



SIMON ASSOCIÉS
RÉSEAU SIMON AVOCATS



SOMMAIRE

PARIS - NANTES
MONTPELLIER - GRENOBLE
LYON - FORT-DE-FRANCE
POINTE-A-PITRE

Bureaux intégrés

BORDEAUX - CHAMBÉRY
CLERMONT-FERRAND
GRENOBLE - LE HAVRE
POITIERS - ROUEN
SAINT-DENIS (La Réunion)
SAINT-ETIENNE
STRASBOURG - TOULOUSE

Réseau SIMON Avocats

ALGÉRIE - ARMÉNIE
AZERBAÏDJAN - BAHREÏN
BELGIQUE - BRÉSIL
BULGARIE - CAMEROUN
CHILI - CHINE - CHYPRE
COLOMBIE - COREE DU SUD
CÔTE D'IVOIRE - ÉGYPTÉ
ÉMIRATS ARABES UNIS
ESTONIE - ÉTATS-UNIS
HONGRIE - ÎLE MAURICE
INDONESIE - IRAN - ITALIE
LUXEMBOURG - MAROC
OMAN - PARAGUAY - PÉROU
RD CONGO - SÉNÉGAL
THAÏLANDE - TUNISIE

Conventions transnationales

www.simonassociés.com
www.lettredesreseaux.com

DISTRIBUTION	
De la bonne foi et de la loyauté au stade précontractuel dans les relations franchiseur-franchisé Réforme du droit des contrats	p. 2
Appréciation <i>in concreto</i> de l'information précontractuelle due au franchisé CA Paris, 23 novembre 2017, n ^{os} 16/12350, 16/03188, 16/03312, 16/12347, 16/05681 et 16/03315	p. 9
Requalification du contrat de gérance-mandat en contrat de location-gérance Cass. civ. 3 ^{ème} , 7 décembre 2017, n ^o 16-25.083	p. 10
Contrat d'agent commercial et aménagement contractuel du montant de l'indemnité de rupture CA Paris, 2 novembre 2017, n ^o 16/13857	p. 12
Interprétation finaliste du contrat de distribution TC Paris, 14 novembre 2017, n ^o 16/045132	p. 14
La disparition de l'obligation de reclassement au sein des réseaux de distribution CA Limoges, 21 novembre 2017, n ^o 16/01308, et Ord. n ^o 2017-1387 du 22 septembre 2017	p. 17
CONCURRENCE & CONSOMMATION	
Absence de rupture brutale de relations commerciales établies sur un marché en crise Cass. com., 8 novembre 2017, n ^o 16-15.285, Publié au Bulletin	p. 19
La validation européenne de l'interdiction de vente sur les marketplaces CJUE, 6 décembre 2017, aff. C-230/16	p. 22
Revente parallèle au réseau : mise en jeu de la responsabilité du revendeur parallèle CA Paris, 15 novembre 2017, n ^o 17/04923	p. 23
Dispense de définition préalable du marché par l'Autorité de la concurrence Cass. com., 6 décembre 2017, n ^o 16-18.835	p. 24
Licéité d'un réseau de distribution sélective et compétence du juge des référés CA Paris, 2 novembre 2017, n ^o 17/03300	p. 25
Extension du devoir de mise en garde de la caution Cass. com., 15 novembre 2017, n ^o 16-16.790, Publié au Bulletin	p. 26
PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE & NOUVELLES TECHNOLOGIES	
Forclusion par tolérance : point de départ CA Paris, 17 novembre 2017, n ^o 16/20736	p. 28
Illustration d'un dépôt frauduleux de marque CA Paris, 7 novembre 2017, n ^o 15/12767	p. 29
Editeur de site internet : le juge n'est pas lié par la qualification retenue par les parties ! TGI Paris, ordonnance de référé, 21 novembre 2017, inédit	p. 30
Data : L'amélioration de ses services en ligne nécessite une base légale spécifique ! Décision de la CNIL n ^o MED-2017-075 du 27 novembre 2017	p. 31
IMMOBILIER – CONSTRUCTION – URBANISME	
Bail commercial : l'indemnité d'éviction ne couvre pas la perte du droit au maintien dans les lieux Cass. civ. 3 ^{ème} , 30 novembre 2017, n ^o 16-17.686	p. 32
L'article L.480-13 du Code de l'urbanisme est bien conforme à la Constitution Conseil Constitutionnel, 10 novembre 2017, n ^o 2017-672 QPC	p. 33
Procès-verbal d'AG : mention des réserves formulées sur la régularité des décisions Cass. civ. 3 ^{ème} , 23 novembre 2017, n ^o 16-25.125	p. 34
Fonds non contigus : règles de distance applicables aux servitudes de vue Cass. civ. 3 ^{ème} , 23 novembre 2017, n ^o 15-26.240, 15-26.271	p. 35
INTERNATIONAL	
Accord de libre-échange entre le Japon et l'Union Européenne (JEFTA) 7 décembre 2017	p. 35
Clause attributive de juridiction et connexité Cass. civ. 1 ^{ère} , 13 décembre 2017, n ^o 16-22412	p. 36
ACTUALITÉ SIMON ASSOCIÉS	p. 38

DISTRIBUTION

De la bonne foi et de la loyauté au stade précontractuel dans les relations franchiseur-franchisé

Réforme du droit des contrats

En s'interrogeant sur le thème (essentiel) : « *De la bonne foi et de la loyauté au stade précontractuel* », la réflexion peut s'organiser en deux volets, à savoir :

- le premier : le contrat de franchise est-il de gré à gré ou d'adhésion ? Ce qui nous conduira à envisager la notion de **contrat d'adhésion**, son régime, et l'influence que cette notion et ce régime devraient avoir sur le comportement du franchiseur et du franchisé dans la phase précontractuelle ;
- le second : qui pose la question plus générale, de savoir si la réforme du droit des contrats modifie ou non, et si oui dans quelle mesure, la relation franchiseur-franchisé au stade précontractuel, ce qui nous conduira à examiner les problématiques liées à **la bonne foi et à l'obligation générale d'information**.

I/ LE CONTRAT DE FRANCHISE : DE GRÉ À GRÉ OU D'ADHÉSION ?

Il convient d'envisager les notions de contrat de gré à gré et de contrat d'adhésion, avant de souligner les particularités du régime du contrat d'adhésion.

A. LES NOTIONS DE CONTRAT DE GRÉ À GRÉ ET DE CONTRAT D'ADHÉSION

- **Nouvelles définitions légales (Article 1110 nouveau du code civil) :**

« *Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties.*

« *Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* ».

La réforme introduit dans le code civil un article 1110 nouveau, qui distingue le contrat d'adhésion du contrat de gré à gré : « *le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les*

parties » ; « *Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties* ».

Cette distinction est nouvelle dans le code civil, puisque le code napoléon n'envisageaient que les contrats de gré à gré ; le contrat d'adhésion, d'origine doctrinale, est apparu avec la révolution industrielle, pour appréhender les hypothèses – alors de plus en plus nombreuses – des contrats standardisés, dont le contenu émane d'un seul contractant, qui ne laisse à l'autre que la possibilité d'accepter ou de refuser en bloc son contenu.

Avant la réforme de 2016, l'inadéquation croissante entre le code napoléon – *qui ignorait le contrat d'adhésion* – et la prolifération de ces mêmes contrats a été comblée, pour partie, par le droit spécial (droit de la consommation ou droit de la concurrence) qui a édicté des dispositions d'ordre public destinée à protéger le contractant n'ayant pas rédigé le contrat d'adhésion.

Avec la réforme de 2016, il s'est agi de prendre la mesure du recours grandissant au contrat d'adhésion, en l'élevant au rang des principales catégories du droit commun des contrats.

- **Les critères d'identification du contrat d'adhésion**

Ce bref rappel étant fait, la question posée – le contrat de franchise est-il un contrat d'adhésion ou de gré à gré ? – conduit à reprendre les trois critères propres à distinguer le contrat d'adhésion du contrat de gré à gré, tels qu'ils sont aujourd'hui suggérés à l'article 1110 nouveau du code civil. Il convient de mettre de côté, tout en le signalant, les modifications que les sénateurs envisagent actuellement d'apporter à ce texte.

- 1^{er} critère : L'existence de « conditions générales »,
- 2^{ème} critère : La détermination des conditions générales du contrat par l'une des parties,
- 3^{ème} critère (complexe) : La soustraction des conditions générales du contrat à la négociation.

- **1^{er} critère : L'existence de « conditions générales »**

Ce critère est au cœur de la définition de contrat d'adhésion.

Le contrat d'adhésion doit comporter des « conditions générales », mais la loi n'en donne aucune définition, pas plus d'ailleurs que le Rapport au Président de la République qui accompagne l'ordonnance de 2016.

S'il appartiendra à la jurisprudence de définir ce que les « conditions générales » recouvrent au sens de ce texte, il paraît justifié de considérer, au regard de la *ratio legis*, que l'expression « conditions générales » inscrite à l'article 1110 nouveau du code civil :

- ne désigne pas les « conditions générales » au sens formel, issue de la pratique, et qui ont donné lieu à une jurisprudence désormais codifiée à l'article 1119 nouveau du code civil,
- mais s'entendent plutôt des « dispositions principales du contrat », c'est-à-dire des stipulations qui en concernent les aspects les plus fondamentaux. Telle est l'interprétation (à juste titre) consacrée par la doctrine.
 - **2^{ème} critère : La détermination à l'avance des conditions générales du contrat par l'une des parties**

Ce critère ne pose pas de difficulté significative, en tout cas pour ce qui concerne le contrat de franchise, lequel est rédigé par le franchiseur, qui le transmet au franchisé, avec le document d'information précontractuelle.

- **3^{ème} critère : La soustraction des conditions générales du contrat à la négociation**

Ce critère est le plus complexe : les conditions générales du contrat doivent avoir été dit le texte « *soustraites à la négociation* ». Autrement dit, pour que le contrat soit d'adhésion, la négociation ne doit pas seulement être absente, elle doit être volontairement exclue. Cette nuance conduit à deux types de difficulté : L'une concerne le choix de la méthode à appliquer pour apprécier ce critère (a) ; l'autre concerne la charge de la preuve (b).

a) Les méthodes envisagées par la doctrine (qui emportent des conséquences pratiques importantes)

1^{ère} méthode : l'application « en bloc » de l'article 1110 nouveau du code civil au contrat

La méthode : Selon cette 1^{ère} méthode, le contrat (ici de franchise), il est considéré « en bloc » comme

relevant soit de la catégorie du contrat d'adhésion, soit de celle du contrat de gré à gré. Autrement dit, l'entier contrat de franchise relève de l'une ou l'autre de ces deux catégories. Et pour faire le choix entre ces deux catégories, il est alors proposé d'appliquer l'adage *Major pars trahit ad se minorem*.

Par exemple, lorsque le franchisé a effectivement modifié des conditions majeures (ou centrales), il sera considéré que le contrat de franchise tout en entier participe d'un contrat de gré à gré, car la présence des autres clauses (non négociées) ne peut pas signifier que l'adhérent n'ait pas été en situation de pouvoir les discuter, puisque – précisément – il est avéré qu'il a effectivement exercé le pouvoir de négocier les clauses les plus décisives.

A l'inverse, lorsque le franchisé n'a effectivement modifié que des conditions mineures (ou périphériques), les partisans de cette méthode considèrent que le contrat de franchise est en bloc d'adhésion.

Critique/Faiblesses de la méthode : Le recours à cette méthode me semble critiquable, en tout cas discutable, à deux égards : i) tout d'abord, les critères distinguant les conditions majeures des conditions mineures sont flous ; et, on imagine déjà les parties se disputer sur le caractère « majeur » ou « mineur » de telle stipulation du contrat qui aura été négociée pour le faire entrer (ou l'exclure) de la notion de contrat d'adhésion ; ii) ensuite, l'adage *Major pars trahit ad se minorem* paraît injustifiée lorsque le franchisé n'a effectivement modifié que des conditions mineures, car il sera impossible de démontrer – dans cette hypothèse – que l'absence de modification des clauses majeures résulte d'une impossibilité de les négocier, en particulier lorsque le rédacteur de l'acte n'aura pas formellement exprimé un refus de négocier.

2^{nde} méthode : l'application distributive de l'article 1110 nouveau du code civil

La méthode : Selon cette 2^{nde} méthode, la qualification de contrat d'adhésion ou de contrat de gré à gré ne doit plus être attribuée – comme précédemment – en bloc au contrat. Le juge procède à une application distributive de l'article 1110 nouveau du code.

Ainsi, les stipulations négociées (modifiées) du contrat participent du contrat de gré à gré, tandis que les stipulations du contrat qui n'ont pu être négociées relèvent du contrat d'adhésion.

Bien-fondé de la méthode : Cette méthode nous semble préférable ; c'est la plus raisonnable au regard du régime du contrat d'adhésion.

b) La difficulté probatoire

Quelle que soit la méthode appliquée, une difficulté subsistera toujours sur le terrain probatoire.

Difficulté probatoire : En effet, si la qualification ne sera pas compliquée pour ce qui concerne les clauses effectivement négociées et les clauses qui n'ont pu être négociées, la qualification sera plus délicate pour ce qui concerne toutes les autres clauses : celles qui n'ont pas été modifiées, mais dont rien ne prouve qu'elles ne pouvaient l'être. Or, on l'a dit, pour que le contrat soit d'adhésion, la négociation ne doit pas seulement être absente, elle doit être volontairement exclue.

S'agissant des clauses qui n'ont pas été modifiées mais dont rien ne prouve qu'elles ne pouvaient l'être, appartiendra-t-il au rédacteur de l'acte (le franchiseur) de prouver que la négociation aurait pu s'exercer sur les conditions non négociées du contrat ; ou appartiendra-t-il – au contraire – au destinataire de l'acte (le franchisé) de prouver que la négociation était exclue ?

Il appartiendra ici encore à la jurisprudence de répondre à cette question. Il est permis d'émettre une opinion personnelle. Deux remarques :

1°/ Il me semble objectivement que l'absence de négociation ne peut signifier pas que la négociation était exclue ; il appartiendrait alors au franchisé de prouver qu'il n'a pas pu négocier telle ou telle clause du contrat ; et il pourra le faire par tous moyens. Mais l'on pressent également qu'il en faudra probablement peu pour parvenir à cette preuve, compte tenu de la nature du contrat de franchise.

2°/ il faut rédiger le contrat de franchise de manière claire et équilibrée, comme s'il était promis à être considéré comme un contrat d'adhésion ; et il le sera sans doute dans le plus grand nombre de cas.

→ **Observation pratique** : au regard de ce qui vient d'être dit sur ce troisième critère, les méthodes envisageables, et la question de la charge de la preuve et même si nous sommes encore dans une forme de prospective, ne partons donc pas de cette affirmation (que je crois fautive) que le contrat de franchise serait

de gré à gré par le seul fait que le franchiseur aurait négocié telles ou telles clauses du contrat de franchise.

Les uns suggèrent de négocier le contrat, les autres suggèrent de feindre de le négocier. Je ne suis pas sûr que tout cela mène à grand-chose.

→ **Observation pratique** : En corolaire, le contrat d'adhésion ne doit pas être appréhendé comme un épouvantail ; un contrat ou un écueil à éviter.

Il est probable que, le plus souvent, le contrat de franchise sera un contrat d'adhésion ; il suffira alors de rédiger le contrat correctement, en considération du régime spécifique du contrat d'adhésion que nous allons maintenant aborder, à travers les deux facettes qu'il recouvre : la règle d'interprétation *in favorem*, et le caractère non écrit des clauses abusives qui toutes deux peuvent être maîtrisées :

Le rédacteur d'acte devrait alors davantage, selon moi, de se focaliser sur elles, les traiter, en rédigeant un contrat clair et de nature à éviter la sanction du déséquilibre significatif.

B. LES PARTICULARITÉS DU RÉGIME DU CONTRAT D'ADHÉSION

Evoquons à présent le régime du contrat d'adhésion et – aussi – les conséquences pratiques que ce régime doit avoir sur le comportement des parties.

- ***L'interprétation in favorem (art. 1190 nouveau du code civil)***

→ L'article 1190 nouveau prévoit que « *dans le doute, (...) le contrat d'adhésion [s'interprète] contre celui qui l'a proposé* ».

Cette règle n'était pas exprimée dans le Code civil, mais c'est tout de même la solution à laquelle était parvenue :

- la jurisprudence (Cass. civ. 1^{ère}, 22 oct. 1974, n°73-13.482) au terme d'une interprétation (parfois contestée) de l'ancien article 1162 du code civil, selon lequel : « Dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation »
- le droit spécial (v., C. consom., art. L.211-1, al.2.).

Et, comme l'a déjà souligné le professeur Thierry Revet, cette règle n'est pas véritablement une règle d'interprétation, mais bien plutôt une règle de contrôle indirect du contenu du contrat d'adhésion. Ce texte devrait offrir au juge une possibilité d'en réécrire et compléter certaines stipulations.

→ **Observation pratique** : il convient, le cas échéant, de se ménager la preuve de l'existence et du contenu de la négociation du contrat de franchise.

→ **Observation pratique** : ce texte doit conduire à une rédaction plus détaillée des contrats relevant de la catégorie des contrats d'adhésion ou susceptibles d'y entrer, afin d'exclure le « doute », que l'article 1190 nouveau du code civil pose en condition préalable de la règle selon laquelle le contrat s'interprète contre celui qui l'a rédigé.

- **Le caractère non écrit des clauses abusives (art. 1171 nouveau du code civil)**

Alinéa 1^{er}

L'article 1171 alinéa 1^{er} nouveau dispose : « *dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite* ».

Cette disposition est d'ordre public. Les critères d'appréciation du déséquilibre sont inspirés de ceux fixés dans le code de la consommation et résultent de la transposition de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 sur les clauses abusives.

Le contrôle des clauses abusives, jusqu'alors limité au droit de la consommation (C. consom, art. L.132-1) et au droit de la concurrence (C. com., art. L.442-6), participe désormais du droit commun.

Le texte de l'ordonnance remplace la « suppression » de la clause abusive, présente dans le projet présenté en 2015, par le recours au « réputé non écrit », en réponse aux critiques de la doctrine arguant le caractère vague de la notion de suppression. De plus, alors que le projet initial prévoyait en l'alinéa 1^{er} de son article 1169 qu'« *une clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée* », l'article 1171 issu du texte définitif précise désormais que cette disposition ne s'applique que « *dans un contrat d'adhésion* ».

Le caractère abusif et la qualification de contrat d'adhésion sont deux conditions cumulatives du recours à l'article 1171 de la réforme (S. Gaudemet, *Quand la clause abusive fait son entrée dans le Code civil*, CCC n°5, mai 2016, p.27-31). Faisant droit aux critiques à juste titre formulées par la doctrine (Y. Lequette, *Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ?*, RDC, 2015/3, p.620), la Chancellerie est ici revenue aux propositions déjà envisagées par les projets Terré et Catala : le juge ne dispose du pouvoir de réputer la clause non écrite, que lorsque cette clause n'a pas été négociée. Selon un principe similaire, la réforme limite ce pouvoir du juge aux clauses abusives des contrats d'adhésion, qui, par définition, ne sont pas négociés.

Se pose alors ici une interrogation : qu'en est-il lorsque le contrat d'adhésion comporte quelques clauses qui ont pu être négociées, et que ce sont ces clauses qui, précisément, sont abusives ?

Les projets Catala et Terré précisaient que la clause, pour être réputée non écrite dans ce cadre, ne devait pas avoir été négociée. Selon l'ordonnance de 2016, dès lors que le contrat est qualifié « d'adhésion », toute clause de ce contrat semble pouvoir être réputée non écrite par le juge, sur le fondement de l'article 1171 du nouveau code civil. Il nous semble toutefois que la question pourra donner lieu à interprétation par la jurisprudence, par l'application distributive du texte de l'article 1110 nouveau du code civil, évoquée plus haut.

Alinéa 2^{ème}

L'alinéa 2 de l'article 1171 nouveau du Code civil précise que *l'appréciation du déséquilibre significatif « ne peut porter ni sur l'objet principal du contrat, ni sur l'adéquation du prix à la prestation »*, et ce afin d'éviter de sanctionner la lésion sur le fondement de cet article.

Lésion que l'article 1168 nouveau du code civil : « Cette exclusion du contrôle du juste prix s'inscrit dans la lignée du refus de l'admission de la rescision pour lésion formulé au nouvel article 1168 ». Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement.

Les clauses traitant de l'objet du contrat ou du prix ne peuvent donc être écartées par le juge. Autrement dit, ces deux éléments, en effet, sont considérés comme ayant nécessairement été acceptés par l'adhérent.

Concours avec l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce : l'application de ce texte a vocation à écarter celle de l'article 1171 nouveau du Code civil.

→ **Observation pratique** : Toujours est-il que les clauses pouvant (potentiellement) relever de la catégorie des clauses créant un déséquilibre significatif (entre les droits et obligations des parties) doivent être MOTIVÉES, afin d'en expliciter la RAISON D'ÊTRE, de manière didactique, et d'éviter la qualification injustifiée de déséquilibre significatif.

Exemple : la clause dite *d'intuitu personae non reciproque*

- Contenu : il s'agit de la clause par laquelle il est indiqué, d'une part, que le contrat de franchise a été conclu en considération de la personne de la société franchisée, de son actionnaire et dirigeant et, d'autre part, à l'inverse, que le contrat de franchise n'a pas été conclu en considération de la personne de la société franchiseur, de son actionnariat ou de la personne de son dirigeant.
- En présence d'une telle clause, le dirigeant de la société franchisée ne peut céder le contrôle sans l'accord du franchiseur, alors que l'inverse n'est pas vrai.
- Certains considèrent encore, en dépit de la jurisprudence, qu'une telle clause ne serait pas valable en raison de l'absence de réciprocité.
- Or :
- Non seulement une telle clause n'est pas déséquilibrée car – en matière de franchise – le franchiseur a choisi un homme pour devenir franchisé, ce choix a été fait en fonction de sa capacité à dupliquer le savoir-faire ; le franchisé, quant à lui, a choisi une marque, une enseigne et un savoir-faire, qui survivent à la personne morale qu'est le franchiseur ou à celle de son actionnaire.
- Mais elle est même protectrice des intérêts des franchisés qui demeurent dans le réseau, dans la mesure où ceux-ci appartiennent alors – grâce à la clause d'intuitu personae – à un réseau qui conserve en son sein des franchisés capables de dupliquer le savoir-faire et de respecter le concept.

II/ LA RELATION PRÉCONTRACTUELLE FRANCHISEUR-FRANCHISÉ

La réforme du droit des contrats introduit **les articles 1112, 1112-1 et 1112-2 nouveaux au code civil** qui concernent la phase précontractuelle.

Il convient alors d'articuler le propos en envisageant successivement la bonne foi et l'obligation générale d'information.

A. LA BONNE FOI

• Textes

L'exigence de bonne foi a été étendue à l'ensemble de la phase précontractuelle.

Avant la réforme de 2016, l'article 1134 du code civil limitait l'exigence de **bonne foi** à la seule exécution du contrat : « *Les conventions doivent être exécutées de bonne foi* ».

L'ordonnance de 2016 l'a étendu :

- **d'une part, à la phase de négociation et de formation du contrat (C. civ., art. 1104 nouveau).**

L'alinéa 1^{er} de l'article 1104 nouveau du code civil dispose en effet : « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ».

Conformément à la jurisprudence (Pour une vue d'ensemble, S. Tisseyre, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats*, PUAM, 2012. Adde, *La bonne foi*, Travaux de l'Association H. Capitant, 1994), l'ordonnance soumet à ce devoir impérieux tant la négociation du contrat que sa formation, au sens strict comme la phase de rencontre des volontés.

L'ordonnance étant supplétive de volonté, sauf disposition contraire, le 2^{ème} alinéa de l'article 1104 (nouveau) du code civil ajoute aussitôt que le devoir de bonne foi est une disposition d'ordre public : « *Cette disposition est d'ordre public* ».

En ce sens, cette précision évoque les Principes du droit européen du contrat (art. 1:202 (2), les Principes d'Unidroit (art. 1.7. (2)), les principes contractuels communs AHC-SLC (art. 0:301 al. 2) et, en son temps, l'une des versions du Projet de réforme Terré, qui comportait un article 5 énonçant que « *les parties ne peuvent exclure ni limiter ce devoir* ».

- **et, d'autre part, à la rupture des pourparlers (C. civ., art. 1112 nouveau).**

L'article 1112 (nouveau) du code civil retient que « *L'initiative, le déroulement et la rupture des négociations précontractuelles sont libres* » et qu'« *ils doivent impérativement satisfaire aux exigences de la bonne foi* ».

Ce faisant, la jurisprudence dégagée en matière de pourparlers se trouve consacrée : liberté d'initiative, de déroulement et de rupture des négociations sous réserve du respect du principe de bonne foi. La même remarque vaut pour les dispositions relatives à l'offre et à l'acceptation (art. 1113 à 1123 nouveaux).

L'exigence de bonne foi est désormais requise au titre de l'ensemble de la phase précontractuelle, au travers du triptyque : négociation du contrat, formation du contrat, et rupture des pourparlers.

- **Remarques**

Quatre remarques s'imposent.

→ **Remarque n°1 : « En droit pur, rien de nouveau »** : la portée de ce texte peut paraître relative dans la mesure où l'ordonnance ne fait que figer dans la loi les principes que la jurisprudence appliquait jusqu'alors.

Le droit de la distribution et le droit de la franchise n'avaient évidemment pas échappé à ce mouvement général. Ainsi, par exemple, dans le droit de la distribution, la construction jurisprudentielle issue des arrêts Huard (Cass. com., 3 nov. 1992, Bull. civ. IV, n 338 ; JCP G 1993, II, 22164, note G.-J. Virassamy ; RTD civ., 1993, p. 124, n 7, obs. J. Mestre ; Juris-Data n 002431) et Chevassus-Marche (Cass. com., 24 nov. 1998, RTD civ., 1999, p. 98, obs. J. Mestre ; Defrénois, 1999, p. 371, obs. D. Mazeaud ; JCP 1999, I, 143, obs. Ch. Jamin ; Juris-Data n 004489) et les décisions rendues dans les affaires General Motors (Com. 29 janvier 2008, F-P+B, pourvoi n 06-17.748) et Nouvelles Frontières (Trib. com. Bobigny, 29 janv. 2008, RG n 2007/F00373) ont montré toute la vigueur de cette notion. De même, par exemple, dans le droit de la franchise, la chambre commerciale de la Cour de cassation a reconnu de longue date l'existence d'une telle obligation dans la phase précontractuelle depuis un arrêt du 20 mars 1972 (Cass. com., 20 mars 1972, Bull. civ. IV, n 93 ; RTD civ., 1972, p. 779, note G. Durry). Cette solution a plusieurs fois été confirmée par la Haute juridiction (Cass. com., 8 nov. 2005, Juris-Data n 030701) et les

juridictions du fond (CA Aix-en-Provence, 14 janvier 1997, Juris-Data n 040104), tout en étant approuvée par les auteurs (J. Ghestin, *La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers*, JCP G, 2007, I, 155 ; D. Mazeaud, *La genèse des contrats : un régime de liberté surveillée*, Dr. et patrimoine, juill.-août 1996, pp. 44 s., n 13 ; M.-J. Grollemund-Loustalot-Forest, *L'obligation d'information entre contractants dans les contrats de distribution*, RJ. com. 1993, pp. 58 suiv., n° 3 ; **F.-L. Simon, Les manquements du franchisé à son obligation de bonne foi, LDR mai-juin 2009**).

→ **Remarque n°2 : l'exigence de bonne foi est stabilisée** : l'exigence de bonne foi ne résulte plus de la jurisprudence, par nature susceptibles d'infléchissement voire de revirement. Consacrées par le code civil, ces solutions sont désormais stabilisées.

→ **Remarque n°3 : l'exigence de bonne foi est davantage visible** : inscrite dans le code civil lui-même, l'exigence de bonne foi devient plus visible, et son influence sera sans doute que plus grande.

→ **Remarque n°4 : Certains aménagements contractuels restent utiles avec la réforme** :

Je songe notamment à :

- l'obligation d'exclusivité de négociation : par laquelle le candidat franchisé déclare avoir sollicité la remise du DIP de bonne foi, notamment sans intervenir pour le compte d'un tiers exerçant une activité de prospection et/ou de commercialisation de services. A compter de la date de remise du DIP, le Candidat s'oblige à n'engager aucune négociation avec tout tiers (personne physique ou morale) exerçant une activité de similaire à celle du franchiseur.
- l'obligation de confidentialité : par laquelle le candidat franchisé est tenu à une stricte obligation de confidentialité. Il s'oblige à ne pas utiliser et/ou divulguer, de quelque manière que ce soit, les informations non publiques contenues dans le DIP et ses annexes à des fins autres que l'appréciation de l'opportunité de signer ou non le Contrat.

En tout état de cause, le Candidat s'oblige à respecter lui-même et à faire respecter la confidentialité du DIP et de ses annexes par ses conseils, y compris dans l'hypothèse où le Contrat ne serait pas signé.

A noter que l'article 1112-2 Nouveau du code civil énonce désormais : « *Celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun* ».

- l'obligation de restitution : par laquelle le candidat franchisé s'oblige à restituer sans délai l'ensemble des informations constituées par le DIP et ses annexes, sans en avoir au préalable conservé tout ou partie en copie dans l'hypothèse où le Contrat de franchise ne serait pas signé. Cette obligation de restitution prendra effet le jour où l'une des parties aura indiqué à l'autre son intention de ne pas signer le Contrat.

B. L'OBLIGATION GENERALE D'INFORMATION

- **Texte**

Est introduite l'existence d'un devoir général d'information (article 1112-1), d'ordre public. Une telle obligation précontractuelle d'information étant déjà largement admise en jurisprudence et diverses obligations d'information spécifiques figurant dans des lois spéciales (notamment en droit de la consommation), il est apparu opportun de consacrer dans le code civil de manière autonome, indépendamment du devoir de bonne foi, ce principe essentiel à l'équilibre des relations contractuelles, et d'en fixer un cadre général.

Selon l'alinéa 1^{er} de ce texte, « *Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant* ».

Quant à l'information concernée, qui est celle qui a une « importance déterminante », est davantage définie. L'alinéa 5^{ème} de ce texte précise : « *Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir* ». Le dernier alinéa précise que le manquement à ce devoir est sanctionné par l'engagement de la responsabilité de celui qui en était tenu, et qu'il peut également entraîner la nullité du contrat s'il a provoqué un vice du consentement - erreur ou dol : « *Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants* ».

Ainsi, les rédacteurs du texte ont considéré opportun d'intégrer dans le code civil, de manière autonome et indépendamment du devoir de bonne foi, une telle obligation précontractuelle d'information, essentielle à l'équilibre des relations contractuelles, qui était au demeurant déjà admise en jurisprudence.

- **Remarques**

4 remarques s'imposent.

→ **Remarque n°1 : « En droit pur, rien de nouveau »** : sont simplement intégrées au code civil les solutions jusqu'alors dégagées par la jurisprudence.

→ **Remarque n°2 : L'information précontractuelle due par le franchiseur au franchisé.**

Les franchisés disposent déjà, à travers les dispositions des articles L. 330-3 et R. 330-1 du code de commerce, d'un texte spécial en vertu duquel une obligation générale d'information pèse sur les franchiseurs, s'y ajoute désormais ce texte général ; ces deux textes (général et spécial) ont vocation à se superposer.

Les franchisés pourraient ainsi se prévaloir d'une violation par le franchiseur :

- du texte spécial ;
- et/ou du nouveau texte général, ce d'autant que le texte général est d'application plus large que le texte spécial ; le texte général ne vise pas seulement les informations limitativement énoncées à l'article R. 330-1 du code de commerce mais, plus largement, toute information « *dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre* » et ayant « *un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties* » (C. civ., art. 1112-1, al. 1^{er} et 3^{ème} (nouveau)).

Observation pratique : le contenu du DIP doit, en tant que de besoin, tenir compte de cette superposition des textes.

→ **Remarque n°3 : Le devoir du franchisé de « se » renseigner**

En visant l'adverbe « *légitimement* », l'alinéa 1^{er} de l'article 1112-1 consacre le devoir de se renseigner qui pèse sur le cocontractant, ici le franchisé.

Dans une précédente version, l'ordonnance prévoyait une obligation de donner à l'autre partie l'information que l'autre partie « *connaît ou devrait connaître* », ce qui revient finalement au même.

La jurisprudence relative au devoir de se renseigner des franchisés (F.-L. Simon, **Le devoir du franchisé de « se renseigner (Etude d'ensemble), LDR 29 mai 2015**) se trouve donc entérinée, et même renforcée.

Observation pratique : Le franchiseur fera bien de :

- d'indiquer dans le DIP les coordonnées des membres du réseau ;
- de laisser au franchisé le temps suffisant pour effectuer ses propres diligences et se renseigner ;
- recommander au franchisé de réaliser une étude de marché.

Trois démarches à accomplir pour permettre au franchisé de se renseigner et, corrélativement, au franchiseur de se protéger durant la phase précontractuelle.

→ **Remarque n°4 : L'information précontractuelle due par le franchisé au franchiseur**

Tout franchiseur dispose désormais, dans le code civil, d'un texte de nature à justifier une action en responsabilité ou en nullité du contrat lorsque le franchisé ne lui a pas transmis une information « *dont l'importance est déterminante pour* » la tête de réseau et ayant « *un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties* » (C. civ., art. 1112-1, al. 1^{er} et 3^{ème} (nouveau)).

A signaler que le Code européen de déontologie de la franchise, évoque le devoir de loyauté pesant sur le franchisé quant aux informations qu'il fournit au franchiseur en vue d'être sélectionné ; selon le point 4) de ce code « le franchiseur sélectionne et n'accepte que les franchisés qui, d'après une enquête raisonnable, auraient les compétences requises (formation, qualités personnelles, capacités financières) pour l'exploitation de l'entreprise franchisée ».

Selon la note (11) de ce code : « Le futur franchisé se doit d'être loyal quant aux informations qu'il fournit au franchiseur sur son expérience, ses capacités financières, sa formation, en vue d'être sélectionné ».

Il se pourrait que la jurisprudence rendue en application du nouvel article 1112-1 soit toutefois **plus protectrice** pour les franchiseurs.

Avant la réforme, le franchiseur butait trop souvent sur une question de preuve, en ne parvenant pas à prouver que l'information dont il avait été privé était véritablement déterminante de sa volonté de conclure le contrat de franchise.

Et l'on sait bien qu'à cet égard les juridictions du fond peuvent considérer que telle ou telle information communiquée par le franchisé au franchiseur durant la phase précontractuelle n'entre pas nécessairement dans le champ contractuel, en particulier lorsque la teneur de cette information ne figure pas dans le contrat de franchise ou l'une de ses annexes (Trib. Com., Quimper, 20 février 2009, inédit).

Avec la réforme, il sera désormais possible au franchiseur d'engager utilement une action en responsabilité ou en nullité du contrat à l'encontre du franchisé qui n'aurait pas communiqué une information ayant « *un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties* ».

Observation pratique : L'utilité des clauses de déclarations préalables subsiste : Ce dispositif nouveau ne fera pas disparaître la nécessité pour le franchiseur d'avoir recours aux **clauses de déclarations préalables**, notamment dans les réseaux de franchise (F.-L. Simon, **La clause de « déclarations préalables » dans les contrats de franchise (Réflexion d'ensemble), LDR Mars-Avril 2015**).

Il est vivement recommandé d'annexer au contrat de franchise les déclarations :

- du franchisé, de son dirigeant, voire au besoin de ses actionnaires,
- d'indiquer que ces déclarations ont une « importance déterminante » pour le consentement du franchiseur,
- en rappelant que ces informations présentent « *un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties* ».

Appréciation *in concreto* de l'information précontractuelle due au franchisé

CA Paris, 23 novembre 2017, n^{os} 16/12350, 16/03188, 16/03312, 16/12347, 16/05681 et 16/03315

Ce qu'il faut retenir :

Le franchiseur doit mettre le franchisé en mesure de s'engager « en connaissance de cause », ce qui implique notamment de tenir compte du degré d'expérience et de connaissance dont dispose déjà le franchisé et du caractère novateur ou non de la franchise mise en place, afin de pouvoir apprécier les informations qu'il doit lui donner afin de remplir son obligation précontractuelle d'information.

Pour approfondir :

Six arrêts (CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 19 février 2014, n^{os}10/24823, 10/24829, 11/20167, 11/19855, 10/19868 et 10/24828), ayant écarté la demande de dommages et intérêts formée contre un franchiseur au titre de manquements précontractuels au motif que l'expérience du franchisé lui permettait d'avoir une bonne connaissance du marché local, ont été cassés, au visa des articles L. 330-3 et R.330-1 du code de commerce, au motif qu'en se déterminant ainsi, sans préciser en quoi l'expérience du franchisé était suffisante pour lui permettre d'apprécier l'état du marché local d'un concept novateur alliant crédit et assurance, la cour d'appel a privé sa décision de base légale (Cass. com., 5 janvier 2016, n^{os}14-15.700, 14-15.703, 14-15.704, 14-15.706, 14-15.707 et 14-15.708). Rendus sur renvoi après cassation, les six arrêts commentés (CA Paris, Pôle 5, ch. 5, 23 novembre 2017, 16/12350, 16/03188, 16/03312, 16/12347, 16/05681 et 16/03315) retiennent que le franchisé s'est engagé en toute connaissance de cause et qu'en l'absence de preuve de tout manquement aux obligations précontractuelles du franchiseur, le franchisé doit être débouté de sa demande de dommages et intérêts.

Par les arrêts commentés, la Cour de renvoi souligne que les articles L.330-3 et R.330-1 précités obligent le franchiseur à mettre le franchisé en mesure de s'engager « en connaissance de cause », ce qui implique de tenir compte du degré d'expérience et de connaissance dont dispose déjà le franchisé, et du caractère novateur ou non de la franchise mise en place, « afin de pouvoir apprécier les informations qu'il doit lui donner pour remplir son obligation précontractuelle d'information ». Cette formule signifie – ce que l'on savait déjà – que le franchiseur peut parfaitement ne pas fournir telle ou telle information

visés aux articles L. 330-3 et R.330-1 du code de commerce, sans pour autant engager sa responsabilité ou encourir l'annulation du contrat (v. la question sous l'angle de la réforme du droit des contrats, F.-L. SIMON, *De la bonne foi et de la loyauté au stade précontractuel dans les relations franchiseur-franchisé*, LDR nov.-déc. 2017, spéc. II.B.). Parachevant son appréciation *in concreto*, pour ne pas encourir le grief retenu par la Cour de cassation, la Cour de renvoi précise par ailleurs en quoi l'expérience du franchisé était effectivement suffisante en l'espèce pour lui permettre d'apprécier l'état du marché local, en se fondant – selon les cas – sur le *curriculum vitae* du candidat franchisé ou la fiche de renseignement préalable à sa candidature.

Ce faisant, le franchiseur aura intérêt à conservé par devers lui les éléments qui, récoltés durant la phase précontractuelle, démontrent que le franchisé disposait effectivement de telle ou telle expérience et/ou connaissance.

Faute d'avoir conservé de tels éléments probants, le franchiseur pourra encore soutenir *a posteriori* – si les faits de la cause le justifient – que le franchisé *aurait du connaître* telle ou telle information omise, conformément à une jurisprudence parfaitement établie.

A rapprocher : F.-L. SIMON, *De la bonne foi et de la loyauté au stade précontractuel dans les relations franchiseur-franchisé*, LDR nov.-déc. 2017, spéc. II.B.

Requalification du contrat de gérance-mandat en contrat de location-gérance

Cass. civ. 3^{ème}, 7 décembre 2017, n^o16-25.083

Ce qu'il faut retenir :

Doit être requalifié en contrat de location-gérance le contrat de gérance-mandat prévoyant qu'en cas de déficit, le gérant engage sa responsabilité illimitée quelle que soit la gravité de sa faute.

Pour approfondir :

Les illustrations jurisprudentielles requalifiant un contrat de gérance-mandat en contrat de location-gérance sont particulièrement rares ; l'arrêt commenté (Cass. civ. 3^{ème}, 7 déc. 2017, n^o16-25.083) permet de revenir opportunément sur cette question.

En l'espèce, une SCI donne à bail à la société P des locaux commerciaux à usage d'hôtel ; le 21 mai 2010, la société P conclut avec la société LP un contrat de gérance-mandat ; le 15 juillet 2010, la bailleuse SCI assigne la société locataire en résiliation du bail commercial pour conclusion d'une location-gérance, au motif que la convention consentie à la société LP est une location-gérance conclue sans son accord préalable en violation du bail ; la société LP est alors appelée à l'instance.

Pour qualifier le contrat conclu entre les sociétés P et LP de contrat de location gérance, la Cour d'appel (CA Aix-en-Provence, 30 juin 2016, RG n° 15/11085) retient successivement que :

- le contrat conclu entre la société P et la société LP est expressément qualifié de gérance mandat, ce qui ne fait pas obstacle à sa requalification, si l'économie du contrat ne correspond pas aux prévisions de l'article L 144-6 du code de commerce régissant la matière. Le contrat de location gérance est par application de l'article L 144-1 du code de commerce un contrat par lequel le propriétaire ou l'exploitant d'un fonds de commerce en concède la location à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls. Le contrat de gérance mandat est prévu à l'article L 146-1 du code de commerce qui stipule : les personnes physiques ou morales qui gèrent un fonds de commerce ou un fond artisanal moyennant le versement d'une commission proportionnelle au chiffre d'affaire sont qualifiées de gérant mandataire lorsque le contrat conclu avec le mandant pour le compte duquel, le cas échéant dans le cadre d'un réseau, elle gèrent ce fonds, qui en reste propriétaire et supporte les risques liés à son exploitation, leur fixe une mission en leur laissant toute latitude dans le cadre ainsi tracé de déterminer leurs conditions de travail d'embaucher du personnel et de se substituer des remplaçants dans leur activité à leur frais et sous leur entière responsabilité. En l'espèce, le contrat conclu entre les parties comporte les clauses suivantes : article 3-8 en cas de déficit de gestion le gérant mandataire engage sa responsabilité pécuniaire de manière illimitée quelle que soit la gravité de sa faute. "Art 7 rémunération : "Le mandataire gérant aura droit : A des indemnités mensuelles fixes de 700 euros HT par mois, qu'il est autorisé à prélever à la fin de chaque

mois sur les recettes de l'exploitation et qui seront passées par frais généraux, A une participation de 99% des bénéfices annuels nets de l'exploitation, déterminés après défalcation de toutes dépenses, frais généraux et charges sociales, patronales et salariales, et après déduction de la somme de 7000 euros TTC par mois à la Sarl P. En effet, si les bénéfices de l'exploitation le permettent, la société LP devra verser la somme de 7.000 euros par mois à la Sarl P complètement nette de tout impôt et charges. Toutefois, en aucun cas la Sarl P ne pourra percevoir une somme supérieure à 7000 euros TTC par mois, sauf 1% du bénéfice net en fin d'année. Cette participation de 1% lui sera versée dans la quinzaine de la clôture de l'inventaire annuel mais la somme de 7000 euros TTC lui sera versée mensuellement." Il en ressort que la clause 3-8 met à la charge du gérant les risques financiers de l'exploitation en prévoyant sa responsabilité illimitée en cas de déficit de gestion. La clause 7 prévoit au bénéfice du propriétaire une rétrocession d'un montant mensuel de 7.000 euros qui constitue un revenu fixe hors de proportion avec la rémunération de 700 euros mensuelle versée au gérant, et démontre que le propriétaire du fonds de commerce ne supporte pas les risques de l'exploitation. Au surplus, si le gérant a en sus droit à la quasi-totalité (99%) des bénéfices nets cette attribution se fait après déduction des redevances versées au mandant ce qui conforte le fait que la rémunération du mandant est moins soumise à aléa que celle du gérant et que l'exploitation se fait en définitive aux risques et périls du gérant.

- c'est donc à juste titre que le premier juge a requalifié le contrat de gérance mandat en contrat de location gérance. [...] Le premier juge a donc exactement procédé à la requalification du contrat et a considéré à juste titre que la conclusion d'un contrat de location gérance, qui est dans le bail expressément interdite sous peine de résiliation, constituait un manquement grave, instantané et irréversible aux obligations du bail justifiant sa résiliation. »
- selon ce contrat, d'une durée de trois mois renouvelable par tacite reconduction, le gérant mandataire s'engage à assurer la

gérance du fonds afin d'en obtenir le meilleur rendement commercial ; qu'il ne peut modifier l'enseigne ni le nom commercial ; qu'il prend en charge les contrats de travail, les achats des marchandises et leur paiement sur les ressources de l'exploitation, le paiement des loyers ; que sa responsabilité pécuniaire est engagée de manière illimitée ; qu'outre une indemnité mensuelle fixe de 700€ HT et après déduction de la somme de 7.000€ mensuelle à la Sarl P, il perçoit 99% des bénéfices annuels nets de l'exploitation ; qu'il s'agit donc d'un contrat de location-gérance tel que régi par les articles L.144-1 à 144-3 du code de commerce, permettant à la Sarl P de conserver la propriété commerciale de son fonds de commerce et d'en tirer des revenus, peu important les modalités de calcul, le locataire-gérant se chargeant de la gestion quotidienne et assumant toutes les responsabilités ; [...] que la location-gérance ci-dessus caractérisée est un manquement instantané et irréversible et, au vu de l'interdiction dans le bail de sous-louer ou de donner en gérance libre, elle constitue un motif grave justifiant la résiliation du bail aux torts de la Sarl P au jour du présent jugement.

Au regard de cette motivation, l'arrêt objet du pourvoi :

- requalifie le contrat de gérance mandat en contrat de location-gérance,
- prononce la résiliation du bail signé le 17 janvier 1964 et liant la SCI et la société P, aux torts de cette dernière, cette résiliation prenant effet le 12 juin 2010,
- ordonne l'expulsion de la société P et de tout occupant de son chef des lieux loués et condamne la société P à payer à la SCI une indemnité d'occupation égale au loyer actuel majoré de 10%, outre les charges telles que prévues dans le bail.

Le pourvoi formé contre cet arrêt souligne néanmoins :

- qu'il est expressément prévu à l'article 7 du contrat que la somme de 7.000 euros n'était versée chaque mois au propriétaire du fonds de commerce qu'à la condition que « les bénéfices de l'exploitation le permettent »,
- qu'il en résulte que le propriétaire du fonds pouvait donc être privé de tout ou partie de sa rétrocession en fonction des résultats de l'exploitation,

- qu'en retenant cependant qu'il bénéficiait d'un revenu fixe de 7.000 euros par mois et ne supportait pas les risques de l'exploitation, la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis du contrat de gérance et violé le principe susvisé.

Statuant sur le pourvoi formé par la société P et Mme X... (ès-qualité de commissaire à l'exécution du plan de cette société), l'arrêt commenté retient : « *Mais attendu qu'ayant relevé que la convention disposait qu'en cas de déficit de gestion, le gérant engageait sa responsabilité illimitée quelle que soit la gravité de sa faute, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision* ».

Cette décision ne surprend pas.

Le critère de distinction entre ces deux catégories de contrat tient à la personne sur qui pèsent les risques de l'exploitation ; le locataire-gérant supporte les risques de l'exploitation, tandis qu'en présence d'un véritable contrat de gérance-mandat, le gérant-mandataire ne supporte pas les risques liés à l'exploitation, qui pèsent sur le seul mandant, propriétaire du fonds. Un tel critère découle de la lecture des articles L. 144-1 et 146-1 du code de commerce. En effet, l'article L.144-1 du code de commerce relatif à la location-gérance – texte d'ordre public – énonce qu'un tel contrat est celui « (...) par lequel le propriétaire d'un fonds de commerce ou d'un établissement artisanal en concède partiellement ou totalement la location à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls (...) » (nous soulignons). En revanche, l'article L.146-1 alinéa 1^{er} du code de commerce relatif au contrat de gérance-mandat dispose : « *Les personnes physiques ou morales qui gèrent un fonds de commerce ou un fonds artisanal, moyennant le versement d'une commission proportionnelle au chiffre d'affaires, sont qualifiées de "gérants-mandataires" lorsque le contrat conclu avec le mandant, pour le compte duquel, le cas échéant dans le cadre d'un réseau, elles gèrent ce fonds, qui en reste propriétaire et supporte les risques liés à son exploitation, leur fixe une mission, en leur laissant toute latitude, dans le cadre ainsi tracé, de déterminer leurs conditions de travail, d'embaucher du personnel et de se substituer des remplaçants dans leur activité à leurs frais et sous leur entière responsabilité* » (nous soulignons).

A rapprocher : CA Aix-en-Provence, 30 juin 2016, RG n° 15/11085

Contrat d'agent commercial et aménagement contractuel du montant de l'indemnité de rupture
CA Paris, 2 novembre 2017, n°16/13857

Ce qu'il faut retenir :

Les clauses prévoyant le montant de l'indemnité de rupture perçue par l'agent commercial en cas de rupture du contrat d'agent commercial sont licites dès lors que celles-ci assurent la réparation intégrale du préjudice subi par l'agent commercial. Le quantum de l'indemnité de rupture n'est pas réglementé.

S'il existe un usage reconnu consistant à accorder une indemnité correspondant à deux années de commissions, cet usage ne lie toutefois pas les Juges. Il convient de statuer selon les circonstances spécifiques de la cause, de façon à assurer la réparation de l'entier préjudice subi par l'agent commercial du fait de la perte de son mandat.

Pour approfondir :

Monsieur D., agent commercial, a conclu avec la société X. un contrat non daté prenant effet en février 2003 pour une durée indéterminée. Aux termes de ce contrat, Monsieur D. s'est vu confier par la société X. le mandat non exclusif de commercialiser les produits de la société X. dans le secteur de la région parisienne.

Le 25 juillet 2008, avec l'accord préalable de la société X., le secteur d'intervention de Monsieur D. s'est élargi à la Bretagne à la suite du rachat à cette date de la clientèle d'un de ses confrères.

A partir de février 2009, la société X. a reproché à plusieurs reprises à Monsieur D. ses mauvaises performances en Bretagne en raison de son inorganisation, ce que ce dernier a contesté.

Par courrier du 28 septembre 2010, Monsieur D. a proposé à sa cocontractante de lui céder le secteur « Nord-Ouest » compte tenu de ses propres difficultés sur ce secteur. La société X. n'a pas répondu à ce courrier.

Par lettre recommandée avec avis de réception du 16 avril 2014, la société X. a notifié à Monsieur D. la résiliation de son contrat d'agent commercial, en raison de la dégradation constante de ses performances malgré ses avertissements, et ce avec un préavis de trois mois et l'octroi d'une indemnité de rupture égale à six mois de commissions, conformément aux stipulations du contrat d'agent commercial.

Par acte du 21 août 2014, Monsieur D. a assigné en paiement la société X. devant le Tribunal de commerce de Paris, considérant que l'indemnité de rupture octroyée était trop faible.

Par jugement du 10 février 2016, le Tribunal de commerce de Paris a :

- dit que la société X. était fondée à résilier le contrat avec un préavis de 3 mois,
- dit que l'indemnité compensatrice de préavis devait être fixée à 6 mois de commissions calculées sur les 6 derniers mois d'activité d'agent, soit 19.310 euros,
- condamné la société X. à payer à Monsieur D. la somme de 19.310 euros au titre de l'indemnité de rupture.

Le Tribunal de commerce de Paris a ainsi fait application des stipulations contractuelles susvisées.

Monsieur D. a interjeté appel de ce jugement. La Cour a infirmé le jugement en ce qu'il a fixé à la somme de 19.310 euros l'indemnité de rupture due par la société X à Monsieur D.

La Cour rappelle que l'article L.134-16 du Code de Commerce prévoit qu'est réputée non écrite toute clause ou convention dérogeant, au détriment de l'agent commercial, aux dispositions d'ordre public de l'article L. 134-12 du code de commerce indiquant 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.

L'agent commercial perd le droit à réparation s'il n'a pas notifié au mandant, dans un délai d'un an à compter de la cessation du contrat, qu'il entend faire valoir ses droits. Les ayants droit de l'agent commercial bénéficient également du droit à réparation lorsque la cessation du contrat est due au décès de l'agent. ».

Elle rappelle également le principe selon lequel les parties à un contrat d'agent commercial peuvent licitement convenir dans le contrat d'une indemnité de rupture, tant que cette indemnité de rupture assure la réparation intégrale du préjudice subi par l'agent commercial.

Elle rappelle enfin que l'article L. 134-13 précise toutefois que la réparation prévue à l'article L.134-12 n'est pas due notamment en cas de cessation du contrat provoquée par la faute grave de l'agent commercial, qu'il est admis que la faute grave, privative

d'indemnité de rupture, se définit comme celle qui porte atteinte à la finalité commune du mandat et rend impossible le maintien du lien contractuel, et que la faute grave se distingue du simple manquement aux obligations contractuelles justifiant la rupture du contrat

En l'espèce, la société X. ne se prévaut d'aucune faute grave privative du droit à indemnité de rupture, mais entend limiter le montant de cette indemnité à la somme de 19.310 euros en faisant ainsi une stricte application des dispositions du contrat d'agent commercial signé entre les parties.

La question qui se pose est donc celle du montant de l'indemnité de rupture qui doit assurer la réparation de l'entier préjudice subi par l'agent commercial du fait de la résiliation.

La Cour d'appel de Paris rappelle que s'il existe un usage reconnu dans ce domaine consistant à octroyer une indemnité correspondant à deux ans de commissions, cet usage ne lie toutefois pas la Cour, qui peut décider d'accorder des indemnités de rupture supérieures ou inférieures à ce délai de deux ans en fonction des circonstances spécifiques de la cause, et notamment de la durée de la relation.

La Cour d'appel relève en l'espèce que compte tenu de la durée de la relation contractuelle de douze ans et de l'absence de faute avérée de Monsieur D., le montant de l'indemnité prévue au contrat, qui est de 6 mois, est insuffisant.

En effet, les griefs formulés par la société X. entre 2009 et 2014 ne justifient pas selon la Cour de réduire le montant de l'indemnité de rupture en dessous de deux ans, compte tenu de leur étalement dans le temps et de leur caractère collectif (certains griefs concernant plusieurs agents) qui réduisent leur portée. A cet égard, il est intéressant de souligner que même en l'absence de faute grave commise par l'agent commercial, la Cour a examiné les différents griefs invoqués par la société X. à l'encontre de son agent commercial. Cette analyse était lourde de conséquences, puisque si les griefs s'étaient avérés fondés, ils auraient pu justifier une diminution du montant de l'indemnité de rupture.

C'est la voie qu'avait déjà suivie la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 30 mars 2017, en énonçant que bien qu'« *il existe un usage reconnu qui consiste à accorder une indemnité correspondant à deux années de commissions* » il convenait en l'occurrence « *de s'écarter de cet usage* » au regard des circonstances

spécifiques de la cause. Dans cette affaire, la Cour d'appel de Paris avait réduit à douze mois de commissions l'indemnité de rupture accordée à l'agent commercial en raison de la durée de la relation (7 ans) et des manquements constatés sur la dernière année (CA Paris 30 mars 2017 n° 15/15977). En l'espèce, la Cour d'appel considère ainsi que la demande d'indemnité de Monsieur D., équivalente à 2 ans de commissions, s'avère fondée et fixe par conséquent le montant de l'indemnité de rupture à la somme de 162.085 euros. La clause prévoyant le montant de l'indemnité de rupture, bien que licite en soi, ne trouvera donc à s'appliquer qu'à la condition que « *celle-ci assure la réparation intégrale du préjudice subi par l'agent commercial* ».

Cette clause ne pourra donc en aucun cas limiter drastiquement le montant de l'indemnité de rupture pouvant être perçue par l'agent commercial.

Il conviendra par conséquent de lier le montant de l'indemnité de rupture à la durée de la relation contractuelle par exemple, ou encore de prévoir les possibles minorations de ce montant en cas de faute non-grave de l'agent commercial. En l'espèce, même en absence de faute grave commise par l'agent commercial, la Cour d'appel de Paris a en effet examiné les différents griefs soulevés dans le courrier de rupture ; il conviendra par conséquent, de pouvoir justifier de ces griefs afin de bénéficier d'une éventuelle minoration du montant de l'indemnité de rupture.

A rapprocher : CA Paris 30 mars 2017 n°15/15977

Interprétation finaliste du contrat de distribution

TC Paris, 14 novembre 2017, n°16/045132

Ce qu'il faut retenir :

Le juge privilégie une interprétation finaliste du contrat de distribution.

Pour approfondir :

En l'espèce, une tête de réseau avait résilié les contrats d'enseigne la liant à certains de ses distributeurs aux motifs – notamment – que :

- d'une part, la société mère de ces distributeurs avait fait l'objet d'un changement de contrôle, au profit d'une

société concurrente de la tête de réseau, sans même qu'elle en soit préalablement avertie ;

- d'autre part, des informations confidentielles étaient parvenues à la connaissance de ce concurrent, postérieurement au changement de contrôle, l'un des dirigeants de la société concurrente de la tête de réseau étant devenu représentant légal des distributeurs.

Pour ce qui concerne le grief tiré du changement de contrôle affectant leur société mère, les distributeurs contestaient avoir violé le contrat d'enseigne aux motifs :

- d'une part, qu'ils étaient totalement étrangers à la décision de changement d'actionariat de leur société mère ;
- d'autre part, que le contrat d'enseigne stipulait une obligation d'information de la tête de réseau en cas de cession des parts des sociétés partenaires, et non des actions de la société mère de celles-ci.

Pour ce qui concerne le grief touchant à la divulgation d'informations confidentielles, les distributeurs faisaient valoir :

- d'une part, que l'argumentaire soulevé par la tête de réseau était incohérent dès lors que leur société mère avait fait l'objet d'un précédent changement de contrôle au profit d'un concurrent, sans que la tête de réseau n'exprime alors le moindre grief,
- d'autre part, qu'aucune information confidentielle n'avait été divulguée,
- enfin, que la tête de réseau n'invoquait pas même le moindre acte de concurrence déloyale.

La société tête de réseau soulignait par ailleurs que les relations qui liaient les parties étaient empreintes d'un fort *intuitu personae* et qu'en l'espèce tant l'actionariat que la direction des distributeurs avaient été modifiés.

A ce titre, la société tête de réseau relevait que l'article 7 du contrat d'enseigne énonçait que « l'Affilié s'engage à ne pas consentir, que ce soit directement ou indirectement, par personne physique ou morale interposée, quelque droit que ce soit à des tiers sur le concept et l'enseigne (...) ». Puis que l'article 8 de ce même contrat précisait que « (...) le présent contrat étant conclu *intuitu personae*, l'Affilié s'engage, en cas

de projet de cession de parts, d'actions de société, d'actifs, de droit au bail, de fonds de commerce en tout ou partie, ou en cas de modification de sa structure juridique ou de la structure de son capital, y compris en cas d'apport fusion (...) etc. (...) à en informer immédiatement le Concédant par courrier RAR, (...) cette information ouvrira au profit du Concédant un délai d'option de trois mois (...) ».

Pour dire et juger la résiliation du contrat d'enseigne justifiée et condamner les distributeurs au paiement de diverses sommes, le jugement commenté retient – à juste titre selon nous – une interprétation finaliste des stipulations susvisées du contrat d'enseigne.

En effet, le jugement commenté retient successivement que :

- la société mère des distributeurs est un concurrent direct de la tête de réseau,
- l'article 7 du contrat d'enseigne interdit de manière générale tout transfert, toute information sur le concept et l'enseigne qui pourrait être divulguée à des tiers directement ou indirectement,
- l'article 8 du contrat d'enseigne précise que la convention est conclue *intuitu personae*,
- l'un des dirigeants de la société concurrente de la tête de réseau étaient devenu représentant légal des distributeurs,
- il résulte de cette situation un changement de direction des demandeurs significatif, l'accès par ce biais d'une structure concurrente à des informations concernant les modes de fonctionnement de la tête de réseau,
- la confidentialité des informations divulguées est expressément visée par les contrats qui les liaient, la rédaction de l'article 7 du contrat d'enseigne visant les informations « qui pouvaient être divulguées à des tiers (...) indirectement »,
- « ainsi que la Cour de cassation a pu l'interpréter, il convient de s'attacher non à l'expression textuelle de l'obligation mais à sa finalité réelle et qu'en l'espèce les dispositions des clauses 7 et 8 des conventions visaient à protéger l'*intuitu personae* qui présidait aux rapports [entre les parties], en prévoyant une

information de tout changement significatif au niveau de la structure agréée, et à protéger [la tête de réseau] de tout accès non approuvé à ses méthodes et savoirs faire tant de façon directe qu'indirecte »,

- outre que conformément à l'article 1134 du code civil, les conventions s'exécutent de bonne foi,
- et qu'en agissant comme ils l'ont fait, les distributeurs ont commis une faute grave au regard de leurs obligations contractuelles justifiant la résiliation des contrats d'enseigne à leurs torts.

La solution retenue, qui doit être approuvée, suscite les observations suivantes.

Force est de constater tout d'abord que l'esprit même du contrat tendait, ainsi que le relève le Tribunal de commerce de Paris, à protéger la tête de réseau de toute prise de contrôle (directe ou indirecte) d'un affilié du réseau ; il n'est évidemment pas d'autoriser par avance, par ce biais, la prise de contrôle, directe ou indirecte, des affiliés par un concurrent direct du concédant et du réseau.

Dès lors, il paraît justifié de faire prévaloir l'interprétation finaliste du contrat, la plus respectueuse de l'intention commune des parties.

La jurisprudence a par ailleurs déjà retenu cette solution, en affirmant « *que passer sous contrôle d'un concurrent du réseau était contraire, quelle que soit la voie adoptée, à la volonté commune exprimée par les parties lors de la signature des contrats ; qu'une convention doit s'exprimer loyalement* » (CA Paris, 3 juillet 1998, n° 95/14563, Juris-Data n°1998-022261 : à propos d'une clause de préemption que le tiers pensait (à tort) avoir déjoué par le truchement de deux opérations successives : l'augmentation de capital des sociétés franchisées par un concurrent du franchiseur, suivie d'un remplacement de leurs dirigeants, ayant eu pour conséquence directe la rupture des contrats de franchise car elle donnait à un concurrent accès au savoir-faire du franchiseur et constituait, sous l'artifice d'augmentations de capital frauduleuses par leur motivation, une violation du droit de préemption du franchiseur) :

« Qu'il importe peu en effet que la double prise de contrôle ait été opérée par voie d'augmentations de capital régulières ou non ; que cette voie astucieuse n'avait pas été expressément envisagée par les signataires des conventions ; qu'il n'en est pas

proposé de justification autre que l'existence d'une faculté de préemption du franchiseur ; qu'elle aboutissait en revanche au résultat qui était celui contre lequel M. Z... [Dirigeant des sociétés franchisées] et les sociétés X... et Y... [Sociétés franchisées] avaient accepté que la société A... [franchiseur] se protège par les clauses litigieuses de préemption ; Qu'elle eût été nécessairement exclue si les parties avaient connaissance du subterfuge qu'elle offrait ; que la société A... [franchiseur] ne pouvait conclure en effet des contrats de franchise en acceptant que ses franchisés passent sous le contrôle d'un groupe concurrent et lui apportent ses secrets commerciaux ; que les sociétés franchisées ne pouvaient envisager et encore moins exiger que leur franchiseur accepte de limiter son droit de préemption » (Nous soulignons).

La lecture de l'arrêt précité du 3 juillet 1998 montre que :

- le contrat de distribution comportait bien, comme en l'espèce, un droit de préemption ;
- ce droit de préemption était, comme en l'espèce, limité à certaines hypothèses ;
- et, comme en l'espèce, les actes judiciairement contestés n'entraient pas dans le champ d'application de la clause de préemption interprétée littéralement ;
- précisément, dans l'arrêt du 3 juillet 1998, la Cour d'appel de Paris a considéré que cette clause de préemption devait être interprétée comme s'appliquant au-delà des simples hypothèses qu'elle envisageait expressément : « *Qu'il importe peu en effet que la double prise de contrôle ait été opérée par voie d'augmentations de capital régulières ou non ; que cette voie astucieuse n'avait pas été expressément envisagée par les signataires de la convention ; qu'il n'en est pas proposé de justification autre que l'existence d'une faculté de préemption du franchiseur ; qu'elle aboutissait en revanche au résultat qui était celui contre lequel Robert Lavergne et les sociétés Bangor et Fremarc avaient accepté que la société ITM Entreprises se protège par les clauses litigieuses de préemption ; Qu'elle eût été nécessairement exclue si les parties avaient eu conscience du subterfuge qu'elle offrait ; que la société ITM Entreprises ne pouvait conclure en effet des contrats de franchise en acceptant que ses franchisés passent sous le*

■ Paris - Nantes - Montpellier - Grenoble - Lyon - Fort-de-France - Pointe-à-Pitre ■

■ Bordeaux - Chambéry - Clermont-Ferrand - Grenoble - Le Havre - Poitiers - Rouen - Saint-Denis (La Réunion) - Saint-Etienne - Strasbourg - Toulouse ■
■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Côte d'Ivoire - Égypte - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Hongrie - Île Maurice - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Oman - Paraguay - Pérou - RD Congo - Sénégal - Thaïlande - Tunisie ■

contrôle d'un groupe concurrent et lui apportent ses secrets commerciaux » (CA Paris, 3 juillet 1998, n° 95/14563, Juris-Data n°1998-022261, page 8).

Une telle interprétation finaliste relève de l'appréciation souveraine de la juridiction du fond, ainsi que la Cour de cassation l'a d'ailleurs ultérieurement jugé en rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt commenté du 3 juillet 1998 (Cass. com., 19 décembre 2000, n°98-20.515).

A rapprocher : CA Paris, 3 juillet 1998, n° 95/14563, Juris-Data n°1998-022261 et, sur pourvoi, Cass. com., 19 décembre 2000, n°98-20.515 (rejet)

La disparition de l'obligation de reclassement au sein des réseaux de distribution

CA Limoges, 21 novembre 2017, n°16/01308 et Ord. n°2017-1387 du 22 septembre 2017

Ce qu'il faut retenir :

L'activité dans le cadre d'un contrat de distribution (ici de franchise) ne suffit pas à démontrer l'absence de possibilité de permutation du personnel, l'indépendance des entreprises et l'absence des liens capitalistiques entre elles n'étant pas de nature à faire obstacle à la reconnaissance d'un groupe de reclassement.

Toutefois, l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017, entrée en vigueur le 24 septembre 2017, devrait modifier cette jurisprudence bien établie.

Pour approfondir :

L'arrêt commenté retient une solution « posthume », que l'ordonnance du 22 septembre 2017 devrait désormais supprimer.

I. La jurisprudence avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 22 septembre 2017

Une nouvelle fois, les juges du fond viennent de rappeler l'obligation de moyen pesant sur l'employeur appartenant à un réseau de distribution (ici un franchisé), de reclasser un employé déclaré inapte à

l'exercice de ses fonctions, au sein de ce même réseau. Cet arrêt, rendu par la Cour d'appel de Limoges, s'inscrit dans le cadre d'une jurisprudence bien établie ; elle y rappelle, en effet, clairement que :

« S'agissant du périmètre de reclassement, l'activité dans le cadre d'un contrat de franchise ne suffit pas à démontrer l'absence de possibilité de permutation du personnel, l'indépendance des entreprises et l'absence des liens capitalistiques entre elles n'étant pas de nature à faire obstacle à la reconnaissance d'un groupe de reclassement ».

Dès lors que l'organisation du réseau rend possible la permutation du personnel, l'obligation de reclassement a donc vocation à s'appliquer entre des entreprises relevant du même réseau de franchise. En conséquence, le licenciement pour inaptitude non justifié au regard d'une impossibilité de reclasser l'employé s'assimile à un licenciement abusif ou sans cause réelle et sérieuse ; cette solution est connue (Cass. soc., 10 déc. 2014, n°13-18.679 ; CA Aix-en-Provence, 6 juin 2014, n°12/04674 et **notre commentaire** ; CA Lyon, 5 juillet 2012, n°10/09141 ; CA Riom, 13 déc. 2011, n°10/02369 et **notre commentaire** ; Cass. soc., 25 mai 2011, n°10-14.897 ; Cass. soc., 7 juillet 2009, n°08-40.689 et **notre commentaire** ; Cass. soc., 20 févr. 2008, n°06-45.335).

Au contraire, lorsque le réseau de franchise est organisé de telle façon que chacun des franchisés demeure totalement indépendant vis-à-vis des autres franchisés et du franchiseur – de telle sorte que toute permutation est, *de facto*, impossible – l'obligation de chercher à reclasser son salarié au sein du réseau ne saurait alors peser sur l'employeur (v. par ex., Cass. soc., 16 nov. 2016, n°14-30.063 ; Cass. soc., 15 janv. 2014, n°12-22.944 ; CA Rouen, 3 déc. 2013, n°13/01279 ; CA Toulouse, 24 mai 2012, n°11/006681).

La Cour d'appel de Limoges fait ici l'exacte application du critère jurisprudentiel énoncé et rappelé dans ces décisions : la permutableté de personnel est le seul critère permettant de déterminer si l'obligation de reclassement de l'employeur s'étend, ou non, à l'ensemble du réseau de franchise.

L'indépendance juridique des sociétés franchisées et l'absence de liens capitalistiques entre elles ne sauraient faire obstacle à la reconnaissance d'un groupe de reclassement des salariés pour l'exécution de l'obligation de reclassement pesant sur l'employeur (voir déjà CA Versailles, 1^{er} mars 2017, n°15/02579 et **notre commentaire**).

En l'espèce, un équipier de la société M avait vu son contrat de travail transféré dans le cadre d'une cession de franchise, à une société B.

Suite à plusieurs arrêts maladie, que le salarié attribuait à son employeur, celui-ci saisissait le conseil des prud'hommes afin, notamment, de demander la résiliation judiciaire de son contrat de travail aux torts exclusifs de son employeur, et d'obtenir des dommages-intérêts pour licenciement abusif. Il était déclaré inapte à son poste de travail par la médecine du travail en mai 2016, puis licencié pour inaptitude en août.

Le conseil des prud'hommes faisait partiellement droit à ses demandes ; la société B interjetait appel de cette décision devant la Cour d'appel de Limoges.

Si la Cour d'appel de Limoges s'étend longuement dans ses motifs, sur les circonstances de la rupture du contrat de travail, nous nous contenterons ici d'étudier son analyse relative à l'obligation de reclassement pesant sur l'employeur, franchisé du réseau M, sur le fondement de l'article **L.1226-2 du code du travail**.

La Cour apprécie ici, *in concreto*, s'il existe ou non au sein du réseau de franchise une possibilité de permutation du personnel (pour la nécessité d'une appréciation *in concreto*, voir aussi : Cass. soc., 15 janv. 2014, n°12-22.944 ; CA Toulouse, 24 mai 2012, n°11/00681, précitées).

Se fondant sur les éléments suivants, elle répond à cette question par l'affirmative :

- ce réseau comprend des établissements ayant des activités, des objectifs et une structure d'emplois identiques, soumis au respect de normes minimales de qualité et d'hygiène, de normes d'organisation administrative et de gestion ;
- l'adhésion au réseau suppose l'intégration de la société dans un système de stages de formation et de recrutement – la Cour souligne notamment la centralisation des offres d'emplois des sociétés franchisées sur le site internet du franchiseur ;
- L'existence de formations modélisées spécifiques au franchiseur et d'un réseau de stages ou d'échanges de pratiques entre les franchisés.

Ainsi, selon la Cour, « *il s'en déduit que ces établissements présentent suffisamment de points communs imposés par la franchise dans le cadre d'un*

fonctionnement en réseau, notamment dans le champ des ressources humaines, pour permettre un reclassement des salariés dans le cadre de ce réseau ».

C'est sur l'employeur que repose la charge de démontrer qu'il s'est acquitté de son obligation de reclassement – obligation de moyens – et, le cas échéant, de rapporter la preuve de l'impossibilité de reclassement qu'il allègue.

Or, force est de constater en l'espèce selon la Cour, que la société B n'apporte aucune preuve de l'absence de permutabilité du personnel entre les établissements du réseau ; considérant au contraire que la permutation de personnel était possible en observant notamment que la société B s'est elle-même adressée à d'autres franchisés exploitant des restaurants dans sa région en vue du reclassement de son salarié

Deux conclusions doivent être tirées de cette analyse :

- non seulement la société franchisée ne démontre pas l'absence de permutabilité qui l'exonérerait de rechercher à reclasser son salarié dans le réseau de franchise,
- mais, en plus, les recherches de reclassement chez d'autres franchisés de sa région s'avèrent insuffisantes pour que l'obligation de moyen de l'employeur soit remplie. En effet, la Cour décide que « *en ne procédant pas à une interrogation plus large des autres sociétés membres de la franchise présentes sur le territoire national, la [société B] n'a pas satisfait à son obligation de recherche sérieuse, loyale et concrète de reclassement* ».

Le licenciement du salarié doit être considéré comme dénué de cause réelle et sérieuse.

Si cet arrêt s'inscrit dans la droite ligne de la jurisprudence antérieure, la solution retenue ne devrait pas survivre à l'entrée en vigueur, le 24 septembre dernier, de l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017.

II. Le champ d'application restreint par l'ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017

L'article 7 de cette ordonnance modifie en effet l'article L.1226-2 du code du travail, qui fonde l'obligation de reclassement de l'employeur en cas d'inaptitude du salarié.

En particulier, la notion de « groupe » y est redéfinie – et restreinte.

L'alinéa 2 de l'article L.1226-2 précité indique en effet, que « pour l'application du présent article, le groupe est défini conformément au I de l'article L.2331-1 ».

Or, selon l'article **L.2331-1 du code du travail**, le « groupe » est caractérisé dans deux cas :

I. Lorsqu'il est « formé par une entreprise appelée entreprise dominante, dont le siège social est situé sur le territoire français, et les entreprises qu'elle contrôle dans les conditions définies à l'article L. 233-1, aux I et II de l'article L. 233-3 et à l'article L. 233-16 du code de commerce ».

Les articles L.233-1 et L.233-3, I° et II° du code de commerce précisent les différentes hypothèses de contrôle, qu'il soit de droit ou simplement présumé. En effet, selon l'**article L.233-1 du code de commerce**, « lorsqu'une société possède plus de la moitié du capital d'une autre société, la seconde est considérée, pour l'application des sections 2 et 4 du présent chapitre, comme filiale de la première ». De même, selon l'**article L.233-3, I° du code de commerce**, « Toute personne, physique ou morale, est considérée, pour l'application des sections 2 et 4 du présent chapitre, comme en contrôlant une autre 1° Lorsqu'elle détient directement ou indirectement une fraction du capital lui conférant la majorité des droits de vote dans les assemblées générales de cette société ; 2° Lorsqu'elle dispose seule de la majorité des droits de vote dans cette société en vertu d'un accord conclu avec d'autres associés ou actionnaires et qui n'est pas contraire à l'intérêt de la société ; 3° Lorsqu'elle détermine en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société ; 4° Lorsqu'elle est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société ». Puis, selon l'**article L.233-3, II° du code de commerce**, « elle est présumée exercer ce contrôle lorsqu'elle dispose directement ou indirectement, d'une fraction des droits de vote supérieure à 40 % et qu'aucun autre associé ou actionnaire ne détient directement ou

indirectement une fraction supérieure à la sienne ».

Quant à l'**article L.233-16 du code de commerce**, il évoque les notions de contrôle exclusif ou conjoint.

II. Lorsqu'il est formé par « une entreprise exerçant une influence dominante sur une autre entreprise dont elle détient au moins 10% du capital, lorsque la permanence et l'importance des relations de ces entreprises établissent l'appartenance de l'une et de l'autre à un même ensemble économique ».

L'« influence dominante » est présumée établie lorsqu'une entreprise, directement ou indirectement :

- peut nommer plus de la moitié des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance d'une autre entreprise ;
- ou dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises par une autre entreprise ;
- ou détient la majorité du capital souscrit d'une autre entreprise.

Ainsi, les I° et II° de l'article L. 2331-1 du code du travail subordonnent la notion de « groupe » à l'existence d'une prise de participation au capital.

Ce faisant, le « groupe » – au sens de l'article L. 1226-2 du code du travail – ne saurait désormais être constitué par un réseau de distribution dès lors qu'il n'existe aucun lien capitalistique entre la tête de réseau et le distributeur.

La solution s'impose quelle que soit la nature du réseau de distribution considéré.

Lorsque la participation du franchiseur dans le capital du franchisé dépasse le seuil de 10% prévu au II° de l'article L. 2331-1 du code du travail, encore faudra-t-il que les conditions posées par ce texte soient remplies. Dans l'écrasante majorité des cas, ces conditions ne seront pas remplies.

A rapprocher : CA Versailles, 1^{er} mars 2017, n°15/02579 et notre commentaire

CONCURRENCE & CONSOMMATION

Absence de rupture brutale de relations commerciales établies sur un marché en crise

Cass. com., 8 novembre 2017, n°16-15.285,
Publié au Bulletin

Ce qu'il faut retenir :

Ne sont pas constitutives d'une rupture brutale des relations commerciales établies susceptible d'engager la responsabilité de son auteur la baisse puis la cessation des commandes passées par un distributeur de textile auprès d'un intermédiaire lorsqu'elles résultent de « la crise du secteur d'activité ».

Pour approfondir :

Une société qui commercialise des chemises a confié, à partir de 2000, à un intermédiaire, la maîtrise d'œuvre de chemises fabriquées au Bangladesh moyennant le règlement de commissions calculées en fonction du volume des commandes.

A compter d'octobre 2008, il apparaît que le distributeur a diminué le volume de ses commandes auprès de l'intermédiaire, n'a passé aucune commande pendant 7 mois, puis a repris les commandes mais dans des volumes moins importants que précédemment.

En janvier 2010, l'intermédiaire a notifié au distributeur une augmentation du coût unitaire des chemises en expliquant que la baisse des commandes entraînait une augmentation de ses coûts de production. En réponse, le distributeur a indiqué à l'intermédiaire qu'il ne lui était plus possible de lui commander des chemises du fait de cette augmentation.

Par la suite, l'intermédiaire a assigné le distributeur aux fins notamment d'obtenir le paiement de dommages-intérêts pour rupture brutale d'une relation commerciale établie devant le Tribunal de commerce de Marseille.

Par jugement du 11 juillet 2014, le Tribunal de commerce de Marseille a débouté l'intermédiaire de toutes ses demandes, fins et conclusions.

Ensuite, par arrêt en date du 11 février 2016, la Cour d'appel de Paris (seule juridiction de second degré

compétente pour connaître de l'application de l'article L.442-6 du code de commerce), a confirmé en tous points le jugement de première instance.

Saisie de cette affaire, la Chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt ayant eu les honneurs de la publication au Bulletin, confirme l'arrêt rendu par la Cour d'appel et rejette le pourvoi formé par l'intermédiaire.

Si la Cour de cassation ne développe pas ce point, il mérite d'être souligné que la relation entre le distributeur et l'intermédiaire, ici, est belle et bien « établie ».

En effet, s'il faut nécessairement pour être établie que la relation soit directe entre les partenaires (voir Cass. com., 8 juin 2017, n°16-15.372 qui écarte l'application de L.442-6, I, 5° à la relation indirecte entre le sous-distributeur et le distributeur exclusif de la marque), le fait que la relation ne soit fondée que sur des contrats ponctuels est suffisant à la rendre « établie » et justifie l'application desdites dispositions (Cass. com., 15 sept. 2009, n°08-19.200).

La relation étant établie, et entrant donc dans le champ d'application de l'article L.442-6, I, 5° du code de commerce, la Haute Juridiction poursuit son raisonnement et intervient en deux temps : (1) tout d'abord, sur l'absence de responsabilité du fait de la baisse des commandes à compter de 2008 ; (2) ensuite, sur l'absence de responsabilité du fait de l'arrêt des commandes notifié par le distributeur le 6 janvier 2010.

Sur le premier point (la baisse des commandes à compter de 2008), la Cour conclut que « la Cour d'appel a pu retenir que la baisse des commandes [du distributeur], inhérente à un marché en crise, n'engageait pas sa responsabilité » en prenant en considération les éléments suivants, dans l'ordre :

- le distributeur « n'avait pris aucun engagement de volume envers son partenaire » (ce qui ne suffit d'ailleurs pas à faire obstacle au caractère établi de la relation dès lors qu'elle a duré un certain nombre d'années : CA Paris, 8 mars 2017, n°14/13430),
- le distributeur « a souffert d'une baisse de chiffre d'affaires d'un peu plus de 15 % du fait de la situation conjoncturelle affectant le marché du textile, baisse qu'il n'a pu que répercuter sur ses commandes dans la mesure où un donneur d'ordre ne peut être contraint de maintenir un niveau

d'activité auprès de son sous-traitant lorsque le marché lui-même diminue »,

- le distributeur « a proposé une aide financière à [l'intermédiaire] pour faire face à la baisse de ses commissions, démontrant sa volonté de poursuivre leur relation commerciale »,
- « nonobstant le fait que [le distributeur] ait momentanément cessé de passer des commandes au cours de l'année 2009, [l'intermédiaire] a reçu des commissions au cours des douze mois de l'année 2009 ».

La rupture partielle des relations commerciales établies, caractérisée par la baisse effective et significative du volume des commandes ou du chiffre d'affaires sans préavis écrit, peut entraîner l'application des dispositions de l'article L.442-6, I, 5° du code de commerce (Cass. com., 11 sept. 2012, n°11-14.620). Toutefois, en l'espèce, la baisse de 15% de l'activité n'est pas suffisante à la caractériser.

Sur le second point (la rupture totale des relations à compter de janvier 2010), la Cour retient que « la situation observée en 2010 était, elle aussi, une conséquence de la crise du secteur d'activité et de l'économie nouvelle de la relation commerciale qui en était résultée », et par conséquent, que la Cour d'appel a légalement justifié sa décision.

Cet arrêt est particulièrement remarquable en ce qu'il prend en considération la conjoncture économique d'un marché en crise pour dégager l'auteur de la rupture de sa responsabilité tant au titre de la rupture partielle, que de la rupture totale des relations commerciales.

Il poursuit ainsi l'inflexion remarquée de la jurisprudence rendue dans le contentieux de la rupture des relations commerciales établies, qui tend à exonérer l'auteur de la rupture de toute responsabilité dès lors que la rupture ne procédait pas d'un acte déloyal ni d'une stratégie volontaire, mais bien de l'évolution générale – et extérieure – d'un marché donné (voir aussi, Cass. com., 12 févr. 2013, n°12-11.709 ; CA Paris, 7 janvier 2016, n°14/08432 ; CA Paris, 14 janvier 2016, n°14/16799 ; CA Paris, 18 février 2016, n°15/14989 ; CA Paris, 13 octobre 2016, n°15/03037 ; voir aussi, Cass. com., 12 févr. 2013, n°12-11.709 pour la baisse des commandes liée à une baisse simultanée de l'activité du partenaire). C'est ainsi que la Cour d'appel de Dijon avait déjà rappelé, dans une affaire liée à la crise de 2008, que « la rupture brutale d'une relation commerciale établie ne peut s'entendre que

d'un fait volontaire et non de l'évolution de la conjoncture, celle-ci étant indépendante de la volonté des parties » (CA Dijon, 20 sept. 2011, n°10/01577).

En effet, il est aisément admissible qu'une baisse de commandes ne soit pas imputable à son auteur lorsque le marché entier diminue. C'est ce que la Cour de cassation rappelle dans l'arrêt ici commenté : « un donneur d'ordre ne peut être contraint de maintenir un niveau d'activité auprès de son sous-traitant lorsque le marché lui-même diminue ».

Dans ce cas, la baisse de commandes serait une conséquence « mathématique » de la baisse globale du marché.

Dans ce dernier cas, il convient de remonter la chaîne de causalité pour comprendre en quoi la rupture totale est une conséquence directe de la crise économique et n'est, dès lors, pas imputable à son auteur, puisque non-délibérée.

C'est à celui qui allègue avoir rompu la relation, partiellement ou totalement, de démontrer que la rupture est bien fondée sur l'évolution du marché (voir CA Paris, 27 avril 2017, n°15/02021, dans laquelle le lien entre les prix et les fluctuations des prix sur le marché n'est pas rapporté).

C'est à cette démonstration que se livre le présent arrêt en relevant que la décision du distributeur de cesser les commandes est justifiée par « l'économie nouvelle de la relation commerciale », et que cette dernière résulte d'un fait extérieur à l'auteur de la rupture, constitué en l'espèce par « la crise du secteur d'activité » du textile. L'arrêt ici commenté semble aller en fait même au-delà de la jurisprudence susvisée, puisqu'il se contente de se focaliser sur la situation économique des cocontractants, sans rechercher ni s'il existait une situation de dépendance entre les deux partenaires, ni si un préavis écrit a réellement été donné.

Par opposition en effet, les décisions rendues précédemment semblaient souligner que si le contexte économique peut exonérer l'auteur de la rupture de sa responsabilité au titre de l'article L.442-6, I, 5° du code de commerce, un tel contexte ne l'exonère toutefois pas d'octroyer à son partenaire commercial un préavis écrit d'une durée raisonnable (voir notamment CA Paris, 7 mars 2013, n°12/04392 ; CA Versailles, 18 mai 2006, n°04/08829).

A toutes fins utiles, précisons enfin que la crise du textile avait déjà justifié, dans une autre décision, le

rejet de la demande du ministre de l'économie à ce que soit prononcée une amende civile à l'encontre de l'auteur de la rupture : « *Considérant que la cessation des relations entre les deux sociétés est intervenue dans un contexte de lourde crise du textile à laquelle la société [V.] a été confrontée comme tous les agents économiques de ce secteur et a répondu comme beaucoup d'entre eux en modifiant ses modalités d'approvisionnement et en transférant sa production à l'extérieur afin d'obtenir des prix plus compétitifs dans un marché hautement concurrentiel ; considérant que cette restructuration relevant de la politique commerciale de la société [V.] qualifiée par le Ministre de l'Economie lui-même de légitime n'est pas interdite en tant que telle ; considérant qu'il suit de là que la rupture sans préavis écrit des relations commerciales par la société [V.] n'a pas généré, en l'espèce, de troubles à l'ordre public économique, de nature à justifier le prononcé d'une amende civile* » (CA Versailles, 18 mai 2006, n°04/08829).

A rapprocher : CA Paris, 3 mai 2017, n°15/24950 et notre commentaire

La validation européenne de l'interdiction de vente sur les marketplaces

CJUE, 6 décembre 2017, aff. C-230/16

Ce qu'il faut retenir :

La CJUE confirme la possibilité d'exclure la vente par les marketplaces dans les réseaux de distribution sélective.

Pour approfondir :

Plusieurs décisions, ces dernières années, avaient considérablement restreint la possibilité pour les têtes de réseaux d'interdire à leurs adhérents de recourir à des places de marchés (*marketplaces*) pour distribuer leurs produits, sur le fondement notamment de l'interdiction des ententes anticoncurrentielles.

Le mouvement de libéralisation de la vente en ligne s'adapte néanmoins aux contraintes spécifiques des réseaux de distribution sélective et la Cour de Justice de l'Union européenne a rendu le 6 décembre 2017 un arrêt d'importance (**CJUE, 6 décembre 2017, aff. C-230/16**).

Cette décision, rendue sur demande d'un tribunal régional luxembourgeois, concernait l'interdiction faite

à des distributeurs par un fournisseur de produits cosmétiques de luxe, de vendre les produits de la marque par le biais de plateformes tierces, en imposant aux distributeurs que la vente par internet soit réalisée par l'intermédiaire d'une « vitrine électronique » du magasin physique agréé par le fournisseur et que le caractère luxueux des produits soit préservé (équivalant ainsi aux obligations imposées au distributeur pour la vente en magasin physique).

Ainsi donc, dans cette affaire (à la différence notamment des circonstances de l'affaire Pierre Fabre Dermo-Cosmétique C-439/09), il n'existait pas d'interdiction absolue de vente en ligne, mais uniquement une interdiction de vente par le biais de marketplaces. Autre différence d'importance : dans l'affaire commentée, les produits en cause étaient des produits de luxe, ce qui – à notre sens – constitue un élément d'importance dans la décision rendue par la Cour de justice.

Prenant le soin de circonscrire sa position au contexte particulier de l'affaire, en affirmant notamment que la clause d'interdiction de vente sur des plateformes de marketplaces visibles par le consommateur avait pour objectif de préserver l'image de luxe et de prestige des produits concernés, la Cour de justice considère que cette dernière est compatible avec l'interdiction des ententes anticoncurrentielles en droit communautaire.

La Cour considère que la vente par le biais de marketplaces visibles du consommateur n'impliquant pas de relation contractuelle entre le fournisseur et la plateforme de marketplace ne permet pas au fournisseur de contrôler que ses produits seront vendus en ligne dans un environnement correspondant aux conditions qualitatives que le fournisseur a convenues avec ses distributeurs agréés. La Cour de justice avance notamment le fait qu'il existe un risque de détérioration dans la présentation des produits de luxe, de nature à porter atteinte à leur image de luxe et, partant, à leur nature même. Par ailleurs, le mélange de ces produits de luxe avec des produits non-luxueux sur les plateformes de marketplaces nuirait à l'image de luxe des produits.

Ainsi donc, les têtes de réseaux de distribution de produits de luxe organisées en réseau de distribution sélective se voient ouvrir une possibilité d'interdire la vente en ligne de leurs produits par le biais de marketplaces visibles du consommateur, sous réserve que la clause soit proportionnée, et notamment qu'elle ne s'étende pas plus généralement à une interdiction de vente en ligne, qui ne serait alors pas admise.

En conclusion, la tolérance affichée par la Cour de justice nous apparaît – à la lecture de la décision – circonscrite aux produits de luxe vendus par le biais d'un réseau de distribution sélective, et ne saurait s'étendre plus généralement à tout type de produit, ou encore à tout type de réseau de distribution.

Dès lors, la limitation du recours aux marketplaces peut être effectuée uniquement si le fournisseur répond à la double condition (i) de distribuer ses produits par un réseau de distribution sélective et (ii) de vendre des produits de luxe à ses distributeurs.

A rapprocher : Cass. com., 13 septembre 2017, n°16-15.067 et notre commentaire

Revente parallèle au réseau : mise en jeu de la responsabilité du revendeur parallèle
CA Paris, 15 novembre 2017, n°17/04923

Ce qu'il faut retenir :

La mise en jeu de la responsabilité d'un revendeur parallèle à un réseau de distribution exclusive sur le fondement de l'article L.442-6-6° du code de commerce nécessite d'établir la preuve de la licéité et de l'étanchéité du réseau.

Pour approfondir :

La tête d'un réseau de **distribution exclusive** d'articles de prêt à porter avait pris connaissance de la vente, par un tiers à son réseau, de ses produits sur son site internet à des prix très bas. Elle entendait faire cesser cette commercialisation. Son action était fondée, à titre principal sur les dispositions de l'article L.442-6-6° du code de commerce et, à titre subsidiaire, sur la concurrence déloyale.

L'article L.442-6-6° du code de commerce dispose : « I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : (...) 6° De participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence ».

L'application de ce texte suppose, en premier lieu, que le réseau soit licite et, en second lieu, une faute du

revendeur parallèle consistant à contribuer à la violation par un distributeur lié par une interdiction de revente hors réseau.

En l'espèce, la Cour va examiner successivement ces deux conditions :

- sur le recours à la distribution exclusive : la société poursuivie estimait que la licéité du réseau n'était pas établie faute de rapporter la preuve de la nécessité de recourir à un système de distribution exclusive en raison de la nature des produits. La tête de réseau faisait quant à elle valoir que la constitution de son réseau répondait parfaitement aux critères de licéité dans la mesure où il s'agit d'offrir à la clientèle des lieux de vente organisés selon certaines normes, avec un personnel compétent et un service après-vente efficace, et ce, afin de lui assurer un développement économique avantageux. Enfin, elle s'appuyait sur les contrats signés avec ses distributeurs établissant, selon elle, que la constitution et la protection de son réseau sont principalement destinées à la clientèle, à laquelle est apporté un avantage économique indiscutable, outre la volonté de préservation et d'accroissement du prestige de la marque.

La Cour rappelle qu'un système de distribution exclusive n'est pas en soi anti-concurrentiel et qu'il ne le devient que s'il limite abusivement la liberté commerciale.

Le réseau peut être considéré comme licite au regard de l'article 101, 1° du TFUE, si trois conditions sont réunies cumulativement : 1. la nature du produit en question doit requérir le recours à un tel système afin d'en préserver la qualité et d'en assurer le bon usage, 2. les revendeurs doivent être choisis sur la base de critères objectifs qui sont fixés de manière uniforme pour tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire, 3. les critères définis ne doivent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire.

En conséquence, si ces conditions sont réunies, le système de distribution échappe à l'interdiction, sans même nécessiter une exemption.

Selon la Cour, la qualité des chemises et la notoriété qui en découle peuvent justifier la

mise en place d'un réseau de distribution exclusive.

Toutefois, il ressort des termes des contrats de distribution exclusive produits aux débats que les critères de sélection des distributeurs des produits ne sont pas expliqués et justifiés et que les obligations qui leur sont imposées (personnel compétent, service après-vente efficace, nécessité de veiller à l'approvisionnement constant des magasins, à la formation du personnel et au maintien de la qualité, respect de l'image de marque) restent imprécises et constituent des évidences commerciales applicables à n'importe quel point de vente.

Il en ressort que la tête de réseau ne démontre pas que le recours à un système de distribution exclusive permet de préserver la qualité de ses produits ou d'en assurer le bon usage ou la distribution adéquate.

Par suite, elle ne justifie pas de l'existence d'un réseau de distribution exclusive exempté au titre des règles du droit de la concurrence.

- sur l'approvisionnement : la Cour relève que le revendeur parallèle poursuivi justifie avoir acquis les chemises auprès d'un revendeur qui les aurait lui-même acquises de la filiale italienne de la tête de réseau (étant précisé que, dans cette affaire la filiale n'avait conclu aucun contrat avec la tête de réseau).

Or, ledit revendeur n'étant pas lié par une clause d'exclusivité, ni soumis à une interdiction de revente hors réseau, aucune présomption illicite d'approvisionnement ne pouvait lui être opposée et il n'incombe pas au revendeur parallèle de rapporter la preuve de l'acquisition régulière des chemises par son propre revendeur.

En conséquence, la preuve de l'approvisionnement illicite n'est pas rapportée.

La cour écarte donc l'application des dispositions de l'article L.442-6, I, 6° du code de commerce.

La demande subsidiaire fondée sur la **concurrence déloyale** va pareillement échouer : les juges rappellent que le seul fait de commercialiser hors réseau des

produits authentiques couverts par un contrat de distribution exclusive et/ou sélective n'est pas fautif dès lors que la revente concerne des produits acquis régulièrement, aussi il convient de rapporter la preuve d'une faute distincte.

Or, en l'espèce, le fait pour un distributeur non agréé ni autorisé, de vendre des chemises, dont l'approvisionnement illicite n'est pas établi, à des prix inférieurs à ceux pratiqués par les membres d'un réseau, n'est pas constitutif en soi, en l'absence d'autres éléments, d'un acte de concurrence déloyale et de parasitisme.

A rapprocher : Article L. 442-6° du code de commerce

Dispense de définition préalable du marché par l'Autorité de la concurrence

Cass. com., 6 décembre 2017, n°16-18.835

Ce qu'il faut retenir :

La Cour de cassation n'invalide pas la possibilité pour l'Autorité de la concurrence de rendre une décision relative à l'existence d'un abus de position dominante, sans avoir préalablement procédé à la définition du marché pertinent.

Pour approfondir :

Une société de vente en ligne événementielle avait saisi l'Autorité de la concurrence, se prévalant d'un abus de position dominante qu'elle considérait commis par l'un de ses concurrents, acteur incontournable du marché. Cet abus aurait consisté en des clauses d'exclusivité imposées aux fournisseurs de la place de marché en ligne, qui leur interdisaient temporairement de distribuer leurs produits par le biais de plateformes concurrentes.

L'Autorité de la concurrence avait rendu un non-lieu dans cette affaire (décision n°14-D-18 du 28 novembre 2014), considérant notamment qu'elle ne disposait pas d'éléments permettant d'établir l'existence d'un marché de la vente événementielle en ligne, sans ensuite procéder à la définition du marché pertinent concerné dans cette affaire. L'impossibilité de définir un tel marché découlait notamment de l'importante évolution du marché et du nombre de ses acteurs sur les dernières années, qui ne permettait plus à l'Autorité

de la concurrence de procéder à une analyse rétrospective de substituabilité des offres, le contexte de marché actuel étant trop éloigné du contexte de marché de l'époque des faits reprochés.

La société concurrente à l'initiative de la procédure a donc tenté en appel, puis en cassation, de faire juger que la décision de non-lieu devait être précédée d'une définition du marché pertinent. En d'autres termes, pour renoncer à poursuivre de potentielles pratiques d'abus de position dominante sur un marché, il aurait convenu – selon le concurrent – que ce marché ait été défini.

La cour d'appel et la Cour de cassation (**Cass. com., 6 décembre 2017, n°16-18.835**) ne partagent pas cette analyse et considèrent que l'Autorité de la concurrence peut décider de ne pas poursuivre une pratique si les services de l'instruction ne lui ont pas fourni les éléments lui permettant de constater l'existence d'un tel abus sur un marché donné.

Dès lors, est validée la possibilité pour l'Autorité de la concurrence de renoncer à poursuivre une éventuelle pratique de position dominante sur un marché, alors même que l'Autorité de la concurrence n'a pas préalablement défini ledit marché.

A rapprocher : Avis de l'Autorité de la concurrence n°14-D-18

Licéité d'un réseau de distribution sélective et compétence du juge des référés
CA Paris, 2 novembre 2017, n°17/03300

Ce qu'il faut retenir :

Le juge des référés est compétent pour constater la licéité d'un réseau de distribution sélective, au regard des règles établies par le droit communautaire.

Pour approfondir :

Les sociétés Parfums Christian Dior, Guerlain et LVMH Fragrance Brands conçoivent, fabriquent et commercialisent des parfums de luxe et des produits de beauté Dior, Guerlain, Givenchy et Kenzo de renommée mondiale. Suspectant la société Distriparfum de proposer illicitement leurs produits à la vente, par internet, les trois sociétés assignent en référé d'heure

à heure la société Aca Fiduciaire mandatée par la société Distriparfum afin de procéder à la réception et à l'encaissement des règlements effectués par les clients français.

C'est ainsi que le juge des référés interdit à ladite société Aca Fiduciaire d'encaisser tout nouveau chèque en règlement de la vente de produits Dior, Guerlain, Givenchy et Kenzo.

Suite à l'appel interjeté par la société Aca Fiduciaire, la Cour d'appel de Paris est invitée à se prononcer, sur le fondement de l'article 873 du code de procédure civile sur l'existence d'un trouble manifestement illicite ou d'un dommage imminent que constituerait la commercialisation, par un intermédiaire non agréé, des produits d'un promoteur d'un réseau de distribution sélective.

La Cour énonce dans un premier temps que « *le trouble manifestement illicite que constituerait la commercialisation par un intermédiaire non agréé des produits d'un promoteur d'un réseau de distribution sélective, telle que définie à l'article 1- e du règlement d'exemption n°330/2010 susvisé, est subordonné à la licéité de ce réseau au regard des règles du droit de la concurrence qu'il incombe à ce promoteur d'établir avec l'évidence requise en référé* ».

Afin que le juge des référés soit en effet compétent, l'évidence s'impose – même en présence de contestations sérieuses (article 873 du Code de procédure civile).

L'existence même des trois réseaux de distribution sélective est établie avec l'évidence requise, ainsi, par le constat du nombre de contrats de détaillants agréés signés pour la France par chacune des sociétés Parfums Christian Dior, Guerlain, Givenchy et Kenzo.

Pour établir ensuite la licéité de ce réseau, la Cour rappelle que la distribution sélective ne relève pas de l'interdiction des pratiques concertées, telle que prévue par l'article 101(1) TFUE, dès lors que plusieurs conditions sont remplies :

- le promoteur du réseau doit « *rapporter la preuve de la légitimité de la distribution sélective de ses produits afin d'en préserver la qualité et d'en assurer le bon usage* » (voir déjà ADLC, avis n°12-A-20, 18 sept. 2012),
- « *justifier du caractère strictement nécessaire des critères de sélection des candidats à l'agrément* »,

- « *établir que les critères de choix des distributeurs agréés ont manifestement un caractère objectif, n'ont pas pour objet ou pour effet d'exclure certaines formes déterminées de distribution et ne sont pas appliquées de manière discriminatoire* ».

Ces différents critères, rappelés ici par la Cour, résultent en réalité d'une jurisprudence à la fois interne et communautaire bien établie (voir déjà CJUE, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, 13 oct. 2011, aff. C-439/09 et [notre commentaire](#) ; Cass. com., 18 déc. 2012, n°11-27.342 et [notre commentaire](#) ; CA Paris, 30 oct. 2013, n°11/06257 et [notre commentaire](#)).

En l'espèce, soulignant les divers éléments factuels à sa disposition, la Cour considère pouvoir à l'évidence constater la licéité du réseau – celui-ci pouvant en outre entrer dans le cadre du règlement n°330/2010 déterminant des exemptions à l'article 101 TFUE, dès lors que les trois fournisseurs de parfums ne représentent pas plus de 30% du marché (soit moins que le seuil fixé par le règlement) :

« Eu égard au faisceau d'indices résultant des pièces produites et de ce qui précède, cette production suffit à mettre la cour, juge de l'évidence, en mesure de s'assurer, au provisoire, de la licéité du réseau ».

L'existence du réseau étant elle-même licite, la Cour statuant en référé vérifie que les clauses des contrats de distribution qui en sont issues sont elles aussi licites et ne doivent pas être écartées du bénéfice de l'exemption aux termes du règlement n°330/2010.

La société Aca Fiduciaire soutenait en effet que trois articles des contrats contenaient des dispositions restrictives de concurrence – en particulier celles qui :

- « *restreignent le territoire sur lequel un distributeur peut vendre les produits, sauf exception (article 4 b))* »,
- *restreignent les ventes aux utilisateurs finals (article 4 c))* » (clause interdisant la revente hors réseau),
- *restreignent les ventes entre distributeurs à l'intérieur d'un réseau de distribution (article 4 d))* » (clause interdisant la revente des produits nouveaux pendant un an faite à des distributeurs agréés sur un territoire dans lesquels ces produits nouveaux n'ont pas encore été commercialisés).

Pourtant, la clause faisant obligation aux membres des comités d'entreprise et des collectivités de se déplacer

individuellement chez le distributeur pour effectuer leurs achats n'est pas écartée par application de l'article 4b du règlement, dès lors que la Commission de la concurrence n'a soulevé aucune objection à ce type de clause proposée par la Fédération française de l'industrie de la parfumerie et qu'une telle obligation *« est motivée par la nature luxueuse des parfums, justifiant avec l'évidence requise en référé un accompagnement personnalisé et la possibilité de disposer de conseils particuliers pour en préserver l'image de marque ».*

La clause interdisant la revente hors réseau n'est pas illicite aux termes de l'article 4c, puisque *« cette clause est à l'évidence de l'essence même d'un réseau de distribution sélective dont elle permet d'assurer l'étanchéité ».*

Enfin, la clause interdisant la revente des produits nouveaux pendant un an faite à des distributeurs agréés sur un territoire dans lesquels ces produits nouveaux n'ont pas encore été commercialisés *« comporte une limitation quant à l'objectif poursuivi qui tend à tester un produit pendant une période limitée sur un territoire déterminé »*, et est, partant, licite.

Ainsi, la Cour conclut que *« la licéité manifeste du réseau de distribution sélective des sociétés Parfums Christian Dior, Guerlain et LVMH Fragrance Brands est établie avec l'évidence requise en référé, de sorte que l'atteinte qu'y porte la société Distriparfum qui vend hors réseau leurs produits sur son site [internet], avec la complicité de la société Aca Fiduciaire (...), constitue un trouble manifestement illicite. En conséquence, il appartient au juge des référés de le faire cesser en confirmant les mesures conservatoires ordonnées par l'ordonnance ».*

La société Aca Fiduciaire doit donc, sous astreinte, cesser d'encaisser toute somme en règlement de la vente de produits Dior, Guerlain, Givenchy et Kenzo ; il est d'ailleurs ordonné que soit supprimée du site internet toute mention de la possibilité de régler les commandes de ce type. Enfin, elle se voit condamnée au titre de l'article 700 du code de procédure civile. Si la décision ici commentée ne semble proposer aucune réelle nouveauté au regard de la jurisprudence antérieure, elle permet néanmoins d'illustrer la possibilité pour le juge des référés lui-même, juge de l'évidence, de constater la licéité d'un réseau de distribution sélective et des clauses imposées dans ses contrats (voir déjà CA Paris, 2 févr. 2016, n°15/01542 qui, en référé, juge que la commercialisation de produits par une plateforme tierce en violation des

conditions de fonctionnement d'un réseau de distribution sélective ne constitue pas un trouble manifestement illicite dès lors qu'une telle interdiction n'est justifiée par aucun élément objectif, et **notre commentaire**).

A rapprocher : CJUE, *Coty Germany c. Parfümerie Akzente*, aff. C-230/16

Extension du devoir de mise en garde de la caution

Cass. com., 15 novembre 2017, n°16-16.790,

Publié au Bulletin

Ce qu'il faut retenir :

La banque est tenue à un devoir de mise en garde à l'égard de la caution non avertie, peu important que l'engagement soit adapté à ses capacités financières, dès lors que l'opération était vouée à l'échec dès son lancement.

Pour approfondir :

Aux termes de l'article L.332-1 du code de la consommation (ancien article L.341-4 du même code), « *un créancier professionnel 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* ».

Ces dispositions ne semblent envisager qu'un seul cas dans lequel la caution ne pourra pas être poursuivie : si l'engagement de la caution était, lors de sa conclusion, disproportionné à ses biens et revenus, et si elle ne peut pas non plus, à la date de l'instance, faire face à son obligation. Il incombe à la caution de prouver la disproportion éventuelle au moment de son engagement (Cass. com., 4 mai 2017, n°15-19.141 ; Cass. com., 13 septembre 2017, n°15-20.294 et **notre commentaire** ; Cass. com., 22 févr. 2017, n°15-17.739 ; Cass. com., 11 juin 2014, n°13-18.064 ; Cass. com., 22 janv. 2013, n°11-25.377).

En outre, l'appréciation des biens et revenus de la caution au moment de la souscription au contrat de cautionnement est factuelle : seront pris en compte non les « *biens et revenus effectifs* » dont dispose la caution au moment de son engagement, mais les «

biens et revenus déclarés » (Cass. com., 14 déc. 2010, n°09-69.807).

En l'espèce, Mme X., gérante de la société X. a, conclu un contrat de cautionnement au profit de la Banque O. qui octroyait en retour à sa société un prêt d'un montant de 60 000 euros destiné à financer l'acquisition d'un fonds de commerce d'une même valeur. A l'occasion de cet acte, Mme X. fournissait à la banque une fiche patrimoniale par laquelle elle l'informait détenir un bien immobilier d'une valeur estimée à 180 000 euros ; une attestation notariée faisait état d'une valeur qui « *ne saurait être inférieure à la somme de 190 000€* ».

Sur cette base, la Banque O. estimait ne pas être soumise à son devoir de mise en garde à l'égard de la caution, dès lors que la valeur dudit bien était plus de deux fois supérieure au montant du cautionnement. La jurisprudence indique en effet que la banque, en l'absence d'anomalie apparente, n'a pas à vérifier l'exactitude des informations fournies par la caution (Cass. com., 14 décembre 2010, n°09-69.807, précité ; Cass. com., 10 mars 2015, n°13-15.867 ; Cass. civ 1^{ère}, 18 février 2015, n°13-26.265 ; Cass. com., 13 sept. 2017, n°15-20.294).

La Cour d'appel de Pau dans un arrêt du 14 décembre 2015, confirmée en cassation par l'arrêt ici commenté, vient pourtant condamner la banque à payer à Mme X. la somme de 40 000 euros à titre de dommages-intérêts pour manquement à son devoir de mise en garde – celui-ci s'imposant lorsque (1) la caution est profane et, (2) qu'il existe un risque d'endettement (voir déjà CA Rennes, 9 décembre 2016, n°12/05738 et **notre commentaire**).

A titre préalable, il faut rappeler que le devoir de mise en garde ne pèse sur la banque que lorsque la caution est profane. En l'espèce, le fait que Mme X. soit la dirigeante de la société débitrice principale ne suffit pas à lui attribuer la qualité de caution avertie (voir déjà, Cass. com., 22 mars 2016, n°14-20.216 ; voir aussi, Cass. civ. 1^{ère}, 5 juill. 2017, n°16-18.003 ; Cass. com., 31 mai 2011, n°10-30.665) ; seul peut se voir attribuer cette qualité le dirigeant expérimenté (Cass. com., 18 janvier 2017, n°15-12.723, et **notre commentaire**).

En l'espèce, dès lors que Mme X. indiquait avoir été enseignante en musique et en chômage longue durée avant de se lancer dans ce projet d'acquisition d'un fonds de commerce, la banque ne pouvait que constater sa qualité de caution profane, en dépit de sa qualité de gérante.

Dans ce cadre, le devoir de mise en garde ne peut alors être écarté que si n'existe aucun risque lié à un endettement excessif né de la souscription de l'engagement ; si au contraire l'engagement est inadapté aux capacités financières de la caution, la banque est débitrice d'une telle obligation (Cass. com., 10 mars 2009, n°08-10.721). Ainsi, au vu des informations susvisées fournies par Mme X., la banque O. a considéré ne pas avoir manqué en l'espèce à son obligation. La Cour de cassation rejette néanmoins son pourvoi, en décidant que « *la banque est tenue à un devoir de mise en garde à l'égard d'une caution non avertie lorsque, au jour de son engagement, celui-ci n'est pas adapté aux capacités financières de l'emprunteur ; qu'après avoir constaté que Mme X... n'était pas une caution avertie et retenu que l'opération était vouée à l'échec dès son lancement, la cour d'appel en a, à bon droit, déduit que la banque était tenue à l'égard de Mme X... à un devoir de mise en garde lors de la souscription de son engagement, peu important que celui-ci fût adapté à ses propres capacités financières* ». La jurisprudence, encore récemment, semblait retenir que le devoir de mise en garde ne portait pas sur les risques de l'opération financée elle-même, et qu'il n'appartenait pas à la banque d'apprécier la viabilité du projet envisagé mais simplement l'adaptation du prêt sollicité aux capacités financières de l'emprunteur (voir encore CA Versailles, 26 oct. 2017, n°16/02198). La Cour de cassation semble au contraire ici imposer à la banque de vérifier si l'opération envisagée par Mme X n'était pas vouée à l'échec dès son lancement. Puisqu'elle l'était, pesait bien sur la banque un devoir de mise en garde à l'égard de Mme X, et ce même si son engagement de cautionnement était proportionné à ses capacités financières. Si la banque n'a pas à apprécier elle-même les choix économiques de l'emprunteur, elle doit en revanche mettre en garde la caution contre le risque lié à l'incapacité de la société emprunteuse principale à faire face au remboursement du prêt.

Ce nouvel argument accueilli par la Cour de cassation mérite ainsi d'être mentionné, dès lors qu'il risque à l'avenir d'être souvent mobilisé par les cautions assignées en paiement pour mettre en cause la responsabilité des banques prêteuses (sur les moyens de remettre en cause un cautionnement, voir aussi Cass. com., 22 février 2017, n°15-14.915 et [notre commentaire](#)).

A rapprocher : CA Versailles, 26 oct. 2017, n°16/02198

PROPRIETE INTELLECTUELLE & NOUVELLES TECHNOLOGIES

Forclusion par tolérance : point de départ

CA Paris, 17 novembre 2017, n°16/20736

Ce qu'il faut retenir :

Le délai de forclusion par tolérance court, non pas à compter du jour de la publication de l'enregistrement de la marque postérieure, mais à compter du jour où l'usage a été connu. Il incombe à celui qui se prévaut de la forclusion de l'établir.

Pour approfondir :

Une société, exploitant plusieurs dizaines d'hypermarchés, avait engagé une action en contrefaçon de ses marques verbale et figurative du fait du dépôt et de l'usage d'une marque postérieure. En défense, la société poursuivie souleva la forclusion de l'action en contrefaçon et en nullité dirigée contre le dépôt de sa marque datant de 2006 et de la demande d'interdiction de son usage en application des articles L.714-3 et L.714-5 du code de la propriété intellectuelle.

L'article L.714-3 alinéa 3 du code de la propriété intellectuelle dispose : « *Seul le titulaire d'un droit antérieur peut agir en nullité sur le fondement de l'article L.711-4. Toutefois, son action n'est pas recevable si la marque a été déposée de bonne foi et s'il en a toléré l'usage pendant cinq ans* » et l'article L.716-5 dispose : « *Est irrecevable toute action en contrefaçon d'une marque postérieure enregistrée dont l'usage a été toléré pendant cinq ans, à moins que son dépôt n'ait été effectué de mauvaise foi. Toutefois, l'irrecevabilité est limitée aux seuls produits et services pour lesquels l'usage a été toléré* ».

La forclusion par tolérance, qui est une fin de non-recevoir, sanctionne l'inaction du titulaire d'une marque qui entendrait faire annuler et cesser l'usage d'une marque postérieure.

Les articles L.714-3 et L.716-5 du code de la propriété intellectuelle visent chacun la tolérance pendant cinq ans, l'enjeu réside donc dans la détermination du point de départ. Dans cet arrêt, la Cour d'appel va reprendre la solution dégagée par la jurisprudence antérieure.

■ Paris - Nantes - Montpellier - Grenoble - Lyon - Fort-de-France - Pointe-à-Pitre ■

■ Bordeaux - Chambéry - Clermont-Ferrand - Grenoble - Le Havre - Poitiers - Rouen - Saint-Denis (La Réunion) - Saint-Etienne - Strasbourg - Toulouse ■

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Côte d'Ivoire - Égypte -

Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Hongrie - Île Maurice - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Oman - Paraguay - Pérou -

RD Congo - Sénégal - Thaïlande - Tunisie ■

La publication de l'enregistrement de la marque n'est pas nécessairement le point de départ de ce délai : bien qu'il constitue un fait objectif, c'est la date à laquelle le titulaire du droit antérieur a eu connaissance de l'usage de la marque litigieuse. La Cour de cassation l'a affirmé en des termes clairs : « *Mais attendu que la simple publication de l'enregistrement de la marque seconde au Bulletin officiel de la propriété industrielle ne constitue pas un acte propre à caractériser la tolérance en connaissance de cause par le propriétaire de la marque première de l'usage de la marque seconde* » (Cass.com., 15 juin 2010, n°08-18279). La Cour d'appel reprend cette solution : « *Dans les deux cas c'est la connaissance de l'usage de la marque qui doit avoir été toléré durant 5 années pour entraîner la forclusion de l'action en nullité ou l'irrecevabilité de l'action en contrefaçon. Dès lors, le point de départ de ces délais ne peuvent être ceux de la publication de la demande d'enregistrement de la marque, ni même de son octroi mais doit être apprécié, au cas d'espèce, par la connaissance de l'usage effectif de la marque seconde* ».

La charge de la preuve incombe à celui qui se prévaut de la forclusion par tolérance, les juges doivent apprécier les circonstances factuelles (quantités vendues, spécificité du marché concerné, territoires sur lesquels la marque est exploitée, etc.).

Or, en l'espèce, une telle preuve n'a pu être rapportée et la forclusion n'ayant pas été retenue, l'action en contrefaçon était recevable quoique mal fondée en l'espèce.

A rapprocher : Article L. 714-3 du code de la propriété intellectuelle ; Article L. 716-5 du code de la propriété intellectuelle

Illustration d'un dépôt frauduleux de marque
CA Paris, 7 novembre 2017, n°15/12767

Ce qu'il faut retenir :

Le dépôt d'une marque sur une dénomination générique dont le déposant sait qu'elle est utilisée par un tiers est frauduleux et le juge peut prononcer sa nullité.

Pour approfondir :

En droit des marques, la fraude peut revêtir des formes variées comme l'illustre l'affaire ayant conduit la Cour

d'appel à prononcer la nullité d'un dépôt de marque en raison de son caractère frauduleux.

Une société de conseil en management, communication relation client et négociation, avait engagé une action en contrefaçon de droits d'auteur et de droit de marque à l'encontre de l'un de ses concurrents. Cette société se prévalait des droits d'auteur sur le titre d'un livre ayant pour sujet une théorie proposant une nouvelle approche de la relation de l'entreprise à ses produits et services dont les droits d'auteur lui avait été apportés par l'auteur lors de sa constitution. La société avait par la suite procédé au dépôt de la marque reprenant la dénomination constituant le titre de l'ouvrage. Elle faisait grief à l'un de ses concurrents d'utiliser cette dénomination, en particulier sur un site internet et un blog.

Cette société concurrente se trouvait dans une position un peu similaire puisqu'elle avait été constituée par un expert en marketing et professeur de communication qui exposait avoir également développé une théorie pour décrire une approche innovante de la communication et de l'e-communication dont le titre était devenu le nom commercial et le slogan de sa société.

La Cour d'appel a rejeté l'action en contrefaçon du titre de l'ouvrage, fondée sur les dispositions de l'**article L.112-4 du code de la propriété intellectuelle**, pour des motifs sur lesquels nous ne reviendrons pas, sauf à préciser que le titre a été jugé comme dépourvu d'originalité.

Ce titre faisait également l'objet d'un dépôt à titre de marque. L'action en contrefaçon fondée sur cette marque ne va pas davantage prospérer puisque la Cour a fait droit à la demande reconventionnelle en nullité de la marque : la société poursuivie considérait que le dépôt de la marque avait été effectué de manière frauduleuse dans le seul dessein de la lui opposer et de tenter ainsi de l'évincer du marché dans lequel ils sont en concurrence directe.

La Cour vise les dispositions de l'**article L. 712-6 du code de la propriété intellectuelle** selon lequel « *Si un enregistrement a été demandé soit en fraude des droits d'un tiers, soit en violation d'une obligation légale ou conventionnelle, la personne qui estime avoir un droit sur la marque peut revendiquer sa propriété en justice. A moins que le déposant ne soit de mauvaise foi, l'action en revendication se prescrit par trois ans à compter de la publication de la demande d'enregistrement* » et, « *qu'en application du principe *fraus omnia corrumpit*,*

un dépôt de marque est frauduleux lorsqu'il est effectué dans l'intention de priver autrui d'un signe nécessaire à son activité présente ou ultérieure ; que la fraude est caractérisée dès lors que le dépôt a été opéré pour détourner le droit des marques de sa finalité, non pour distinguer des produits et services en identifiant leur origine mais pour priver des concurrents du déposant ou tous les opérateurs d'un même secteur d'un signe nécessaire à leur activité ; que le caractère frauduleux du dépôt s'apprécie au jour du dépôt et ne se présume pas, la charge de la preuve de la fraude pesant sur celui qui l'allègue ».

Il faut également préciser que le dépôt frauduleux peut être sanctionné par le prononcé de sa nullité.

Ces principes rappelés, la Cour va caractériser la fraude en l'espèce en se fondant sur le courrier adressé à la société poursuivie quatre jours après le dépôt de la marque ce qui, selon les juges du fond, montre que la société avait une parfaite connaissance, à la date du dépôt de sa marque 4 jours seulement avant l'envoi dudit courrier, de l'usage antérieur par M. S. et la société S de l'expression litigieuse et ce, tant à titre de dénomination sur un site internet que dans le cadre de l'activité de conférencier de M. S. Ayant connaissance de la situation, elle a néanmoins procédé au dépôt de la marque et a immédiatement adressé une première lettre de mise en demeure à M. S. et la société S pour faire état de ce dépôt et leur interdire l'usage d'un signe dont elle savait qu'il était nécessaire à leurs activités respectives alors que les parties au litige sont concurrentes. Ces motifs établissent, selon la Cour, que le dépôt de la marque française a été effectué dans le dessein de s'approprier l'usage d'une expression générique nécessaire à l'activité de M. S. et de la société S et d'en priver ainsi ces concurrents, en s'arrogeant un monopole d'exploitation sur cette expression. La solution nous semble sévère. En effet, les juges ont considéré que le dépôt était animé par une intention de nuire alors qu'il était possible de considérer que le déposant avait voulu conforter ses droits sur une dénomination dont il faisait déjà usage. L'envoi d'une mise en demeure dans les jours suivant le dépôt n'aura pas été neutre dans cette affaire puisqu'il aura conduit les juges à caractériser la connaissance de cet usage avant le dépôt et donc l'intention de s'en prévaloir pour monopoliser une expression jugée générique.

A rapprocher : Article L. 712-6 du code de la propriété intellectuelle

Editeur de site internet : le juge n'est pas lié par la qualification retenue par les parties !

TGI Paris, ordonnance de référé, 21 novembre 2017, inédit

Ce qu'il faut retenir :

Le Président du Tribunal de grande instance de Paris, selon ordonnance de référé en date du 21 novembre 2017, a rappelé les critères objectifs de la notion d'éditeur de site internet, et en l'absence de mentions légales, s'est fondé sur un faisceau d'indices pour retenir cette qualification. Le juge rappelle que l'éditeur a « l'obligation de surveiller a priori la licéité de toutes les informations diffusées sur l'intégralité du site ».

Pour approfondir :

L'article 6-I- 2° de la Loi pour la Confiance dans l'Economie Numérique (LCEN) définit les hébergeurs de site internet comme les personnes mettant : « à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ». Leur responsabilité ne peut être engagée du fait des activités ou des informations hébergées sauf si elles avaient effectivement connaissance de leur caractère illicite et sauf si, dès le moment où elles en ont eu connaissance, elles n'ont pas agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible.

L'éditeur est défini comme étant « la personne qui détermine les contenus qui doivent être mis à la disposition du public sur le service qu'il a créé ou dont il a la charge ». Il est donc le responsable, désigné en principe comme tel dans les mentions légales, du contenu qu'il met en ligne.

Le Président du Tribunal de grande instance de Paris, selon ordonnance de référé en date du 21 novembre 2017, a rappelé quels sont les critères objectifs à retenir pour qualifier un acteur du e-commerce d'éditeur de site internet, et les obligations lui incombant à ce titre.

Dans cette affaire, la société LAFUMA, ayant constaté la vente en ligne de produits contrefaisants sa marque sur le site B2B de Alibaba.com, a assigné les sociétés étrangères du groupe ALIBABA ainsi que la société ALIBABA France, considérant que cette dernière avait qualité d'éditeur de site internet, et était, à ce titre, responsable des contenus en ligne et de la vente de produits contrefaisants.

■ Paris - Nantes - Montpellier - Grenoble - Lyon - Fort-de-France - Pointe-à-Pitre ■

■ Bordeaux - Chambéry - Clermont-Ferrand - Grenoble - Le Havre - Poitiers - Rouen - Saint-Denis (La Réunion) - Saint-Etienne - Strasbourg - Toulouse ■

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Côte d'Ivoire - Égypte -

Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Hongrie - Île Maurice - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Oman - Paraguay - Pérou -

RD Congo - Sénégal - Thaïlande - Tunisie ■

En effet, en l'absence de mentions légales sur le site internet alibaba.com relatives aux coordonnées de l'éditeur, la société LAFUMA s'est fondée sur un faisceau d'indices pour attribuer cette qualité à ALIBABA France.

La société ALIBABA France, pour sa part, a prétendu qu'elle n'était pas l'éditeur du site dès lors qu'elle n'avait qu'une activité de développement marketing de la marque. Les autres sociétés du groupe ont, quant à elles, brandi leur qualité d'hébergeur pour tenter de faire échec aux demandes de la société LAFUMA à leur rencontre.

A la faveur de son ordonnance, le Président a fait droit à l'argumentation de la société LAFUMA et considéré qu'elle était bien fondée à considérer que la société ALIBABA France était l'éditrice du site internet proposant à la vente les produits litigieux.

Le juge a fait fi des qualifications et dénominations alléguées par les sociétés du groupe ALIBABA. En l'absence de mentions légales relatives à l'identité de l'éditeur sur le site french.alibaba.com, il a retenu que la société ALIBABA France avait, au regard de son k-bis, certes une activité de marketing, mais également une mission de développement de la plateforme, ainsi qu'une activité de service-client, et qu'elle était donc éditrice du site internet.

Quant aux autres sociétés du groupe, le juge a considéré qu'elles offraient des abonnements « Premium » donnant accès à certaines fonctionnalités personnalisées. Leur rôle actif sur le contenu du site, dont elles contrôlent les données publiées, est un élément fondamental retenu par le juge.

Dès lors qu'elles hiérarchisent les offres, et mettent en avant celles qui leur rapportent plus de revenus, elles ne peuvent soutenir qu'elles ont un simple rôle d'hébergeur fournissant un accès à une plateforme de vente. Elles ne se limitent pas à fournir un service neutre, et reçoivent donc la qualité d'éditrices de site internet.

Le juge rappelle que ces sociétés éditrices ont « l'obligation de surveiller a priori la licéité de toutes les informations diffusées sur l'intégralité du site ».

Cette décision, si elle est n'est pas nouvelle dans le principe qu'elle édicte, a le mérite de fixer les contours de la notion d'éditeur, et de rappeler en termes clairs l'obligation pesant sur l'éditeur, qui se révèle être lourde de conséquences tant opérationnelles que

juridiques, compte tenu de l'importance du réseau constitué par les sociétés concernées.

A rapprocher : Art. 6 LCEN

Data : L'amélioration de ses services en ligne nécessite une base légale spécifique !

Décision de la CNIL n°MED-2017- 075 du 27 novembre 2017

Ce qu'il faut retenir :

Par délibération du 27 novembre 2017, la formation restreinte de la CNIL a prononcé une mise en demeure publique à l'encontre de la société WHATSAPP rappelant que lorsqu'il existe plusieurs finalités à un traitement qui nécessitent un consentement de la personne concernée, celui-ci doit être recueilli de manière spécifique, permettant ainsi aux personnes concernées d'exprimer leur choix pour chacune des finalités.

Pour approfondir :

L'article 7 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 (la « loi informatique et libertés ») dispose qu'« un traitement de données à caractère personnel doit avoir reçu le consentement de la personne concernée ou satisfaire à l'une des conditions suivantes :

1° Le respect d'une obligation légale incombant au responsable du traitement ;

2° La sauvegarde de la vie de la personne concernée ;

3° L'exécution d'une mission de service public dont est investi le responsable ou le destinataire du traitement ;

4° L'exécution, soit d'un contrat auquel la personne concernée est partie, soit de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci ;

5° La réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le destinataire, sous réserve de ne pas méconnaître l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée ».

Il résulte de la lecture croisée de l'article 2 de la directive 95/46/CE sur la protection des données et de l'avis n° 15/2011 du 13 juillet 2011 du G29, que le

consentement s'entend comme toute manifestation de volonté, libre, spécifique et informée de la personne concernée, laquelle doit être en mesure d'exercer son choix.

Par une délibération du 27 novembre 2017, la CNIL a mis en demeure la société WHATSAPP de se mettre en conformité avec la loi informatique et libertés en raison d'un manquement à l'obligation de disposer d'une base légale pour les traitements mis en œuvre.

En effet, après avoir diligenté une enquête, la Commission a constaté que la société WHATSAPP transmettait des données relatives aux utilisateurs de son application mobile *Whatsapp Messenger* à une autre entité de son groupe : la société FACEBOOK Inc.

Ces données étaient transmises à des fins d'amélioration des services en ligne (« business intelligence ») et de sécurité. La CNIL a considéré que la finalité de sécurité pouvait être considérée comme essentielle au fonctionnement de l'application *Whatsapp Messenger*.

Toutefois, la finalité de « business intelligence » permettant l'amélioration des performances et de l'exploitation des services en ligne *via* l'analyse du comportement des utilisateurs n'était pas nécessaire au fonctionnement de l'application et partant, nécessitait un fondement légal pour pouvoir être poursuivie.

La CNIL a considéré qu'en l'espèce, la société WHATSAPP ne pouvait se prévaloir d'aucun fondement possible, à savoir ni du consentement de ses utilisateurs ni de son intérêt légitime.

En effet, s'agissant de l'intérêt légitime, l'autorité de contrôle a considéré que la transmission des données à FACEBOOK Inc était massive et ne s'accompagnait d'aucune garantie suffisante permettant de préserver l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux des utilisateurs dès lors que les utilisateurs ne pouvaient s'opposer à la transmission de leurs données tout en continuant à utiliser l'application.

S'agissant du consentement des utilisateurs, celui n'était pas valable puisqu'il n'était ni spécifique ni libre.

En effet, la CNIL a relevé qu'en installant l'application, les utilisateurs devaient accepter d'un seul bloc le traitement de leurs données à des fins de fourniture du service ainsi que pour des finalités accessoires, telle que l'amélioration du service par FACEBOOK Inc.

La spécificité du consentement n'était en conséquence pas caractérisée.

De plus, dès lors que le seul moyen de s'opposer à la transmission des données à FACEBOOK Inc pour les finalités accessoires est la désinstallation de l'application, le consentement ne pouvait être considéré comme libre.

Il résulte de cette décision que contrairement à ce que peuvent penser de nombreuses entreprises, une base légale et un consentement spécifiques à chaque grande catégorie de finalités sont des obligations d'ores et déjà applicables avant même l'entrée en application du nouveau Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD). En pratique, rares sont les responsables de traitement ayant prévu des mécanismes permettant aux personnes concernées d'exprimer leur choix pour chaque finalité et notamment pour les finalités accessoires telles que la *business intelligence* pourtant incontournable dans la fourniture de services en ligne. Ces chantiers doivent nécessairement être considérés comme prioritaires dans les programmes de mise en conformité avec le RGPD actuellement en cours.

A rapprocher : Article 7 de la loi informatique et libertés ; Avis n° 15/2011 du 13 juillet 2011 du G29, Considérant n°32 et article 7 du RGPD

IMMOBILIER – CONSTRUCTION URBANISME

Bail commercial : l'indemnité d'éviction ne couvre pas la perte du droit au maintien dans les lieux
Cass. civ. 3^{ème}, 30 novembre 2017, n°16-17.686

Ce qu'il faut retenir :

Le préjudice né de la perte du droit au maintien dans les lieux jusqu'au paiement de l'indemnité d'éviction est distinct de celui réparé par cette indemnité. Dès lors, le préjudice né de la perte du droit au maintien dans les lieux n'est pas pris en compte dans la fixation de l'indemnité d'éviction et peut faire l'objet d'une demande d'indemnisation supplémentaire.

Pour approfondir :

En l'espèce, la société avait concédé à une autre société la jouissance pour une durée indéterminée d'un emplacement dans le centre commercial « La Vallée Village » suivant un contrat qualifié par les parties de « prestations de services ».

Après une période d'occupation de 11 ans, la société propriétaire a délivré un congé à la société locataire.

Cette affaire avait déjà fait l'objet d'une procédure judiciaire antérieure puisqu'un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 14 janvier 2014, confirmé par la haute juridiction (Cass. civ 3ème, 19 novembre 2015, n°14-13.882) avait requalifié le contrat en **bail commercial** et annulé le congé.

Il avait également constaté l'impossibilité de réintégrer la société locataire dans les lieux et ordonné une expertise sur le montant de l'indemnité d'éviction.

L'arrêt en question est rendu après le dépôt du rapport d'expertise sur la fixation de l'indemnité d'éviction. La société locataire évincée demande sa réintégration dans les lieux, l'annulation de l'expertise, la désignation d'un autre expert, et conteste le montant de l'indemnisation.

Les juges d'appel rejettent les demandes de la société locataire évincée, et notamment la demande de réparation du préjudice né de la perte de son droit au maintien dans les lieux alors que l'indemnité d'éviction couvrirait ce préjudice.

La Cour de cassation casse partiellement l'arrêt d'appel et rappelle ainsi la distinction entre le préjudice réparé par l'indemnité d'éviction et le préjudice résultant de la perte du droit au maintien dans les lieux.

Au visa des articles L.145-14 et L.145-28, la Cour de cassation énonce que le préjudice né de la perte du droit au maintien dans les lieux jusqu'au paiement de l'indemnité d'éviction est distinct de celui réparé par cette indemnité.

L'indemnité d'éviction correspond au préjudice causé au preneur par le défaut de renouvellement du bail.

Cette indemnité doit être versée par le bailleur commercial dès qu'il délivre un congé sans offre de renouvellement sauf s'il invoque un motif grave et légitime à l'encontre du preneur.

Le bailleur compense par cette indemnité la perte ou le transfert du fond. Or, dans l'attente du versement de l'indemnité d'éviction, le preneur a droit au maintien dans les locaux.

Cette règle constitue un moyen de continuer son activité tant que le bailleur ne lui a pas versé l'indemnité lui permettant de compenser ou de transférer son activité. La perte du droit au maintien dans les lieux à raison en l'espèce de l'impossibilité de réintégrer le local, oblige le preneur à cesser son activité alors qu'il ne bénéficie pas encore de l'indemnité d'éviction. Le préjudice subi n'est pas lié au défaut de renouvellement mais à la cessation de l'activité pendant la période séparant le congé et le versement de l'indemnité d'éviction. Ce préjudice ne peut être ainsi réparé par l'indemnité d'éviction.

La Cour de cassation rejette les autres moyens au pourvoi. L'impossibilité de réintégrer le local ayant été constatée par un précédent arrêt, le preneur ne peut demander sa réintégration.

A rapprocher : L.145-14 Code de commerce ; L.145-28 Code de commerce ; Cass. civ. 3ème, 19 novembre 2015, n°14-13.882 : confirmation de l'arrêt d'appel ayant requalifié le contrat de « prestations de services » concédant à la société locataire pour une durée indéterminée la jouissance d'une boutique dans le centre commercial « La Vallée Village » en bail commercial.

L'article L.480-13 du Code de l'urbanisme est bien conforme à la Constitution

Conseil Constitutionnel, 10 novembre 2017, n°2017-672 QPC

Ce qu'il faut retenir :

A peine deux mois après sa saisine, le Conseil constitutionnel vient de décider que les dispositions de l'article L.480-13 1° du Code de l'urbanisme, introduites par la Loi Macron du 6 août 2015 et qui restreignent l'action en démolition des constructions édifiées sur la base d'un permis de construire annulé par le juge administratif, sont conformes aux droits et libertés garantis par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la Charte de l'environnement.

Pour approfondir :

Deux associations qui avaient obtenu l'annulation d'un permis de construire délivré pour la construction d'une maison d'habitation en 2010 et 2011 ont demandé la démolition de cette dernière devant le tribunal de grande instance.

Le propriétaire oppose cependant aux deux associations les nouvelles dispositions de l'article L.480-13 introduites par l'article 111 de la loi n°2015-990 du 6 août 2015, dite « loi Macron » : en effet, aux termes de ces nouvelles dispositions, que la Cour de cassation a jugé applicables même aux litiges en cours, la démolition n'est désormais encourue qu'à la double condition que le permis de construire ait été préalablement annulé par la juridiction administrative, d'une part, et que la construction soit située dans l'une des 14 zones limitativement énumérées par le texte, d'autre part.

Les deux associations ont alors soulevé une question prioritaire de constitutionnalité, que la Cour de cassation a transmise au Conseil constitutionnel aux termes d'un arrêt du 12 septembre dernier (précédemment commenté dans ces colonnes).

Par une décision du 10 novembre dernier, le Conseil constitutionnel décide que la nouvelle rédaction de l'article L.480-13 et les restrictions introduites pour la mise en œuvre de cette action en démolition ne sont pas contraires à la Constitution. Selon le Conseil constitutionnel, le principe du droit à un recours effectif (issu de l'article 16 de la Déclaration de 1789), qui implique celui d'obtenir l'exécution des décisions juridictionnelles, n'est pas méconnu dès lors que la restriction introduite par le texte se justifie par un motif d'intérêt général, celui de « réduire l'incertitude juridique pesant sur les projets de construction » et de « prévenir les recours abusifs susceptibles de décourager les investissements », et que l'action en démolition subsiste dans les zones sensibles (bande littorale de 100 m, parcs nationaux, périmètre des monuments historiques, ...).

Il ajoute que le tiers lésé peut en tout état de cause demander au juge civil la démolition de la construction sur le fondement du droit commun, et qu'il peut en outre obtenir réparation sous forme indemnitaire.

Le Conseil constitutionnel décide également que la nouvelle rédaction de l'article L.480-13 n'est pas contraire au principe de contribution à la réparation des dommages causés à l'environnement, garanti par la

Charte de l'environnement, dès lors que l'action en démolition « demeure possible dans les zones présentant une importance particulière pour la protection de l'environnement », d'une part, et que ces dispositions « ne font pas obstacle aux autres actions en réparation, en nature ou sous forme indemnitaire », d'autre part.

Nul doute que cette décision met un terme aux incertitudes de tous les maîtres d'ouvrages, mais surtout des banques et des investisseurs, qui voient désormais s'éloigner définitivement l'épée de Damoclès de la démolition brandie en cas de recours formé contre le permis de construire.

A rapprocher : Cass. civ. 3^{ème}, 12 septembre 2017, n°17-40.046

Procès-verbal d'AG : mention des réserves formulées sur la régularité des décisions
Cass. civ. 3^{ème}, 23 novembre 2017, n°16-25.125

Ce qu'il faut retenir :

La Cour de cassation vient préciser qu'en vertu de l'article 17 du décret n°67-223 du 17 mars 1967, la mention au procès-verbal d'une assemblée générale des réserves formulées par les copropriétaires ou associés opposants sur la régularité des décisions ne concerne que celles émises lors du déroulement de celle-ci.

Pour approfondir :

En l'espèce, un copropriétaire a assigné en référé le syndicat des copropriétaires en annexion au procès-verbal de l'assemblée générale du 5 mars 2015 d'une note qu'il avait adressée au syndic.

Cette note faisait état de ses doléances et contestations concernant l'ordre du jour de l'assemblée.

Le copropriétaire a considéré que cette note aurait dû faire l'objet d'une annexion au procès-verbal de l'assemblée générale ; l'absence d'annexion au procès-verbal constituant, selon lui, un trouble manifestement illicite et un manquement à l'article 17 du décret du 17 mars 1967.

Pour rappel, l'article 17 du décret du 17 mars 1967 prévoit qu'il est établi un procès-verbal des décisions

de chaque assemblée générale des copropriétaires et que ce procès-verbal mentionne les réserves éventuellement formulées par les copropriétaires ou associés opposants sur la régularité des décisions.

En l'espèce, ni le juge des référés ni, à sa suite, la Cour d'appel de Paris en son arrêt rendu le 4 octobre 2016, n'ont fait droit à la demande du copropriétaire. Le copropriétaire a formé un pourvoi en cassation.

La Cour de cassation a dû déterminer si les réserves formulées par le copropriétaire antérieurement à la tenue de l'assemblée générale devaient faire l'objet d'une annexion au procès-verbal sur le fondement de l'article 17 du décret du 17 mars 1967. Par son arrêt rendu le 23 novembre 2017, la troisième chambre civile de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi.

La Haute juridiction a en effet jugé que la mention au procès-verbal d'une assemblée générale des réserves formulées par les copropriétaires ou associés opposants sur la régularité des décisions ne concernait que celles émises lors du déroulement de celui-ci.

Dans le cas présent, la demande d'annexion au procès-verbal de l'assemblée de la note faisant état des doléances et contestations de l'ordre du jour avait été adressée au syndic antérieurement à la tenue de l'assemblée générale, à savoir le 26 février 2015.

Dès lors, la demande d'annexion au procès-verbal de l'assemblée générale était dépourvue de fondement textuel et la Cour de cassation écarte l'existence d'un trouble manifestement illicite.

A rapprocher : Article 17 du décret n°67-223 du 17 mars 1967

Fonds non contigus : règles de distance applicables aux servitudes de vue

Cass. civ. 3^{ème}, 23 novembre 2017, n°15-26.240, 15-26.271

Ce qu'il faut retenir :

Les règles de distance imposées par l'article 678 du Code civil, prévoyant une distance d'au moins dix-neuf décimètres (soit 1,90 mètres) entre les fonds, ne s'appliquent que lorsque les fonds sont contigus.

Pour approfondir :

Dans cette affaire, les consorts X étaient propriétaires d'une parcelle, voisine de celle de M. et Mme Y, dont la propriété leur avait été reconnue par un jugement du 11 janvier 2005 auquel la commune de Calacuccia était intervenue volontairement. Soutenant que M. et Mme Y avaient construit leur balcon et ouvert des vues sur leur parcelle, les consorts X les ont assignés en démolition et remise en état.

Sur tierce opposition de M. et Mme Y au jugement du 11 janvier 2005, les consorts X et la commune de Calacuccia ont été jugés non propriétaires d'une bande de terrain située en bordure du fonds de M. et Mme Y, auxquels il a été enjoint de supprimer les vues ouvrant sur le fonds des consorts X.

La Cour d'appel avait retenu que ni les consorts X, ni M. et Mme Y n'étaient propriétaires de la bande de terrain séparant leurs fonds respectifs.

La commune de Calacuccia a formé un pourvoi en cassation.

La Cour de cassation, relevant d'office le moyen sur le fondement de l'article 678 du Code civil, censure la décision de la Cour d'appel en rappelant que les distances prescrites par ce texte ne s'appliquent que lorsque les fonds sont contigus.

Ainsi, en l'espèce, dès lors qu'il apparaissait que les fonds appartenant aux consorts X et aux consorts Y n'étaient pas contigus, peu importait l'usage commun de la bande de terrain.

Cette décision vient confirmer la jurisprudence établie aux termes de laquelle les prescriptions relatives aux distances à respecter pour ouvrir des vues droites sur l'immeuble voisin ne concernent que les propriétés contiguës.

A rapprocher : Cass. civ. 3^{ème}, 21 décembre 1987, n°86-16.177

■ Paris - Nantes - Montpellier - Grenoble - Lyon - Fort-de-France - Pointe-à-Pitre ■

■ Bordeaux - Chambéry - Clermont-Ferrand - Grenoble - Le Havre - Poitiers - Rouen - Saint-Denis (La Réunion) - Saint-Etienne - Strasbourg - Toulouse ■

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Côte d'Ivoire - Égypte - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Hongrie - Île Maurice - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Oman - Paraguay - Pérou -

RD Congo - Sénégal - Thaïlande - Tunisie ■

INTERNATIONAL

Accord de libre-échange entre le Japon et l'Union Européenne (JEFTA) 7 décembre 2017

Ce qu'il faut retenir :

Les négociations sur l'Accord économique entre le Japon et l'Union Européenne (JEFTA - Japan Europe Free Trade Agreement) ont été finalisées le 7 décembre 2017, sur la base d'un accord de principe qui avait été donné le 6 juillet 2017. Cet accord vise à faciliter l'exportation de biens et services entre l'Union Européenne et le Japon.

Pour approfondir :

Les négociations pour un accord de partenariat économique entre le Japon et l'Europe ont été menées à bien par la Commission européenne et le Japon ; ces négociations se sont achevées le 7 décembre 2017.

L'Accord entrera en vigueur après adoption du texte par les institutions de chaque partie. Cet accord dit « de nouvelle génération » montre la volonté de l'Europe de refuser le protectionnisme et de libéraliser les échanges sur la base d'un accord global, protecteur des intérêts des parties signataires.

En mars 2013, la Commission européenne a entamé des négociations pour établir un accord de partenariat économique global avec le Japon au nom et pour le compte de la Communauté européenne et des États membres après que le mandat de négociation a été adopté par le Conseil des États membres de l'Union européenne en novembre 2012. Les négociations ont abouti à un accord le 8 décembre 2017.

L'accord, déjà diffusé sur le site internet de la Commission européenne pour des raisons de transparence, devra être approuvé par le Parlement européen puis ratifié par les États membres. La Commission européenne espère une ratification rapide pour une entrée en vigueur avant la fin du mandat de l'actuelle Commission, en 2019.

Le JEFTA couvre un tiers de l'économie mondiale, ce qui en ferait le plus important accord de commerce et d'investissement à ce jour.

Comme le CETA (accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union Européenne) ou le TAFTA (accord de libre-échange entre l'Europe et les États-Unis), le JEFTA est un accord global dit de « nouvelle génération », à savoir un accord de commerce qui contient, outre les dispositions traditionnelles relatives à la réduction des droits de douane et des obstacles non tarifaires affectant les échanges, des dispositions dans diverses matières liées au commerce telles que la propriété intellectuelle, la concurrence et le développement durable.

Cet accord entre donc dans le cadre de l'avis rendu le 16 mai 2017 par la Cour de Justice de l'Union européenne (n°2/15) qui précise que ce type d'accord relève à la fois de la compétence exclusive de l'Union Européenne et d'une compétence partagée entre l'Union et les États membres.

Le JEFTA doit donc être ratifié par le Conseil, par le Parlement européen mais aussi par les 38 parlements nationaux et régionaux des États membres pour entrer en vigueur.

Cet accord, tel qu'il est rédigé aujourd'hui, permettra la suppression de 90% des droits de douanes qui s'appliquent sur les échanges entre l'Union Européenne et le Japon. Le JEFTA profite donc aux entreprises européennes exportant vers le Japon et aux entreprises japonaises exportant vers des États membres de l'Union européenne.

Le JEFTA augmente les quotas annuels d'exportation de produits agricoles exemptés, qui correspondront, à terme, à 85% des exportations vers le Japon, notamment sur des produits tels que le porc, le bœuf ou encore le vin et l'alcool. Il facilitera également les échanges de services entre l'Union européenne et le Japon. En outre, le JEFTA reconnaît le statut des appellations d'origine et protège ainsi plus de 200 produits européens comme le Roquefort, le vinaigre balsamique de Modène, le Prosecco ou encore le Whisky Irlandais.

L'accord devrait permettre une intensification des échanges avec l'ouverture du marché japonais (de plus de 127 millions de consommateurs) dans de nombreux secteurs (tels que les transports) et pour les marchés publics. Il porte également sur une meilleure coopération en termes d'investissement, de développement durable ou encore de protection des données à caractère personnel (sur ce dernier point, les termes seront négociés postérieurement).

Enfin, pour la première fois, l'accord prend en compte les règles de gouvernement d'entreprise basées sur les principes dégagés par le G20 sur ce sujet.

A noter, d'une part, que l'accord économique entre le Japon et l'Union européenne permet aux parties de conserver leur souveraineté en ce qui concerne les services publics, notamment en termes de télécommunication, de santé publique ou d'éducation et, d'autre part, que le texte publié le 7 décembre 2017 est publié dans un but purement informatif ; il est donc susceptible d'être modifié.

A rapprocher : EU-Japan FTA / EPA (7 décembre 2017) ; Accord de principe du 6 juillet 2017 (communiqué)

Clause attributive de juridiction et connexité
Cass. civ. 1^{ère}, 13 décembre 2017, n°16-22412

Ce qu'il faut retenir :

La clause, conforme aux dispositions de l'article 23 de la Convention de Lugano du 30 octobre 2007, qui crée une compétence exclusive au profit d'une juridiction désignée prime sur la compétence spéciale de l'article 6, §1, de la même Convention concernant la pluralité de défendeurs et l'existence d'un lien de connexité entre les demandes.

Pour approfondir :

Par l'arrêt commenté, la Cour de cassation réaffirme comme elle le fait classiquement la primauté des **clauses attributives de juridiction**, valides au regard de la Convention de Lugano, sur les autres compétences spéciales prévues par cette même convention.

Pour rappel, la Convention de Lugano du 30 octobre 2007, signée par l'Union Européenne, le Danemark, la Norvège, l'Islande et la Suisse, s'aligne sur le cadre juridique du Règlement Bruxelles I bis concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciales entre Etats membres.

En l'espèce, un contrat de mandat de vente avait été conclu entre la société suisse N et la société française

B. Le contrat comportait une clause attributive de compétence au profit des juridictions suisses.

La société B a assigné devant les juridictions françaises les parties à l'acte de vente en paiement de sa commission et de dommage et intérêts.

La société N a alors soulevé l'incompétence de la juridiction saisie en relevant l'existence de ladite clause attributive de compétence.

Devant la Cour de cassation, la société B a fait grief à l'arrêt de la Cour d'appel d'avoir retenu l'incompétence de la juridiction française, en soutenant notamment que l'article 6 § 1 de la Convention de Lugano du 30 octobre 2007 permet au demandeur, en cas de pluralités de défendeurs, et s'il existe un lien de connexité nécessitant que deux affaires soient instruites et jugées ensemble, de saisir, à son choix, la juridiction du lieu où demeure l'un des défendeurs, et ce, en dépit de toute clause attributive de juridiction stipulée au profit de l'un des défendeurs.

La Cour de cassation a néanmoins logiquement rejeté le pourvoi, en retenant que la clause attributive de juridiction, valable au sens de l'article 23 de la Convention de Lugano, avait créé une compétence exclusive au profit de la juridiction désignée, à savoir en l'espèce les juridictions suisses, et qu'elle primait sur l'option de compétence offerte par l'article 6 § 1 de la même convention.

L'arrêt commenté n'a ainsi fait que rappeler les termes de l'article 23 précité, qui précise que la compétence résultant d'une clause attributive de juridiction est « *exclusive, sauf convention contraire des parties* ».

A rapprocher : Convention de Lugano du 30 octobre 2008 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale

ACTUALITÉ SIMON ASSOCIÉS

JANVIER 2018

IPEM

International Private Equity Market

[SIMON ASSOCIÉS](#) participe à ce grand événement annuel

24 au 26 janvier 2018 – Cannes

[En savoir plus](#)

Panorama de l'année immobilière 2017

Petit-déjeuner formation organisé par [SIMON ASSOCIÉS](#) et animé par [AMELIE PINÇON](#)

26 janvier 2018 – Paris

Plus de détails prochainement

13^{èmes} Entretiens de la Sauvegarde

[SIMON ASSOCIÉS](#) participe à cet événement organisé par l'[IFPPC](#)

29 janvier 2018 – Paris (Maison de la Chimie)

[En savoir plus](#)

Panorama de droit de la distribution et de la franchise

Comme chaque année, [SIMON ASSOCIÉS](#) publiera un Panorama des textes et de la jurisprudence rendue au cours de l'année 2017, en droit de la distribution et de la franchise

30 janvier 2018

FÉVRIER 2018

La Journée du droit de la distribution et de la concurrence

Événement organisé par [LEXTENSO](#),

Intervention de [FRANÇOIS-LUC SIMON](#) sur « *L'instance de dialogue social dans les réseaux de franchise* »

2 février 2018 – Paris 7^{ème}

[En savoir plus et s'inscrire](#)

Mettre en place le nouveau règlement de protection des données personnelles

Conférence et ateliers organisés par [SIMON ASSOCIÉS](#) et la [FEDERATION DE LA MAILLE & DE LA LINGERIE](#)

Intervenants : [FRANÇOIS-LUC SIMON](#), [AMIRA BOUNEDJOURM](#), [GAËLLE TOUSSAINT-DAVID](#) (Simon Associés) et [XAVIER GUEANT](#) (Responsable affaires juridiques et environnementales, Fédération de la Maille & de la Lingerie)

6 février 2018 – Clichy

[En savoir plus et s'inscrire](#)