouse, 14 Oct. 2015, RG n° 13/00325) fournit une illustration supplémentaire de

ce pouvoir modérateur, mais la décision présente cette particularité de réviser le montant de la clause pénale à la hausse, ce montant étant manifestement dérisoire au sens de l'article 1152 précité. L'hypothèse est plus rare dans la pratique contentieuse ; cet arrêt méritait donc d'être souligné. En l'espèce, la clause pénale examinée prévoyait un montant égal à « la moyenne des 12 dernières redevances mensuelles payées par le franchisé multiplié par le nombre d'années restant à courir jusqu'au terme normal du contrat ». La Cour d'appel de Toulouse retient : « l'application de la clause ainsi stipulée, alors qu'il restait trois ans et six mois et donc trois années pleines à courir, conduit à une indemnité contractuelle d'un montant de 8.163 €. (...) Au regard du préjudice effectivement subi par le franchiseur, tel que la cour peut l'apprécier à la date où elle statue et alors que le franchisé a poursuivi l'exploitation du même fonds de commerce, sur le même site, mais sous sa propre enseigne, en s'abstenant du paiement de toute redevance, la clause pénale est manifestement dérisoire et le premier juge doit être confirmé en ce qu'il en a révisé le montant pour le porter à celui justement fixé de 50.000 € ».

De quoi évoquer enfin le fabuleux destin de la clause pénale. L'actuel projet de réforme définit la notion de clause pénale (sans la citer comme telle) et en précise le régime, par un article unique, l'article 1231-5, ainsi rédigé : « Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la sanction convenue peut, même d'office, être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent. Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite. Sauf clause contraire, la peine n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure ».

A rapprocher : CA Nîmes, 7 mai 2015, RG n°14/02593

CONCURRENCE & CONSOMMATION

Rupture brutale des relations commerciales et charge de la preuve

CA Paris, 17 décembre 2015, RG n°14/18277

Ce qu'il faut retenir :

L'article L.442-6 I. 5° du Code de commerce sanctionne la rupture brutale de relations commerciales établies, ce qui suppose de démontrer le caractère « brutal » de la rupture ; à défaut, cette disposition n'a pas lieu de s'appliquer. Par ailleurs, pour obtenir l'indemnisation du préjudice subi, encore faut-il rapporter la preuve de celui-ci.

Pour approfondir :

En l'espèce, la société B. exploitait des distributeurs automatiques de denrées appartenant à la société C., aucun contrat n'ayant cependant été régularisé entre les parties. La société C. a adressé des factures à la société B. au titre de la mise à disposition de ces distributeurs automatiques ; cette dernière a cependant refusé de procéder au règlement desdites factures au motif qu'aucun contrat n'avait été signé. Pour l'**approvisionnement**, la société B. faisait appel à la société K. La société B. ne procédant toutefois pas au règlement des factures qui lui étaient adressées par la société K. au motif que les produits livrés disposaient d'une date de péremption très proche, la société K. a suspendu l'approvisionnement. La société B., considérant que la société K. était le mandataire de la société C., a alors mis en demeure, sans succès, la société K. et la société C. de reprendre les livraisons. C'est dans ces circonstances que la société B. a assigné la société C. afin d'obtenir l'indemnisation des préjudices dont elle se prétendait être victime, ainsi que la société K. en intervention forcée, au titre notamment de la rupture brutale et abusive des livraisons.

Cette décision est l'occasion de revenir sur l'application de l'article L.442-6 I. 5° du Code de commerce en ce qu'il sanctionne **la rupture brutale de relations commerciales établies**. Celui qui rompt une relation commerciale établie peut en effet engager sa responsabilité s'il rompt le contrat sans respecter une durée de préavis minimale. Cela suppose toutefois que plusieurs conditions soient réunies : l'existence d'une relation commerciale, le caractère établi de la relation, une rupture (qui peut être totale ou partielle), le

caractère brutal de la rupture (c'est-à-dire avec un préavis inexistant ou insuffisant au regard de la durée des relations commerciales).

En l'espèce, les juges du fond relèvent que la société B., qui fonde son action sur l'article L.442-6 du Code de commerce, n'invoque cependant pas le caractère « brutal » de la rupture, condition qui pourtant est nécessaire à l'application de l'article précité, mais uniquement le caractère « abusif » de la rupture, en avançant le fait que la société C. aurait rompu leur relation sans motif légitime. Les conditions d'application de l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce n'étant pas réunies, cette disposition n'avait donc pas lieu de s'appliquer.

Par ailleurs, s'agissant du caractère abusif de la rupture, les juges du fond relèvent qu'aucun abus dans la rupture n'a été démontré et que, par ailleurs, la société B. se fonde uniquement sur des faits commis par la société K., laquelle est tiers à la relation nouée entre la société B. et la société C.

La société B. n'a donc pas été indemnisée du préjudice dont elle se prévalait au titre de la rupture brutale et abusive des livraisons.

La société C. forme quant à elle une demande reconventionnelle et sollicite le paiement d'une indemnité d'occupation au titre de la mise à disposition des distributeurs automatiques. Aucun contrat n'ayant toutefois été régularisé entre les parties, la société C. n'était pas en mesure de démontrer l'existence de l'accord de la société B. sur le montant de l'indemnité à payer ; la société C. ne pouvait donc pas se prévaloir de l'application de l'article 1315 alinéa 1^{er} du Code civil qui prévoit que : « *celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver* ». La société C. a donc cherché à engager la responsabilité délictuelle (article 1382 du Code civil) de la société B. ; mais, dès lors qu'elle n'a pas été en mesure de rapporter la preuve de l'existence d'un préjudice, sa demande d'indemnisation a été rejetée. En effet, pour prétendre à l'indemnisation du préjudice invoqué, encore convient-il de démontrer l'existence d'une faute, d'un lien de causalité et d'un préjudice ; à défaut, la demande d'indemnisation ne peut qu'être rejetée, ainsi que le rappelle la présente décision.

A rapprocher : article L.442-6 du Code de commerce et article 1315 du Code civil

La détermination du point de départ du préavis en présence d'un appel d'offres notifié par courriel
Cass. com., 8 décembre 2015, pourvoi n°14-18.228

Ce qu'il faut retenir :

La notification du lancement d'un appel d'offres par courriel vaut notification de la rupture commerciale et constitue le point de départ du préavis mais à la condition que l'intégrité de ce message électronique et, plus largement, celle de sa copie informatique par capture d'écran, ne puissent être mises en cause.

Pour approfondir :

L'arrêt sous commentaire est intéressant en ce qu'il rappelle utilement que la notification du lancement d'un appel d'offres vaut notification de la rupture de la relation commerciale et constitue le point de départ du préavis et en ce qu'il précise, dans le même temps, que ce principe s'applique même lorsque cette notification aurait eu lieu par courriel mais sous certaines conditions.

En l'espèce, une société exploitant un magasin de bricolage avait confié le transport de ses marchandises à un transporteur dans le cadre d'un contrat conclu le 19 septembre 2002. Puis, elle décide de lancer un appel d'offres par courrier électronique le 25 février 2009 afin de transférer une partie de ce transport à d'autres prestataires. Suite à l'issue de l'appel d'offres, elle notifie alors au transporteur par lettre du 18 juin 2009 une modification de son contrat à compter du 1^{er} juillet 2009. Ce dernier l'a assigné en paiement de dommages-intérêts pour **rupture brutale d'une relation commerciale établie** sur le fondement de l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce aux motifs que ce préavis n'était pas de quatre mois mais de dix jours. En effet, il affirmait que le préavis n'avait commencé à courir qu'à compter de la date de notification de la modification du contrat par courrier postal et non pas de celle du lancement de l'appel d'offres par message électronique, n'ayant soit disant jamais reçu celui-ci.

Les juges de la Haute juridiction approuvent la Cour d'appel qui a considéré que l'appel d'offres avait bien été notifié au transporteur dans la mesure où il résultait de la capture d'écran versée aux débats par l'auteur de la rupture que le transporteur faisait bien partie des destinataires du message électronique comportant l'appel d'offres, que certains y avaient même répondu, et que celui-ci lui avait été envoyé à son adresse effective ce qui lui a permis d'en déduire, sans inverser la charge de la preuve, que l'intégrité de ce document ne pouvait être mise en cause et que la notification du

lancement de l'appel d'offres valait alors notification de la rupture de la relation commerciale établie et constituait le point de départ du préavis.

Il faut d'abord observer que ce n'est pas la première fois que les juges affirment un tel principe. En effet, comme la brutalité de la rupture, au sens de l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce, correspond à l'exigence d'un préavis suffisant et raisonnable, lequel doit être écrit, il faut alors calculer la durée de celui-ci. Autrement dit, il faut déterminer son point de départ et son point d'arrivée. Or, à partir de quand peut-on considérer qu'un préavis a été donné ? Il sera dans l'intérêt de l'auteur de la rupture de faire remonter le plus loin possible le point de départ du préavis, à l'inverse de la victime.

Cette question sur le point de départ du préavis s'est justement posée en présence d'un appel d'offres. Or, les juges de la Haute juridiction estimaient déjà que le délai de préavis courait à compter de la notification de l'appel d'offres dans la mesure où, par la notification de celui-ci, l'appelant manifestait son intention de rompre la relation commerciale établie dans les conditions antérieures (Cass. com., 2 nov. 2011, n°10-26.656). Cependant, même si la question ne s'est pas posée en l'espèce, il convient de rappeler que l'auteur de l'offre doit préciser de façon claire et nette qu'il entend remettre en cause la relation antérieure. En effet, les juges retiennent comme point de départ l'issue de l'appel d'offres et non pas celle de sa notification si celle-ci comporte une ambiguïté (CA Paris, 21 mars 2011, n°07/07337). Il faut donc que l'appel d'offres notifié au partenaire précise suffisamment à celui-ci qu'il est parfaitement possible qu'il le perde.

La nouveauté de cet arrêt est qu'il semble admettre, de manière indirecte, que ce principe puisse s'appliquer même lorsque la notification du recours à un appel d'offres a eu lieu par courriel mais c'est à la condition que son intégrité et, plus largement, celle de sa copie informatique par capture d'écran, ne puissent être mises en cause. C'est une des conditions que pose l'article 1316 du Code civil pour que l'écrit sous forme électronique soit admis en preuve au même titre que l'écrit sur support papier. Sur la première condition qu'exige l'article précité, à savoir que cet écrit électronique doit permettre d'identifier la personne dont il émane, les juges ne se prononcent pas. C'est peut-être parce qu'elle ne posait pas de difficultés en

l'espèce. Sur la deuxième, à savoir qu'il doit être établi et conservé dans des conditions permettant d'en garantir l'intégrité, il semblerait que le seul fait de verser aux débats une capture d'écran dont il résulte que la victime de la rupture faisait bien partie des destinataires de ce message électronique, que certains y avaient même répondu et que celui-ci lui avait bien été envoyé à son adresse effective suffise à montrer que son intégrité n'a pu être mise en cause ce qui peut paraître étonnant. N'aurait-il pas fallu comparer plusieurs éléments et non s'en remettre à ce seul document pour justifier de son intégrité ?

En outre, il subsiste un autre problème : qui doit prouver que la copie informatique ou le message électronique n'a pas été établi et conservé dans des conditions permettant d'en garantir son intégrité ? Selon la Cour d'appel, c'était à la victime de la rupture de rapporter une telle preuve. En effet, elle estime que le transporteur, en plus des autres éléments cités plus haut, ne démontrait pas que le message électronique avait pu être tronqué ou manipulé et que l'intégrité de ce document ne pouvait alors être mise en cause. Les juges de la Haute juridiction ne reprenant pas cet élément-là pour rendre leur solution, il n'est donc pas possible de se prononcer sur la personne qui a la charge de rapporter la preuve de l'intégrité de l'écrit électronique même si ceux-ci affirment que la Cour d'appel n'avait pas inversé la charge de la preuve, les autres éléments rapportés étant apparemment suffisants. Et puis, la Cour d'appel avait aussi relevé que, malgré la connaissance par le transporteur de ce que son contrat avait été modifié en raison d'un appel d'offres, ce dernier avait poursuivi les relations commerciales avec son partenaire aux nouvelles conditions pendant plusieurs mois sans même protester. Il aurait donc bien eu connaissance de cet appel d'offres bien avant la notification de la modification de son contrat qui y faisait référence. La solution est donc peut-être ici justifiée...

Attention donc à l'utilisation de l'écrit électronique pour notifier le lancement d'un appel d'offres à son partenaire. En attendant que la Cour de cassation précise sa solution, mieux vaut lui préférer la notification par lettre recommandée avec accusé de réception.

A rapprocher : Cass. civ. 2ème, 4 déc. 2008, n°07-17.622

Condamnation record d'Orange pour des abus sur le marché de la clientèle « entreprise »

Décision 15-D-20 de l'Autorité de la concurrence du 17 décembre 2015

Ce qu'il faut retenir :

L'Autorité de la concurrence inflige une amende de 350 millions d'euros à Orange et lui impose des injonctions pour quatre pratiques d'abus de position dominante sur le marché de la clientèle « entreprise » depuis la moitié des années 2000.

Pour approfondir :

Bouygues Telecom en avril 2008 (dont celle-ci s'est désistée en avril 2014), puis SFR en août 2010, ont saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques anticoncurrentielles reprochées à Orange sur le marché de la clientèle « entreprise ».

La position dominante d'Orange sur les marchés en cause n'est pas contestée et ressort notamment, sur le marché des services fixes à destination de la clientèle non résidentielle, de son ancien monopole historique sur la gestion de la boucle locale cuivre, et, sur le marché des services mobiles à destination de la clientèle non résidentielle, de sa forte part de marché (70% sur l'ensemble des services fixes et mobiles en 2008).

Dans ce contexte, des pratiques tendant à freiner le développement de la concurrence et/ou évincer la concurrence étaient susceptibles d'avoir un impact majeur sur la concurrence et de constituer des **abus de position dominante** condamnables.

Ses concurrents reprochaient à Orange les pratiques suivantes :

- Sur le marché de détail des services « fixes » à destination des entreprises : la discrimination dans l'accès des concurrents aux informations relatives à la boucle locale ;
- Sur le marché des services mobiles : la mise en œuvre par Orange de son programme « Changer de Mobile » conduisant à une fidélisation anticoncurrentielle de la clientèle ;
- Sur l'ensemble du secteur non résidentiel : la mise en place d'un système de remises fidélisantes en fonction de la durée de l'engagement et du nombre de lignes ouvertes

ayant de potentiels effets de verrouillage du marché et d'éviction des concurrents ;

- De juillet 2006 à juillet 2015, la mise en place d'une remise d'exclusivité pour les prestations de réseaux privés virtuels (VPN).

L'Autorité de la concurrence, dans sa décision, souligne la particulière gravité de ces pratiques tenant, notamment, à leur durée (près de 10 ans), à la « fluidité réduite » du marché en cause, et au fait qu'Orange, opérateur historique occupant de ce fait une position stratégique dans le secteur des communications électroniques, assume une responsabilité particulière.

En définitive, Orange ne conteste ni les griefs qui lui ont été notifiés par l'Autorité, ni la sanction qui lui est infligée, ni les injonctions qui lui sont imposées pour rétablir un fonctionnement concurrentiel du marché.

L'Autorité précise dans son communiqué de presse que cette amende constitue à ce jour la sanction la plus élevée qu'elle ait jamais prononcée pour une entreprise individuelle.

Cette lourde sanction est assortie d'injonctions comportementales mises à la charge d'Orange ; Orange devra :

- Mettre en place dans un délai de 18 mois un dispositif garantissant la fourniture aux opérateurs des informations de la boucle locale cuivre issues des mêmes sources, dans les mêmes délais, selon les conditions, et à un niveau identique de fiabilité et de performance que ceux dont bénéficient ses propres services commerciaux,
- Prendre toutes les mesures nécessaires utiles pour faire cesser les pratiques de remises fidélisantes et s'abstenir à l'avenir de mettre en œuvre des pratiques ayant un objet ou des effets équivalents,
- Cesser de pratiquer la remise d'exclusivité pour les prestations VPN et s'abstenir de mettre en œuvre toute pratique équivalente.

A rapprocher : Sur la position dominante de France Telecom – **Décision n° 05-D-59 du Conseil de la concurrence du 8 novembre 2005**

Seuils de chiffres d'affaires pour l'information préalable de l'Autorité de la concurrence
Décret n°2015-1671 du 14 décembre 2015

Ce qu'il faut retenir :

Le décret n°2015-1671 du 14 décembre 2015, publié au Journal officiel le 16 décembre 2015, est venu déterminer les seuils de chiffre d'affaires fixés pour l'information préalable de l'Autorité de la concurrence en matière d'accords d'achats groupés prévue à l'article L.462-10 du Code de commerce.

Pour approfondir :

L'article 37 de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite loi Macron) est venu insérer, au chapitre II du titre VI du livre IV du Code de commerce, un nouvel **article L.462-10** ainsi rédigé : « *Doit être communiqué à l'Autorité de la concurrence, à titre d'information, au moins deux mois avant sa mise en œuvre, tout accord entre des entreprises ou des groupes de personnes physiques ou morales exploitant, directement ou indirectement, un ou plusieurs magasins de commerce de détail de produits de grande consommation, ou intervenant dans le secteur de la distribution comme centrale de référencement ou d'achat d'entreprises de commerce de détail, visant à négocier de manière groupée l'achat ou le référencement de produits ou la vente de services aux fournisseurs.* »

L'alinéa 2 du même article précise toutefois que l'obligation d'information de l'Autorité de la concurrence prévue par le texte en cas d'accord d'achats groupés entre des entreprises du secteur de la distribution de produits de grande consommation et/ou centrales de référencement ou d'achats s'applique uniquement « *lorsque le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou des groupes de personnes physiques ou morales parties à l'accord et le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé à l'achat en France dans le cadre de l'accord par l'ensemble des parties à l'accord excèdent des seuils fixés par décret en Conseil d'Etat* ».

Le décret n°2015-1671 du 14 décembre 2015, relatif aux seuils de chiffre d'affaires fixés pour l'information préalable de l'Autorité de la concurrence en matière d'accords d'achats groupés, publié au Journal officiel le 16 décembre 2015, détermine ainsi les seuils visés à l'alinéa 2 de l'article L.462-10 du Code de commerce.

Le décret crée un nouvel **article R.462-5 du Code de commerce**, prévoyant que l'Autorité de la concurrence doit être informée de façon préalable des accords d'achats groupés mentionnés au premier alinéa de l'article L.462-10 lorsque deux conditions sont réunies :

1/ le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou des groupes de personnes physiques ou morales parties à de tels accords est supérieur à 10 milliards d'euros ;

2/ le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé à l'achat en France dans le cadre de ces accords par l'ensemble des entreprises ou des groupes de personnes physiques ou morales parties à de tels accords est supérieur à 3 milliards d'euros. Le texte précise par ailleurs que pour l'appréciation de ce seuil, deux ou plusieurs accords conclus au cours d'une période de deux années entre les mêmes entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales sont considérés comme un seul accord intervenant à la date du premier.

Ces dispositions entreront en vigueur dès le 1^{er} janvier 2016.

A rapprocher : L'article 37 de la loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (dite loi Macron)

L'annonce publique du prix de vente de ses produits par le fournisseur constitue une évocation des prix
ADLC, 1er déc. 2015, 15-D-18

Ce qu'il faut retenir :

L'annonce du prix de vente « estimé » de ses produits par un fournisseur à l'occasion d'une communication publique constitue une évocation des prix qui est nécessaire mais insuffisante pour établir qu'une entente sur les prix a effectivement été convenue entre ce dernier et un ou plusieurs distributeurs.

Pour approfondir :

Cette décision de l'Autorité de la concurrence est intéressante en ce qu'elle vient rappeler et préciser utilement quels sont les trois indices permettant de caractériser l'existence d'une entente sur les prix convenue entre un fabricant et un ou plusieurs

distributeurs avant de rechercher si ceux-ci étaient ou non réunis en l'espèce.

Il était ici reproché à un constructeur de consoles de jeux vidéo d'avoir émis des recommandations de prix pour la revente de ses produits auprès de ses distributeurs par le biais d'une conférence de presse qui s'était tenue à Londres et, qui plus est, en anglais. En effet, il avait annoncé lors de ce communiqué le prix de vente « estimé » de ses produits sur le marché européen. En outre, les distributeurs auraient ensuite fait l'objet d'une surveillance destinée à contrôler l'application effective des prix évoqués et, enfin, il résultait de l'ensemble des pièces versées aux débats que ces prix évoqués avaient été suivis par la majorité des distributeurs. A la lumière de ce faisceau d'indices, ce constructeur aurait alors convenu d'une entente sur les prix de revente au consommateur de ses produits avec l'ensemble de ses distributeurs, pratique qui est contraire aux articles L.420-1 du code de commerce et 101 du TFUE. Il est fait le même grief s'agissant, cette fois, de l'annonce d'une baisse de prix de ses produits par le même constructeur qui avait été reprise dans un article du Figaro.

Pour rendre sa solution, l'Autorité de la concurrence rappelle d'abord que, de jurisprudence constante (Cass. com., 07 avr. 2010, n°09-11.853), la preuve d'une entente verticale sur les prix convenue entre un fabricant et un ou plusieurs distributeurs résulte de la réunion d'un faisceau d'indices précis, graves et concordants comprenant :

- Une évocation des prix : les prix de revente des produits au public doivent être évoqués entre le fournisseur et le distributeur ;
- Une police des prix : le fournisseur doit contrôler les prix de revente pratiqués par les distributeurs ;
- Un taux de respect suffisamment élevé : les prix évoqués doivent être appliqués de manière quasi-uniforme par l'ensemble des distributeurs.

S'agissant du premier indice, est-ce qu'une annonce indiquant le prix de vente « estimé » de ses produits par le constructeur lors d'une conférence de presse suffit à caractériser l'existence d'une évocation des prix au sens de la jurisprudence précitée ? L'Autorité de la concurrence commence par rappeler que « *l'évocation des prix de vente entre un fournisseur et ses distributeurs s'entend de tout procédé par lequel le fournisseur fait connaître à ses distributeurs le prix auquel il souhaite que son produit soit vendu au consommateur, sans qu'il soit nécessaire de démontrer*

l'existence d'une négociation préalable » (point 141) pour en déduire alors que, comme « *la jurisprudence nationale interprète donc de manière extrêmement large la notion d'évocation des prix, en incluant toutes les formes de communication susceptibles d'être utilisées par un fournisseur pour diffuser auprès de ses distributeurs des prix de vente conseillés* », l'évocation des prix peut aussi avoir lieu « *à l'occasion d'un événement médiatique comme une conférence de presse dont l'objectif est précisément d'inviter des journalistes à relayer des informations auprès des consommateurs ou des professionnels d'un secteur* » (point 142).

Ainsi, pour retenir en l'espèce que cette annonce du prix de vente « estimé » de ses produits par le constructeur faite à l'occasion d'une conférence de presse constituait bien une évocation des prix, l'Autorité de la concurrence relève que :

- ces annonces « *concernaient bien le marché français et visaient la diffusion, pour les produits concernés, de prix de vente au détail conseillés à destination des distributeurs* » (point 144) ;
- le même jour que la tenue de la conférence de presse, le constructeur avait clairement annoncé, en langue française, que son produit serait vendu à un **prix « conseillé »** de X... euros sur son site européen (point 145) ;
- les médias français avaient largement relayé auprès du public les prix de vente diffusés par le constructeur, en les présentant comme des prix de vente au consommateur, sans que ces informations ne soient à aucun moment démenties par le constructeur (point 146).

Ces éléments suffisent alors à caractériser une évocation des prix. Ceci dit, pour le second grief, l'Autorité de la concurrence estime que l'annonce d'une baisse du prix de l'un seulement de ses produits phare par le constructeur, reprise par un article du Figaro, ne constituait pas une évocation des prix dans la mesure où elle ne concernait pas le prix de détail mais de gros, donc du fournisseur à l'égard de ses distributeurs et non pas des consommateurs (point 166). Ce deuxième grief est donc rejeté (point 167).

S'agissant du deuxième indice, l'Autorité de la concurrence rappelle qu'il suffit de prouver, par exemple, que le fournisseur contrôlait régulièrement les prix pratiqués par ses distributeurs pour caractériser l'existence d'une police des prix sans qu'il ne soit nécessaire d'établir que les distributeurs aient subi des « représailles » en bonne et due forme de la part du

fournisseur dans le cas où ceux-ci n'auraient pas respecté les prix évoqués (point 156).

En l'espèce, l'Autorité de la concurrence a notamment relevé que certains distributeurs ne faisaient état d'aucune visite des commerciaux de la marque dans leurs locaux et que, dans le cas contraire, celles-ci n'étaient que ponctuelles et ne portaient pas, la plupart du temps, sur les prix qu'ils pratiquaient (point 157). Par ailleurs, l'Autorité constate qu'aucun élément du dossier ne permet de rapporter la preuve « *d'éventuels reproches ou de mesures de représailles mises en œuvre par la constructeur* » (point 158) et en conclut que les quelques relevés de prix effectués par le constructeur dans les locaux des distributeurs lors de certaines de ces visites étaient insuffisants, à eux seuls, pour caractériser l'existence d'une police ou d'une surveillance des prix de la part du constructeur (point 159). Le premier grief doit donc ici aussi être rejeté « *sans qu'il soit nécessaire d'examiner la troisième branche du faisceau d'indices concernant l'application significative par des distributeurs des prix évoqués par le fournisseur* » (point 160).

A rapprocher : ADLC, 20 déc. 2007, n°07-D-50

Nature juridique de la pénalité de retard de l'article L.441-6 du Code de commerce
Cass. com., 10 novembre 2015, pourvoi n°14-15.968

Ce qu'il faut retenir :

La pénalité de retard prévue par l'article L.441-6 du Code de commerce en matière de délais de paiement constitue un intérêt moratoire permettant la capitalisation des intérêts – anatocisme – prévu par l'article 1154 du Code civil.

Pour approfondir :

Dans cette affaire, un acheteur ne s'étant pas acquitté de ses factures de marchandises envers le vendeur dans les délais requis reproche aux juges du fond d'avoir assujéti les pénalités de retard prévues par l'article L.441-6 du Code de commerce (d'un taux de 10,65% et 10,38% par an), à la capitalisation des intérêts prévue par l'article 1154 du Code civil, dite anatocisme. En d'autres termes, l'anatocisme signifie que les intérêts produisent eux-mêmes des intérêts.

L'acheteur estime que la pénalité de retard prévue par l'article L.411-6 du Code de commerce n'ayant pas la nature d'intérêts moratoires, l'article 1154 du Code civil ne lui est pas applicable ; il considère donc que les juges du fond ont violé l'article 1154 du Code civil en décidant de faire droit à la demande du vendeur tendant à appliquer la règle de l'anatocisme à la majoration de 10% issue de l'application de l'article L.441-6 du Code de commerce.

La capitalisation des intérêts est prévue par l'article 1154 du Code civil dans les termes suivants : « *les intérêts échus des capitaux peuvent produire des intérêts, ou par une demande judiciaire, ou par une convention spéciale, pourvu que, soit dans la demande, soit dans la convention, il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière* ».

En vertu de ce texte, la capitalisation des intérêts s'applique aux intérêts légaux, dits aussi moratoires, de même qu'aux intérêts conventionnels.

Dès lors, la question qui se pose en l'espèce est celle de déterminer quelle est la nature de la pénalité prévue par l'article L.441-6 du Code de commerce.

L'article L.441-6 du Code de commerce dispose que « *les conditions de règlement doivent obligatoirement préciser les conditions d'application et le taux d'intérêt des pénalités de retard exigibles le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture ainsi que le montant de l'indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement due au créancier dans le cas où les sommes dues sont réglées après cette date* ». Le texte ajoute que « *sauf disposition contraire qui ne peut toutefois fixer un taux inférieur à trois fois le taux d'intérêt légal, [le taux d'intérêt des pénalités de retard] est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de 10 points de pourcentage* ».

Tout d'abord, l'intérêt prévu par ce texte ne constitue pas un intérêt conventionnel ; le défaut de caractère conventionnel de cette pénalité a d'ores et déjà été reconnu par la Cour de cassation qui a jugé que les pénalités dues par l'application de l'article L.441-6 du Code de commerce ne constituent pas une clause pénale (**Cass. com., 2 novembre 2011, pourvoi n°10-14.677**, D. 2011. 2788, obs. E. Chevrier; RTD com. 2012. 182, obs. B. Bouloc). La Cour de cassation devait donc statuer sur le point de savoir si la pénalité constitue ou non un intérêt moratoire permettant ainsi l'application de l'article 1154 du Code civil, étant précisé que l'intérêt moratoire peut être défini comme le mode forfaitaire de réparation du dommage résultant du

retard dans l'exécution d'une obligation (F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, 10^e éd., Dalloz, coll. « Précis », 2009, n° 190). Le débiteur le contestait. Toutefois, confirmant la solution de la Cour d'appel, la Cour de cassation qui rejette sur ce point le pourvoi du débiteur, affirme dans un attendu de principe limpide, que « *la pénalité de retard prévue par l'article L.441-6 du Code de commerce constitue un intérêt moratoire* » ; la Cour d'appel pouvait donc légitimement assortir la pénalité de la capitalisation prévue par l'article 1154 du Code civil conformément à la demande du créancier impayé.

A rapprocher : Cass. com., 2 novembre 2011, pourvoi n°10-14.677

PROPRIETE INTELLECTUELLE & NOUVELLES TECHNOLOGIES

Précisions sur les obligations de la tête de réseau française en cas de crise de la marque
CA Paris, 16 décembre 2015, RG n°13/14048

Ce qu'il faut retenir :

La filiale française d'un groupe international n'engage pas sa responsabilité auprès de ses distributeurs lorsque, en période délicate, son comportement est conforme aux solutions espérées

Pour approfondir :

La société française, filiale d'un groupe international, contractuellement liée à des distributeurs, se trouve dans une situation délicate lorsque la marque objet de la distribution traverse une crise et que les solutions adoptées par le groupe, au niveau international, impactent ses distributeurs.

La Cour d'appel de Paris, au sein de la décision commentée, a tenu compte de cette situation afin de préciser les obligations pesant sur la filiale française dans ce type de situation.

Les faits ayant donné lieu à cette décision étaient schématiquement les suivants. La société mère d'un groupe international de distribution automobile avait contrôlé pendant 8 ans une société fabriquant des automobiles sous sa marque. La filiale française du groupe international, importateur en France des produits de ladite marque, était liée à plusieurs **distributeurs sélectifs** habilités à distribuer ces produits. Au milieu de l'année 2008, le groupe international avait connu de grandes difficultés de trésorerie qui l'avaient conduit à céder la branche d'activité relative aux produits précités.

Les distributeurs de la filiale française recherchaient la responsabilité de cette dernière sur plusieurs points.

En premier lieu, les distributeurs cherchaient à imputer à la filiale française les fautes de sa société mère, en se fondant sur l'absence d'indépendance de la filiale et son indissociabilité de la société mère. Sur ce point, la Cour rappelle que la filiale ne saurait répondre que des fautes qu'elle a commises et qu'elle ne saurait réparer que le préjudice causé par ses fautes. L'argumentation des distributeurs à ce titre est entièrement écartée.

En second lieu, les distributeurs reprochaient à la filiale un manque de loyauté dans la communication, soutenant qu'elle les avait entretenus dans de faux espoirs sur l'avenir de la marque. Ce grief est néanmoins également écarté, pour deux raisons essentielles :

- les courriers mentionnés ne comprenaient aucun mensonge et seulement de l'enthousiasme et de l'espoir, jugés par la Cour indispensables dans le contexte délicat ;
- le professionnalisme et l'expérience des distributeurs les mettaient nécessairement en mesure d'apprécier la juste valeur de ces propos.

En troisième lieu, les distributeurs reprochaient à la filiale de leur avoir fait espérer en vain, lors de l'information précontractuelle, une progression significative des ventes. Ce grief, formulé après plusieurs années d'exécution des contrats, est écarté dans la mesure où, d'une part, aucun engagement n'avait été pris par la tête de réseau (seuls des « objectifs » voire des « rêves » avaient été mentionnés) et où, d'autre part, la filiale française, importateur, ne pouvait garantir de niveaux de vente, dans la mesure où elle ne maîtrisait pas la sortie de nouveaux modèles.

En quatrième lieu et enfin, les distributeurs reprochaient à la filiale française de ne pas leur avoir proposé, compte tenu des circonstances, de quitter le réseau avec un préavis de deux ans. A ce titre, la Cour, rappelant à nouveau le statut de commerçants indépendants et responsables des distributeurs, relève que la filiale française n'avait pas à leur proposer une telle solution alors que des moyens de pérenniser la marque étaient précisément recherchés et susceptibles d'être trouvés à l'époque. La Cour ajoute que la filiale française, une fois la cession de la branche d'activité décidée par sa société mère, n'avait pu que proposer à ses distributeurs la cession des contrats au cessionnaire de la branche d'activité, cession que les distributeurs ont refusé. Ce dernier grief est donc également écarté.

A rapprocher : CA Paris, 4 septembre 2013, RG n°11/14609

**Internet et pratiques commerciales trompeuses :
illustration**

TGI Paris, 4 décembre 2015, inédit

Ce qu'il faut retenir :

Le site internet qui mentionne que les annonces mises en ligne sont relues et sont susceptibles de ne pas être mis en ligne ou d'être retirées lorsqu'elles comportent un contenu illicite commet une pratique commerciale trompeuse s'il ne procède pas au retrait d'une annonce dont le contenu illicite lui a été signifié.

Pour approfondir :

Cette affaire opposait un malletier de luxe au site leboncoin.fr en raison de la mise en ligne de petites annonces proposant la vente de produits présentés comme des imitations.

Afin de faire procéder au retrait des petites annonces en cause, il adressa deux mises en demeure, restées sans effet, et utilisa le service de signalement des contenus illicites.

Le site refusant de procéder au retrait des annonces, il saisit le TGI de Paris pour pratiques commerciales trompeuses, contrefaçon et atteinte à ses dénomination sociale et nom de domaine et en négligence fautive.

1/ Sur les demandes au titre des pratiques commerciales trompeuses

Le demandeur faisait valoir que le site, en ne procédant pas à la relecture des annonces pour veiller à la licéité des contenus comme il s'y était engagé, commettait une pratique trompeuse.

La tribunal va retenir l'existence d'une pratique commerciale trompeuse au sens de l'**article L.121-1 du code de la consommation** qui prévoit : « Une pratique commerciale est trompeuse si elle est commise dans l'une des circonstances suivantes : (...) 2° lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur l'un des éléments suivants (...) e) la portée des engagements de l'annonceur, la nature le procédé ou le motif de la vente ou de la prestation de services, g) le traitement des réclamations et les droits du consommateur ».

A cet égard, les juges retiennent qu'un certain nombre de mentions sur le site laissent entendre au consommateur que toutes les annonces sont relues avant mise en ligne et qu'est refusée toute annonce contraire aux dispositions légales. Ainsi et notamment la rubrique « Qui sommes-nous » mentionne : « ... toutes les annonces sont revues avant mise en ligne afin de s'assurer de leur qualité et du respect des règles de diffusion », les « règles générales de diffusion » mentionnent : « Toute annonce contenant des éléments de texte (mots, expressions, phrases ... etc), qui semblerait contraire aux dispositions légales ou réglementaires, aux bonnes mœurs, à l'esprit de la publication, ou susceptible de troubler ou choquer les lecteurs sera refusée par leboncoin.fr sans que cela ne fasse naître au profit de l'annonceur un quelconque droit à indemnité. Seule la diffusion d'annonce proposant la vente de produits originaux est autorisée (appareils électroniques, DVD, CD, jeux vidéo, logiciels informatiques, carte pour télévision payant, vêtements de marque et accessoires de marque, montres ...). Nous vous rappelons que la vente de copie est considérée par les tribunaux comme de la contrefaçon qui peut être sanctionnée selon l'article L.335-2 alinéa 2 du code de la propriété intellectuelle par deux ans d'emprisonnement et 300.000 euros d'amende », les « conditions générales d'utilisation du service leboncoin » énoncent : « en déposant toute annonce, chaque annonceur reconnaît et accepte que LBC France puisse supprimer, à tout moment, sans indemnité ni droit à remboursement (...) une annonce qui serait contraire notamment à la loi française e/ou aux règles de diffusion d'annonce fixées par LBC France et accessibles ici » et « ... se réserve le droit de supprimer,

sans préavis ni indemnité ni droit à remboursement, toute annonce qui ne serait pas conforme aux règles de diffusion du service leboncoin et/ou qui serait susceptible de porter atteinte aux droits d'un tiers ».

En définitive, les mentions explicitant les engagements du site relativement au traitement des annonces laissaient légitimement à penser que les annonces relatives à des produits contrefaisants ne pouvaient être diffusées ou devaient être supprimées, alors qu'informé de l'existence de telles annonces il n'a pas agi, ce qui établit la pratique commerciale trompeuse.

2/ Sur le statut et la responsabilité du site

Le demandeur demandait également l'application du régime des éditeurs de site prévu par **la loi LCEN** (loi pour la confiance dans l'économie numérique) plus lourd que celui prévu pour les hébergeurs qui bénéficient d'un régime de responsabilité dit allégé. En effet, selon l'article 6-I-2 de cette loi, les hébergeurs ne peuvent voir leur responsabilité engagée pour les informations stockées s'ils n'ont pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou si, dès le moment où ils en ont eu connaissance, ils ont agi promptement pour les retirer ou en rendre l'accès impossible.

Le Tribunal considère que le site en cause doit bénéficier du statut d'hébergeur dans la mesure où il n'a pas de rôle éditorial en dépit du dispositif automatique mis en place pour détecter les contenus illicites et des options payantes proposées pour étoffer les annonces. En outre, il va considérer que la notification qui lui a été adressée par le demandeur ne répondait pas aux conditions prévues par l'article 6-I-5 de la loi LCEN qui prévoit un certain nombre de mentions à faire figurer dans cette notification lesquelles n'étaient pas reproduites dans celle adressée. Aussi, les juges vont considérer qu'il ne saurait lui être reproché de ne pas avoir agi promptement. Dans ces conditions, sa responsabilité ne saurait être engagée au titre d'actes de contrefaçon et d'atteintes à la dénomination sociale et nom de domaine ou de la négligence fautive.

A rapprocher : L.121-1 du code de la consommation – Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 dite LCEN

Caractère distinctif de la marque et incidence de l'usage

TGI Paris, 13 novembre 2015, RG n°13/15560

Ce qu'il faut retenir :

Le caractère distinctif d'une marque peut, dans certaines circonstances, s'acquérir par l'usage ; ce qu'il incombe au titulaire de ladite marque d'établir.

Pour approfondir :

Le caractère **distinctif** d'un signe est une condition de sa protection à titre de marque. Un signe, qui ne présente pas ce caractère peut toutefois l'acquérir par l'usage qui en est fait. Tel est le cas de la marque « vente-privee.com » dont le caractère distinctif est reconnu par le Tribunal de grande instance de Paris dans son jugement du 13 novembre 2015, tout comme il l'avait déjà été à l'occasion d'une précédente affaire (CA Paris, 31 mars 2015, RG n° 13/23127).

A l'occasion de l'action en contrefaçon et pour exploitation injustifiée de marques notoires engagée par la société vente-privee.com à l'encontre de l'exploitant du site revente-privee.eu, le Tribunal de grande instance de Paris, saisi d'une demande reconventionnelle en nullité des marques verbales et semi-figurative « vente-privee.com », a confirmé la validité desdites marques.

Le Tribunal se réfère à la jurisprudence communautaire qui a dégagé les critères pour apprécier l'acquisition du caractère distinctif par l'usage : la part de marché détenue par la marque, l'intensité, l'étendue géographique et la durée de l'usage, l'importance des investissements faits par l'entreprise pour promouvoir la marque, la proportion des milieux intéressés qui identifie le produit comme provenant d'une entreprise déterminée grâce à la marque. Les juges vont relever : l'évolution du chiffre d'affaires résultant de ventes directes sur internet, le classement du site parmi ceux vendant le plus de vêtements, des articles de presse, des baromètres d'audience, des sondages. L'ensemble de ces éléments permet, selon le jugement, d'établir l'importance croissante du chiffre d'affaires de la société vente-privee.com, sa position sur le marché des ventes événementielles, sa connaissance par un large public et l'importance de ces investissements publicitaires permettant de justifier que la dénomination « vente-privee.com » permet à une large fraction du public concerné d'identifier l'origine des services distribués sous la marque.

Le caractère distinctif des marques est ainsi reconnu par le Tribunal, qui, dans la foulée, examine la contrefaçon des signes et la retient.

A rapprocher : article L.711-2 du Code de la propriété intellectuelle

Données personnelles : la CNIL délivre le 1^{er} label « Gouvernance Informatique et Libertés »
Communiqué CNIL du 10 novembre 2015

Ce qu'il faut retenir :

Le tout premier label « Gouvernance Informatique et Libertés » vient d'être délivré au Département des Alpes Maritimes. Il s'agit de l'amorce d'un changement des comportements dans la protection des données personnelles.

Pour approfondir :

On le sait, le label « *Gouvernance Informatique et Libertés* » permet d'attester de la qualité des procédures et bonnes pratiques mises en œuvre pour gérer les données personnelles collectées et traitées par tout type d'organisme et constitue ainsi :

- un véritable outil de responsabilisation des organismes traitant des données personnelles, cette démarche permettant de préparer les organismes aux règles du futur règlement européen en intégrant notamment le principe d'*accountability* ;
- un indicateur de confiance pour les clients ou usagers ;
- un cadre éthique et juridique préparant les organismes aux règles du futur règlement européen.

La pierre angulaire de ce label repose sur la désignation d'un Correspondant Informatique et Libertés (CIL).

Tous les organismes, publics ou privés ayant désigné un correspondant informatique et libertés peuvent prétendre à ce label (cf. **dossier de candidature**). Dès l'origine, la CNIL avait communiqué à ce sujet : **Cliquez ICI pour en savoir plus.**

Le tout premier label « *Gouvernance Informatique et Libertés* » a été délivré au Département des Alpes Maritimes.

Il s'agit de l'amorce d'un changement des comportements dans la protection des données personnelles. Selon le communiqué de la CNIL : « *Avec environ 4500 employés et plus d'un million de personnes concernées par ses fichiers, le Département des Alpes Maritimes a mis en place un encadrement responsable et structuré des données. Ce premier label délivré à une collectivité territoriale a vocation à créer un « effet d'entraînement » auprès des acteurs du secteur public, tout particulièrement les départements, les régions et les grandes villes. Les organismes privés ont également manifesté leur intérêt pour cette démarche et plusieurs dossiers sont actuellement en cours d'instruction auprès des services de la Commission. D'autres labels « Gouvernance Informatique et Libertés » devraient donc rapidement être délivrés.* ».

A rapprocher : Communiqué CNIL du 10 novembre 2015

**IMMOBILIER – CONSTRUCTION
URBANISME**

Le certificat d'urbanisme générateur de droits réels
CE, 15 décembre 2015, Commune de Saint-Cergues,
req. n°374026

Ce qu'il faut retenir :

Les garanties du certificat d'urbanisme sont attachées au terrain et non à la personne qui en fait la demande.

Pour approfondir :

Le certificat d'urbanisme est un acte administratif qui est délivré sur demande, dans les communes couvertes par un Plan Local d'Urbanisme ou un document d'urbanisme en tenant lieu.

Il résulte de l'article R.410-1 du Code de l'urbanisme que le certificat d'urbanisme peut être demandé par le propriétaire du terrain mais également par toute personne intéressée.

Le certificat d'urbanisme a comme fonction première de cristalliser la situation juridique d'un terrain pendant les 18 mois qui suivent son édiction. Il renseigne le demandeur sur les règles d'urbanisme qui lui sont applicables mais ne vaut pas autorisation d'occupation ou d'utilisation du sol. Pendant sa durée de validité, il est possible de se prévaloir des règles contenues dans le certificat d'urbanisme quand bien même le Plan Local d'urbanisme ou le document d'urbanisme en tenant lieu aurait été modifié.

Pendant longtemps, les garanties présentées par le certificat d'urbanisme ne pouvaient être revendiquées que par son destinataire.

Dans un arrêt rendu le 15 octobre 2013, la Cour administrative d'appel de Lyon a considéré que les garanties apportées par le certificat d'urbanisme bénéficiaient à son destinataire mais également à toute personne qui sollicitait une autorisation d'urbanisme visant à réaliser un projet sur ladite parcelle. A ce titre, le certificat d'urbanisme ne présentait plus un caractère personnel mais réel ; les droits octroyés par celui-ci étant attachés au terrain et non plus à la personne qui en avait fait la demande (CAA Lyon, 1^{re} ch., 15 octobre 2013, req. n°13LY01052).

Par un arrêt rendu le 15 décembre 2015, le Conseil d'Etat est venu confirmer l'interprétation de la Cour administrative d'appel de Lyon, considérant ainsi qu'un promoteur peut se prévaloir de certificats d'urbanisme délivrés à deux coïndivisaires du terrain d'assiette du projet au motif que : « *que ces dispositions ne réservent pas à la personne qui a présenté la demande de certificat les droits qu'il confère, pendant dix-huit mois, à l'application des dispositions d'urbanisme, du régime des taxes et participations d'urbanisme et des limitations administratives au droit de propriété existant à la date du certificat d'urbanisme ; que, par suite, en jugeant que le bénéfice des certificats d'urbanisme délivrés à deux des propriétaires des parcelles d'assiette du projet pouvait être invoqué par la SCI Saint-Cergues-Les-Hutins, la cour administrative d'appel de Lyon n'a pas commis d'erreur de droit* » (CE, 15 décembre 2015, req. n°374026).

En conséquence, toute personne qui sollicite une autorisation d'urbanisme, bénéficie du droit de voir cette demande examinée au regard des règles applicables à l'époque de la délivrance du certificat

d'urbanisme sans que puisse être opposée la modification du Plan Local d'Urbanisme.

A rapprocher : CE, 1er oct. 1993, n°96535

L'action en requalification d'un contrat de location-gérance

Cass. civ. 3^{ème}, 3 décembre 2015, pourvoi n° 14-19.146

Ce qu'il faut retenir :

La prescription de deux ans de la demande en requalification d'un contrat de location-gérance court à compter de la signature du contrat.

Pour approfondir :

Compte tenu de la rigidité du statut des baux commerciaux, les propriétaires de locaux commerciaux peuvent être tentés de conclure en lieu et place d'un bail commercial d'autres conventions d'occupation moins réglementées. Parmi ces conventions moins protectrices, il est possible de citer notamment les conventions d'occupation précaires, le bail dérogatoire et les conventions de location gérance.

Dès lors que la convention qui a été conclue viole les dispositions d'ordre public du statut des **baux commerciaux**, le preneur peut en solliciter la requalification.

Il faut tout de même prendre garde car cette action en requalification est enfermée dans le délai biennal prévu par l'article L. 145-60 du Code de commerce ; ce délai courant à compter de la signature du contrat litigieux.

En l'espèce, l'exploitant d'un local commercial a donné en location-gérance son fonds de commerce. Le contrat litigieux a fait l'objet de plusieurs renouvellements pour enfin être dénoncé par l'exploitant, l'éviction n'étant évidemment pas soumise à indemnité d'éviction. C'est dans ces circonstances que le locataire-gérant a assigné l'exploitant en requalification du contrat de location gérance, au motif qu'il était en réalité un bail commercial en raison de l'inexistence de la clientèle. S'agissant de la prescription, le locataire gérant avait considéré que son action n'était pas prescrite puisqu'elle avait été introduite dans le délai de deux ans suivant la conclusion du contrat renouvelé.

La Cour de cassation confirme l'arrêt de la Cour d'appel de PARIS qui avait jugé l'action introduite par le preneur comme prescrite. En effet, la Haute juridiction réaffirme fermement le principe selon lequel le délai de prescription biennale court à compter de la conclusion du contrat, le renouvellement ne remettant nullement en cause les éléments permettant dès l'origine de solliciter la requalification.

Cette décision pleine de bon sens avait déjà conduit Jean-Pierre BLATTER à affirmer que le « *renouvellement du contrat, tacite ou exprès, ne saurait faire revivre une action définitivement prescrite, faute de quoi elle deviendrait par l'effet du renouvellement du contrat imprescriptible, alors pourtant que les motifs de nullité invoqués existent depuis l'origine des relations contractuelles, comme en l'espèce le caractère inexistant de la clientèle.* »

Néanmoins, la modification introduite par la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, dite loi Pinel, qui prévoit que les clauses violant le statut des baux commerciaux sont non plus nulles mais réputées non écrites serait susceptible de changer l'analyse. Le législateur allant toujours vers une protection plus accrue du preneur.

A rapprocher : Cass. civ. 3ème, 1er octobre 2014, pourvoi n°13-16.806

Les conséquences de la nullité du contrat de location-gérance

Cass. civ. 3^{ème}, 3 décembre 2015, pourvoi n°14-22.692

Ce qu'il faut retenir :

L'annulation d'un **contrat de location-gérance** ne peut avoir pour effet de permettre au bailleur d'obtenir une indemnité correspondant au profit tiré par le locataire de l'exploitation du fonds de commerce.

Pour approfondir :

En l'espèce, le 30 juillet 2009, les consorts A donnent en **location-gérance** à Mme B., locataire-gérant, un fonds de commerce de café bar restaurant. Le locataire-gérant ayant contesté la validité du congé qui lui a été délivré à effet du 31 août 2012, les consorts A l'assignent en validation du congé et expulsion ; ce

faisant, le locataire-gérant demande reconventionnellement l'annulation du contrat de location-gérance. La cour d'appel (CA Nîmes, 17 avr. 2014) condamne le locataire-gérant. à payer une certaine somme. Après annulation du contrat de location-gérance, elle doit restituer le profit tiré de la location-gérance, soit une indemnité d'exploitation et d'occupation correspondant au montant de la redevance.

La troisième chambre civile Cour de cassation (Cass. civ. 3ème, 3 déc. 2015, n°14-22.692) casse partiellement l'arrêt d'appel au visa de l'article 1304 du Code civil. La nullité emporte l'effacement rétroactif du contrat et a pour effet de remettre les parties dans la situation initiale. La remise des parties dans l'état antérieur à un contrat de location-gérance annulé exclut que le bailleur obtienne une indemnité correspondant au profit tiré par le locataire de l'exploitation du fonds de commerce dont il n'a pas la propriété.

A rapprocher : Interview de F.-L. SIMON du 18 novembre 2009, sur les aspects pratiques et stratégiques de la location-gérance

INTERNATIONAL

La propriété intellectuelle dans le monde
Rapport 2015 de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI)

Ce qu'il faut retenir :

Le 11 novembre 2015, OMPI a publié son rapport 2015 (ci-après « le Rapport ») sur la propriété intellectuelle dans le monde.

Pour approfondir :

Le 11 novembre 2015, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) a publié son rapport 2015 sur la propriété intellectuelle dans le monde.

Le Rapport, intitulé "Innovation et croissance économique", examine le rôle de la propriété intellectuelle au service de l'innovation et de la croissance économique en mettant l'accent sur les innovations révolutionnaires.

Les avancées technologiques extraordinaires réalisées au cours des 30 dernières années ont eu des incidences sur pratiquement tous les aspects de l'activité humaine et ont transformé les économies mondiales.

Le Rapport montre comment trois innovations importantes, à savoir l'avion, les antibiotiques et les semi-conducteurs, ont favorisé de nouvelles activités commerciales.

Il étudie également les perspectives futures d'une croissance axée sur l'innovation.

Le Rapport montre, sur la base d'une cartographie originale des brevets par domaine d'innovation, que l'Allemagne, les États Unis, la France, le Japon, la République de Corée et le Royaume Uni représentent au moins 75% de l'ensemble des dépôts de demandes de brevet dans les domaines de l'impression 3D, de la nanotechnologie et de la robotique.

Il examine trois domaines d'innovation actuels potentiellement révolutionnaires :

- l'impression 3D,
- la nanotechnologie et
- la robotique.

1. La robotique

Les entreprises japonaises sont les chefs de file de l'innovation dans le domaine de la robotique. Parmi les 10 principaux déposants dans ce domaine, huit sont japonais, à savoir Toyota, Honda, Nissan, Denso, Hitachi, Panasonic, Yaskawa et Sony. Les deux autres sont Bosch (Allemagne) et Samsung (République de Corée).

2. L'impression 3D

Les entreprises américaines sont également à l'origine de la plupart des demandes de brevet dans le domaine de l'impression 3D, avec 3D Systems et Stratasys en tête des principaux déposants et General Electric et United Technologies figurant parmi les 10 principaux déposants. Trois entreprises allemandes, à savoir Siemens, MTU Aero Engines et EOS, ainsi que trois entreprises japonaises, à savoir Mitsubishi, Hitachi et

Toshiba, viennent compléter la liste des 10 principaux déposants dans le domaine de l'impression 3D.

3. La nanotechnologie

Bien que les entreprises américaines représentent ensemble le plus grand nombre de dépôts de demandes de brevet dans le domaine des nanotechnologies, Samsung reste le principal déposant et parmi les 10 principaux déposants, six sont japonais, à savoir Nippon Steel, Toshiba, Canon, Hitachi, Panasonic et TDK. IBM, l'Université de Californie et Hewlett Packard, des États Unis d'Amérique, viennent compléter la liste des 10 principaux déposants.

*** **

La Chine est le seul pays émergent à revenu intermédiaire à s'approcher de ce groupe de pays industrialisés avancés. Si l'on examine l'histoire récente et en particulier l'évolution des dépôts de demandes de brevet depuis 2005, on constate que les déposants chinois représentent plus d'un quart des demandes de brevet déposées dans le monde dans les domaines de l'impression 3D et de la robotique, soit le pourcentage le plus élevé parmi tous les pays.

La Chine connaît un réel bond des dépôts de brevet à partir de 2005, notamment par le biais d'entreprises comme TierTime ou Hunan Farsoon, mais aussi par de nombreuses universités et organismes de recherche public aidées par le gouvernement. La Chinese Academy of Sciences, la Huazhong University of Science & Technology, la Xi'an Jiaotong University, la South China University of Technology, la Harbin Institute of Technology et la Beijing University of Technology comptent ainsi près de 230 brevets déposés depuis 1995.

Le Rapport souligne les composantes essentielles d'un écosystème de l'innovation fructueux : des fonds publics pour financer la recherche scientifique et faire évoluer les technologies prometteuses du laboratoire à l'étape de production; un marché concurrentiel pour encourager les entreprises à innover, qui repose sur des marchés financiers dynamiques et une réglementation saine; et des liens étroits entre les acteurs de l'innovation du secteur public et du secteur privé.

Le Rapport explique également comment l'innovation est de plus en plus étroitement liée aux universités et aux organismes de recherche publics. Davantage de demandes de brevet ont été déposées par les universités dans les domaines de l'impression 3D, de la nanotechnologie et de la robotique que dans ceux de

l'aéronautique, des antibiotiques et des semi-conducteurs. La nanotechnologie arrive en tête, avec près d'un quart des demandes de brevet dans le monde déposées par des universités.

A rapprocher : Rapport sur le site de WIPO

Nouvelle réglementation sur les investissements étrangers en Chine

Décret n°2 de 2015 du MOFCOM concernant la modification d'une partie des règlements et des directives

Ce qu'il faut retenir :

L'essentiel de ce Décret est de promouvoir la réforme du système d'enregistrement et de souscription du capital social en supprimant notamment la restriction sur le seuil minimum du capital social enregistré pour l'investisseur étranger en Chine.

Pour approfondir :

Le MOFCOM a publié le 28 octobre 2015 (date d'entrée en vigueur) le Décret n°2 de l'année 2015 du MOFCOM (商务部2015年第2号令) (le «**Décret**»), intitulé «*Décision du MOFCOM concernant la modification d'une partie des règlements et des directives*»

《商务部关于修改部分规章和规范性文件的决定》

Le Décret modifie 29 règlements et directives notamment dans les domaines des investissements étrangers en Chine, et des règles en matière de commerce intérieur en Chine.

L'objectif du Décret est (i) de promouvoir la réforme du système d'enregistrement et de souscription du capital social et (ii) d'améliorer l'environnement dans le monde des affaires.

L'esprit essentiel du Décret est de supprimer la restriction sur le seuil minimum du capital social enregistré, le délai de souscription du capital, les pourcentages de souscription du capital par l'investisseur étranger et les choix des monnaies pour la souscription du capital dans le domaine des investissements étrangers en Chine.

Le Décret traite une quantité de sujets. Nous attirons ici plus particulièrement votre attention sur les articles suivants :

- 1, 3, 6, 7, 8, 14 (la société d'investissement établie par un investisseur étranger) ;
- 10, 13 (la société cotée en bourse financée stratégiquement par un investisseur étranger) ;
- 17, 18, 22 (création d'une société par l'apport d'actions d'un investisseur étranger).

Le Décret a notamment modifié les règlements et directives suivants dans le domaine des investissements étrangers en Chine :

1. « Dispositions sur la création des sociétés par actions à responsabilité limitée ayant un investissement étranger »

(《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》)

Antérieurement au 28 octobre 2015, les associés d'une société par actions à responsabilité limitée ayant un investissement étranger devaient souscrire et libérer l'intégralité du capital social enregistré auprès de l'administration chinoise. Désormais, l'obligation de libérer l'intégralité du capital social a été supprimée. De même a été supprimée la règle selon laquelle (i) le seuil minimum du capital social est 30 millions RMB, (ii) les investisseurs étrangers doivent détenir au moins de 25% du capital, ainsi que (iii) le délai de 90 jours dans lequel il fallait auparavant libérer. Il n'y a donc plus de délai, puisqu'il n'y a plus d'obligation de libérer.

2. « Dispositions provisoires sur les investissements en Chine par les sociétés ayant un investissement étranger »

(《关于外商投资企业境内投资的暂行规定》)

Avec l'entrée en vigueur du Décret, il n'y a plus d'interdiction à ce que le montant cumulé des investissements réalisés en Chine, par les sociétés ayant un investissement étranger, dépasse 50% de leurs propres actifs.

3. « Dispositions sur la fusion ou la scission des sociétés ayant un investissement étranger »

(《关于外商投资企业合并与分立的规定》)

Depuis le 28 octobre 2015, les sociétés ayant un investissement étranger, peuvent désormais réaliser une opération de fusion ou de scission avant même la libération du capital ou l'obtention des autorisations

administratives nécessaires le cas échéant pour e.g. l'exploitation ou la fabrication.

4. « Dispositions sur l'investissement étranger dans les entreprises innovantes »
(《外商投资创业投资企业管理规定》)

Désormais, il n'y a plus de seuil minimum de souscription du capital fixé à (i) 10 millions USD pour l'investisseur étranger personne physique, et (ii) 5 millions de USD pour l'investisseur étranger personne morale.

Par ailleurs, désormais :

- le délai de libération du capital par l'investisseur étranger dans les entreprises innovantes n'est plus encadré par le délai maximum de 5 ans ;
- l'investisseur étranger peut désormais réduire le montant de la souscription (par voie d'annulation de titres) pendant la première année de l'existence de l'entreprise innovante.

5. « Dispositions relatives aux secteurs commerciaux de l'investissement étranger »
(《外商投资商业领域管理办法》)

Dans ces secteurs commerciaux (grossistes, ventes au détail, distribution e.g. franchise etc.), les associés des sociétés ayant un investissement étranger n'ont plus d'obligation de libérer la totalité du capital social. De plus, ces mêmes sociétés ne sont plus soumises à « l'examen annuel de conformité relatif aux sociétés ayant un investissement étranger » réalisé par l'Administration for Industry and Commerce.

6. « Dispositions relatives aux sociétés d'investissement créées par un investisseur étranger »
(《关于外商投资举办投资性公司的规定》)

Depuis le 28 octobre 2015, les sociétés d'investissement créées par un investisseur étranger ne sont plus liées par l'obligation de respecter l'ancien seuil minimum du capital social fixé à 30 millions de dollars. Ces sociétés d'investissement créées par un

investisseur étranger peuvent donc désormais librement fixer le montant de leur capital social.

De plus, l'obligation de libérer le capital social dans le délai maximum de 2 ans à partir de l'obtention de la « *business licence* » a été supprimée.

Le Décret a également modifié les dispositions complémentaires relatives aux sociétés d'investissement créées par un investisseur étranger (《关于外商投资举办投资性公司的补充规定》) en prévoyant que l'investisseur étranger est désormais autorisé à effectuer un apport numéraire (i) en devises convertibles ou (ii) en monnaie chinoise résultant des profits réalisés en Chine continentale.

7. « Dispositions relatives à l'investissement étranger dans le secteur locatif »
(《外商投资租赁业管理办法》)

Le seuil minimum du capital social fixé à 10 millions de dollars a été supprimé.

8. « Dispositions sur l'investissement étranger dans les sociétés mandataires du transport international de marchandises »
(《外商投资国际货物运输代理企业管理办法》)

Le seuil minimum du capital social fixé à 10 millions de dollars a été supprimé.

9. « Dispositions en matière de financement stratégique de l'investisseur étranger dans des sociétés cotées en bourse en Chine »
(《外国投资者对上市公司战略投资管理办法》)

Le Décret a instauré un nouveau système d'approbation préalable donné d'abord par le MOFCOM, puis par le *China Securities Regulatory Commission* pour tout financement stratégique d'un investisseur étranger dans une société cotée en bourse en Chine.

A rapprocher : La Franchise en Chine (Mars 2011)

ACTUALITÉ SIMON ASSOCIÉS

ÉVÉNEMENTS

Suite au succès de l'évènement parisien, SIMON ASSOCIÉS organise à nouveau une formation entièrement dédiée à l'actualité jurisprudentielle 2015, en Droits de la Distribution et de la Franchise, les 26, 28 et 29 janvier 2016 à Lyon, Nantes et Lille.

🔗 [En savoir plus et s'inscrire](#)

SIMON ASSOCIÉS a organisé une formation entièrement dédiée à l'actualité jurisprudentielle 2015, en Droits de la Distribution et de la Franchise, le 11 décembre dernier à Paris.

🔗 [En savoir plus](#)

SIMON ASSOCIÉS a organisé, avec Inlex IP Expertise, un petit-déjeuner atelier à Nantes le 11 décembre dernier sur le thème :
« *Enjeux et solutions pour valoriser vos actifs de propriété intellectuelle* ».

🔗 [En savoir plus](#)

SIMON ASSOCIÉS a co-organisé, avec BAKER TILLY, un petit-déjeuner formation à Carquefou (44), le 8 décembre 2015, sur le thème :
« *Le Crowdfunding, un financement alternatif. Pourquoi et comment ?* ».

🔗 [En savoir plus](#)

Cette liste des évènements et publications n'est pas exhaustive. Vous pouvez consulter à tout moment notre site internet www.simonassocies.com et notre site internet dédié à l'information juridique et économique des réseaux de distribution www.lettredesreseaux.com pour prendre connaissance des articles ou évènements d'actualité intéressants les réseaux de distribution.