SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

SOMMAIRE

DISTRIBUTION

La clause de non-concurrence post-contractuelle dans les contrats de distribution — p. 2
Panorama de jurisprudence et Prospective

Application de l'article L. 341-2 du Code de commerce — p. 25
CA Paris, 22 novembre 2018, n°18/06688

Vers une obligation de non-concurrence de plein droit pendant la durée du contrat de franchise — p. 27
Cass. com., 14 novembre 2018, n°17-19.851

Le Juge ne peut réduire d'office une clause pénale sans débat contradictoire préalable — p. 29
Cass. com., 14 novembre 2018, n°17-19.851

Information précontractuelle et nullité du contrat de franchise — p. 30
CA Paris, 7 novembre 2018, n°16/10209

Critères de qualification de l'agent commercial — p. 32
CA Paris, 29 novembre 2018, n°17/07784

CONCURRENCE & CONSOMMATION

Déséquilibre significatif et contrôle du prix par le juge — p. 33
Regard d'expert : analyse du Professeur Cyril Grimaldi sur la décision du Conseil constitutionnel n°2018-749 QPC du 30 novembre 2018

Nouvelles règles pour les promotions et le seuil de revente à perte dans le secteur alimentaire — p. 37
Ordonnance n°2018-1128 du 12 décembre 2018

Enquête de la DGCCRF dans le secteur des communications électroniques — p. 39
Résultat d'enquête de la DGCCRF – 8 novembre 2018

Application de la distribution sélective quantitative au secteur de la joaillerie et de l'horlogerie — p. 40
CA Aix-en-Provence, 13 décembre 2018, n°16/04107

Rupture brutale des relations commerciales et principe de non-cumul des responsabilités — p. 43
CA Paris, Pôle 5 ch. 11, 30 novembre 2018, n°16/23273 ; Cass. com., 24 octobre 2018, n°17-25.672

IMMOBILIER – CONSTRUCTION - URBANISME

Bail commercial : nouvel éclairage sur l'annulation des clauses d'indexation — p. 44
Cass. civ. 3ème, 29 novembre 2018, n°17-23.058, Publié au bulletin

Loi ELAN et bail commercial : nouvel outil pour accélérer la transformation de bureaux en logements — p. 45
Article L. 145-4 du Code de commerce modifié par la Loi n°2018-1021 du 23 novembre 2018 - art. 28

Bail commercial : fixation du loyer de renouvellement sans recours à l'expertise contradictoire — p. 46
Cass. civ. 3ème, 15 novembre 2018, n°16-26.172, FS-P+B+I

Bail commercial : frontière entre les travaux de mise en conformité et l'obligation de délivrance — p. 47
Cass. civ. 3ème, 11 octobre 2018, n°17-18.553, inédit

Contrôle des engagements souscrits dans les dossiers de demandes d'AEC – Evaluation du dispositif de contrôle des surfaces commerciales illégales — p. 48
Rép. Min, JO Sénat, 1er novembre 2018, p. 5580 « Exploitation illicite de surfaces par les grandes surfaces »

PROPRIETE INTELLECTUELLE & NOUVELLES TECHNOLOGIES

Bouygues Telecom condamné à une amende de 250 000 € par la CNIL pour non-respect de la sécurité des données de ses clients — p. 49
Délibération n°SAN -2018-012 du 26 décembre 2018

Le marketing émotionnel, une source d'enjeux juridiques — p. 50
Laboratoire d'Innovation Numérique de la CNIL, 26 novembre 2018

Le système de crédit social : un futur standard de la smart city ? — p. 51
Laboratoire d'Innovation Numérique de la CNIL, 28 novembre 2018

L'abonné titulaire d'une connexion internet reste responsable des atteintes aux droits de propriété intellectuelle en cas de téléchargement illicite — p. 52
CJUE, 3ème ch., 18 octobre 2018, Bastei Lübbe GmbH & Co. KG / M. X.

INTERNATIONAL

La Loi de l'e-commerce en Chine — p. 54
Entrée en vigueur le 1er janvier 2019

ACTUALITÉ SIMON ASSOCIÉS — p. 56

PARIS - NANTES
MONTPELLIER
FORT-DE-FRANCE

Bureaux intégrés

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

Réseau SIMON Avocats

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

Conventions transnationales

www.simonassocies.com
www.lettredesreseaux.com

DISTRIBUTION

La clause de non-concurrence post-contractuelle dans les contrats de distribution

Panorama de jurisprudence et Prospective

Ce qu'il faut retenir :

Le présent article synthétise le sens et la portée des principales décisions qui, rendues au cours des années 2017 et 2018, concernent la clause de non-concurrence post-contractuelle prévue dans un contrat de distribution, notamment dans un contrat de franchise.

Pour approfondir :

L'examen de ces décisions permet de revenir successivement sur :

- la notion même de clause de non-concurrence post-contractuelle,
- ses conditions de validité au regard de la liberté d'entreprendre, des notions de déséquilibre significatif et d'entente, et de l'article L. 341-2 du Code de commerce,
- la responsabilité du tiers complice,
- sa mise en œuvre,
- les demandes indemnitaires,
- l'office du juge des référés.

SOMMAIRE

I. Obligation de non-concurrence post-contractuelle et notions voisines

II. II. Conditions de validité de la clause de non-concurrence post-contractuelle

II. 1. Au regard de la liberté d'entreprendre

II.1.1. Protection des intérêts légitimes du créancier de la clause de non-concurrence post-contractuelle

II.1.1.1. Légitimité

II.1.1.2. Légitimité et Savoir-faire

II.1.2. Caractère proportionné de la restriction à la liberté d'exercice de la profession de son débiteur

II.1.2.1. Limitation quant à l'activité

II.1.2.2. Limitation dans le temps

II.1.2.3. Limitation dans l'espace

II.1.3. Caractère cumulatif des deux conditions

II.1.4. Critères indifférents

II.1.5. Clause de sauvetage

II. 2. Au regard de la prohibition des clauses créant un déséquilibre significatif

II. 3. Au regard de la prohibition des ententes

II. 4. Au regard de l'article L. 341-2 du Code de commerce

III. Responsabilité du tiers complice

IV. Mise en œuvre de la clause de non-concurrence post-contractuelle

V. Demandes indemnitaires

V.1. En présence d'une clause d'indemnité forfaitaire

V.2. Hors la présence d'une clause d'indemnité forfaitaire

V.3. Cumul de manquements

VI. Référés

Liste des références commentés

*****

I. Obligation de non-concurrence post-contractuelle et notions voisines

CA Colmar, 21 novembre 2018, n°17/00958 ; Cass. com., 14 novembre 2018, n°17-19.851 ; CA Colmar, 14 novembre 2018, n°16/02968 ; CA Paris, 11 juin 2018, n°16/12549 ; Cass. soc., 15 mars 2017, n°15-28.142

1. Clause de retrait des signes distinctifs : La clause de non-concurrence post-contractuelle comme la clause de retrait des signes distinctifs participent l'une et l'autre des obligations post-contractuelles les plus répandues incombant au franchisé (F.-L Simon, Théorie et Pratique du droit de la Franchise, éd. Joly, 2009, spéc. 543 et suiv.). La clause de retrait des signes distinctifs faisant obligation au franchisé de supprimer tous les signes distinctifs de l'enseigne à la cessation du contrat de distribution constitue une obligation post-contractuelle qui, faute de pouvoir entraver l'activité du franchisé, ne peut donc être assimilée à une véritable clause de non-concurrence post-contractuelle.

Telle est la solution nettement dégagée par la jurisprudence (CA Colmar, 14 novembre 2018, n°16/02968) ; cette solution ne peut qu'être approuvée : une clause de retrait des signes distinctifs, qui impose de cesser d'utiliser la marque et les signes distinctifs du franchiseur, organise tout au plus les conséquences d'une sortie de contrat de franchise, en aménageant un délai en faveur de l'ancien franchisé. Ce faisant, une telle clause n'entrave pas la poursuite d'activité et n'a donc pas à obéir au régime spécifique de la clause de non-concurrence post-contractuelle. Aussi, la décision commentée précise-t-elle opportunément que la clause de retrait des signes distinctifs ne peut pas être assimilée à une obligation perpétuelle, mais constitue une obligation ponctuelle découlant de la rupture du contrat.

Cette distinction justifie que le franchisé non soumis à une clause de non-concurrence post-contractuelle ne puisse ouvrir, après la résiliation du contrat, un magasin qui créé une confusion avec le concept de son ex-franchiseur, par exemple, en adoptant une dénomination sociale, une enseigne et/ou un mobilier comportant des lettres et/ou des couleurs proches de celles du réseau de franchise (CA Colmar, 21 novembre 2018, n°17/00958 ; v. aussi, par ex., CA Limoges, 5 novembre 2015, n°13/01241).

2. Clause de non-sollicitation de personnel : La clause de non-concurrence post-contractuelle se distingue également de la clause de non-sollicitation de personnel, par laquelle le contractant d'une entreprise s'engage vis-à-vis de cette dernière à ne pas solliciter ou embaucher, pendant une durée déterminée, les salariés et/ou les collaborateurs de son cocontractant. La Cour de cassation admet la validité de la clause de non-sollicitation de personnel au motif qu'elle ne constitue pas une clause de non-concurrence « *dont elle n'est ni une variante ni une précision de celle-ci* » (Cass. com., 11 juillet 2006, n°04-20.438 ; RTD civ. 2007, p. 111, obs. J. Mestre et B. Fages). Une telle clause n'a donc pas à être limitée dans le temps et dans l'espace. Sa validité n'étant pas conditionnée au respect du régime spécifique de la clause de non-concurrence, la clause de non-sollicitation de personnel est couramment utilisée en pratique dans les réseaux de distribution et dans bon nombre d'opérations commerciales (cessions de parts sociales ou d'actions, cession de fonds de commerce, etc.) et de contrats de prestations de services (Cass. com., 12 juillet 2016, n°14-19728).

La clause de non-sollicitation de personnel est d'interprétation stricte (CA Paris, 11 juin 2018, n°16/12549 : soulignant qu'elle « *constitue une restriction à la liberté contractuelle, de sorte qu'elle doit être interprétée de manière stricte.* »).

3. Clause de non-sollicitation de clientèle : La clause de non-sollicitation de clientèle, qui interdit au salarié de démarcher la clientèle de son employeur, est une variété de clause de non-concurrence : elle n'interdit que le démarchage des clients de l'ancien employeur, mais n'interdit pas d'exercer une activité professionnelle (Cass. soc., 15 mars 2017, n°15-28.142 ; v. aussi, Cass. soc., 2 décembre 2015, n°13-20.706 ; Cass. soc., 2 mars 2011, n°09-40.547 ; JurisData n°2011-002675 ; JCP, S, 2011, 1181, note I. Beyneix ; Cass. soc., 27 octobre 2009, n°08-41.501, JurisData n°2009-050069).

4. Clause de non-concurrence pendant la durée du contrat : La clause de non-concurrence peut ériger une obligation à la charge du distributeur pendant le contrat et/ou après la cessation de celui-ci.

La différence entre ces deux types de clause est suffisamment connue pour qu'il soit inutile d'y revenir ici plus en détail. Il faut néanmoins signaler qu'un écart grandissant sépare le régime juridique de ces deux types de clause : d'un côté, la clause de non-concurrence post-contractuelle obéit à des conditions de validité spécifiques qui, depuis l'entrée en vigueur de l'article L. 341-2 du Code de commerce, vont parfois au-delà du raisonnable (*infra*, n°32 à 36) et, de l'autre, la clause de non-concurrence applicable pendant la durée du contrat, qui reste imperturbablement – et c'est bien normal – à l'abri des critiques.

Cet écart se creuse davantage encore depuis un arrêt rendu le 14 novembre 2018 par la chambre commerciale de la Cour de cassation ; cet arrêt rejette le pourvoi formé contre la décision qui, après avoir relevé que le franchisé avait fait concurrence au franchiseur pendant la durée du contrat, caractérise l'existence d'une faute grave imputable au franchisé, alors même que le contrat de franchise … ne comportait aucune clause de non-concurrence pendant la durée du contrat (Cass. com., 14 novembre 2018, n°17-19.851 :

« *Mais attendu qu'après avoir constaté que le contrat de franchise stipulait qu'il était conclu intuitu personae, en considération de la personne de M. X..., dirigeant de la société franchisée, expressément qualifié de « partenaire », l'arrêt relève que la société B… s'était en outre réservée la possibilité de refuser le transfert du contrat à une personne exploitant déjà un réseau de restaurants concurrents, une telle circonstance étant constitutive d'une incompatibilité grave, et que, si l'article 18.3 permettait au franchisé de continuer à exercer une activité de restauration, cette possibilité n'était prévue qu'à l'expiration du contrat ; qu'il en déduit l'impossibilité pour les partenaires du franchiseur, pendant l'application de ce contrat, de créer, fût-ce via une société tierce, un restaurant entrant en concurrence avec ceux du réseau franchisé ; qu'en l'état de ces motifs, déduits de son appréciation souveraine de la commune intention des parties, exclusive de dénaturation, la cour d'appel, qui a fait ressortir l'existence d'une situation incompatible avec l'exécution loyale du contrat par la société franchisée, a pu, sans porter atteinte à la substance ou à l'étendue des droits et obligations des parties, retenir que la résiliation du contrat pour faute grave était justifiée ; que le moyen n'est pas fondé* »).

II. <u>Conditions de validité de la clause de non-concurrence post-contractuelle</u>

5. Vue d'ensemble : La validité de la clause de non-concurrence post-contractuelle s'apprécie au regard de différentes normes de contrôle, ce qui impose au juge (et avant tout aux plaideurs…) d'être particulièrement précis : la liberté d'entreprendre **(II.1.)**, la prohibition des clauses créant un déséquilibre significatif **(II.2.)**, la prohibition des ententes **(II.3.)**, et de l'article L. 341-2 du Code de commerce **(II.4.)**.

II. 1. Au regard de la liberté d'entreprendre

6. Conditions de validité : Pour être valable, une clause de non-concurrence post-contractuelle doit :

- d'une part, être justifiée par la protection des intérêts légitimes de son créancier **(II.1.)**; et
- d'autre part, ne pas porter une atteinte excessive à la liberté de son débiteur **(II.2.)**, c'est-à-dire être limitée quant :
  - à l'activité **(II.2.1.)**,
  - au temps **(II.2.2.)**,
  - à l'espace **(II.2.3)**.

Ces deux séries de conditions sont cumulatives **(II.3.)**.

Tout autre critère est indifférent à l'appréciation de la validité d'une telle clause **(II.4.)**.

La clause de sauvetage sera enfin évoquée **(II.5)**.

II.1.1. Protection des intérêts légitimes du créancier de la clause de non-concurrence post-contractuelle

II.1.1.1. Légitimité

Cass. com., 4 septembre 2018, n°17-17.891 et 17-18.132 ; TC Paris, 19ème chambre, 13 juin 2018, n°J2018000299 ; TC Rennes, 7 mars 2017, n°2016F00119 ; CA Versailles, 12ème chambre, 21 février 2017, n°15/00070, n°15/00794, n°15/00954

7. Contrats de franchise : En franchise, la jurisprudence retient par principe qu'une clause de non-concurrence post-contractuelle limitée dans la durée a pour objet de protéger le savoir-faire de l'ancien franchiseur et qu'elle est donc une restriction de concurrence justifiée par l'objet même de la franchise (TC Rennes, 7 mars 2017, n°2016F00119 : soulignant qu'il « *est parfaitement légitime pour un franchiseur qui fait bénéficier les franchisés du réseau qu'il a constitué de son savoir-faire commercial et technique de protéger ses intérêts comme ceux des autres franchisés* »). Cette solution logique vaut également pour la clause de non-réaffiliation (Cass. com., 4 septembre 2018, n°17-17.891 et 17-18.132 : « *la clause de non-réaffiliation, limitée dans le temps et dans l'espace, est légitime dès lors qu'elle vise à protéger le réseau, qui est constitué non seulement d'équipes franchisés, mais également de succursales et cabinets indépendants de l'enseigne* » ; CA Versailles, 12ème chambre, 21 février 2017, n°15/00070, n°15/00794, n°15/00954 : soulignant qu'« *en l'espèce, la clause incriminée, limitée dans le temps et dans l'espace, apparaît être parfaitement légitime puisque, contrairement à ce qu'ont estimé les premiers juges, le réseau qu'elle vise à protéger concerne non seulement, les équipes franchisées mais également, les succursales et les cabinets indépendants de l'enseigne* » ; v. aussi, par ex., CA Paris, 14 décembre 2016, n°14/14207).

8. Autres types de contrat : Pour ce qui concerne les contrats résiliés ou arrivés à terme avant l'entrée en vigueur des dispositions de l'article L. 341-2 du Code de commerce – ce texte ne s'applique qu'aux contrats conclus à compter du 6 août 2015 ainsi qu'aux contrats en cours à la date du 6 août 2016 –, la jurisprudence retient qu'une clause de non-concurrence post-contractuelle peut valablement figurer dans un contrat autre qu'un contrat de franchise, dès lors qu'une telle clause contribue à la protection des avantages concurrentiels offerts par le réseau, notamment en permettant de préserver l'image de marque du réseau et/ou l'utilisation de droits de propriété industrielle lui appartenant (TC Paris, 19ème chambre, 13 juin 2018, n°J2018000299 : « *que la validité de telles clauses de non concurrence ne sauraient être limitées aux seuls cas où il y a transmission d'un savoir-faire, c'est à dire les contrats de franchise, mais que rien n'interdit leur usage dans l'ensemble des réseaux de distribution et notamment, comme c'est le cas en l'espèce, lorsque le contrat est un contrat d'affiliation à un réseau de distribution exclusive de produits d'un certain type avec concession de l'usage d'une marque* » ; CA Versailles, 12ème chambre, 21 février 2017, n°15/00070, n°15/00794, n°15/00954 : soulignant que « *la clause contractuelle d'affiliation qui ne peut être justifiée que par la protection des avantages concurrentiels offerts par le réseau, est censée protéger celui-ci, notamment contre la divulgation d'un savoir-faire ou des droits de propriété industrielle lui appartenant, ou encore préserver l'image de marque de ce réseau* »).

II.1.1.2. Légitimité et Savoir-faire

CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 3 octobre 2018, n°16/11454 ; TGI Paris, 3ème ch., 8 juin 2018, n°2016/18648 ; CA Dijon, 8 mars 2018, n°16/01118, JurisData n°2018-013395 ; CA Paris, Pôle 5 chambre 4, 13 décembre 2017, n°13/12625

9. Caractère nécessaire ou indispensable : Il est parfois soutenu que le critère relatif à l'intérêt légitime de protéger un savoir-faire ne suppose pas de simplement démontrer l'existence de ce savoir-faire mais de prouver que la protection accordée par la clause de non-concurrence post-contractuelle est « indispensable ». Cette observation est à mettre en perspective avec les dispositions de l'article L. 341-2, II, 3° du Code de commerce, selon lequel les clauses de non-concurrence post-contractuelle ne seraient pas valables lorsqu'elles ne sont pas « *indispensables à la protection du savoir-faire substantiel, spécifique et secret transmis (…)* ».

Pour ce qui concerne les contrats de franchise ne relevant pas des dispositions de l'article L. 341-2 du Code de commerce – ce texte ne s'appliquant qu'aux contrats conclus à compter du 6 août 2015 ainsi qu'aux contrats en cours à la date du 6 août 2016 –, la jurisprudence rendue en présence d'un contrat de franchise n'exige aucunement que la clause de non-concurrence post-contractuelle soit « indispensable » à la protection du savoir-faire car, ainsi qu'on l'a relevé, cette clause peut se justifier en dehors du cadre du contrat de franchise (*supra*, n°8).

Pour ce qui concerne les contrats relevant des dispositions de l'article L. 341-2 du Code de commerce, la jurisprudence ne s'est pas encore prononcée sur la condition posée à l'article L. 341-2, II, 3°, et il n'est pas exclu qu'elle retienne à l'avenir une acception large du mot « indispensable » qui, selon nous, devrait sagement englober l'hypothèse où la clause est simplement « nécessaire » à la protection du savoir-faire.

Il convient toutefois de conserver à l'esprit certaines décisions récentes qui, pour ordonner la nullité de la clause de non-concurrence post-contractuelle, considère que celle-ci n'est pas « indispensable » à la protection du savoir-faire en raison de la faible technicité de celui-ci (CA Paris, Pôle 5 chambre 4, 13 décembre 2017, n°13/12625 : « *En l'espèce, la clause insérée au contrat de franchise conclu avec la société Main Street n'est pas indispensable à la protection du savoir-faire du franchiseur, lequel consiste en une méthode dont il est établi par les pièces produites qu'elle est de faible technicité et qui, mise en œuvre principalement à travers des logiciels en ligne, n'est accessible que par des sites internet spécifiques de sorte qu'il ne peut plus en être fait usage à la cessation du contrat, par un blocage des accès* »). La solution n'est pas nouvelle (Cass. com., 23 septembre 2014, n°13-22.624 : *« qu'ayant relevé l'existence d'un savoir-faire, dont elle a apprécié les faibles technicité, spécificité, et originalité, comme étant centré sur la politique de promotion de l'enseigne, incluant sa politique tarifaire, et souligné que les méthodes de ce savoir-faire sont abandonnées au profit de celles du nouveau franchiseur quand un franchisé s'affilie à une autre enseigne, la cour d'appel a légalement justifié sa décision » ;* v. aussi, CA Paris, 11 septembre 2013, n°11/14380 : soulignant que *« la nature de ce savoir-faire de faibles technicité, spécificité, et originalité, il n'est aucunement établi que l'obligation (de non-réaffiliation) du contrat soit indispensable à la protection du savoir-faire transféré »*).

10. Clause de confidentialité : Dans la continuité de ce qui vient d'être indiqué, a été posée la question de savoir si la clause de non-concurrence post-contractuelle comprise dans un contrat de franchise devait être considérée nulle dès lors que la clause de confidentialité suffisait, selon le franchisé, à protéger le savoir-faire. La réponse apportée est aussi nette que logique. Le franchiseur peut, sans enfreindre le principe de proportionnalité, prévoir dans le contrat de franchise une clause de non-concurrence post-contractuelle ainsi qu'une clause de confidentialité (CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 3 octobre 2018, n°16/11454 : « *Les appelantes estiment que le critère relatif à l'intérêt légitime de protéger un savoir-faire ne suppose pas de simplement démontrer l'existence de ce savoir-faire mais de prouver que la protection accordée par la clause de non-concurrence est nécessaire et indispensable. Or, elles indiquent que les clauses de non-concurrence des différents contrats ne sont ni nécessaires ni indispensables pour assurer la protection du savoir-faire des franchiseurs. (…) Les appelantes affirment que le savoir-faire fait l'objet d'une protection suffisante par le biais de la clause de confidentialité et que la clause de non-concurrence apparaît dès lors comme superflue. Mais les intimées soutiennent, à juste raison, que les clauses de non-concurrence et celles de confidentialité ont des objets distincts (…). Le franchiseur peut donc, sans enfreindre le principe de proportionnalité, prévoir les deux types de clauses pour protéger son savoir-faire »). Une solution analogue a été rendue en présence d'une clause de non-réaffiliation insérée dans un contrat de franchise : « la clause de non-réaffiliation litigieuse qui vise à protéger ce savoir-faire, dont la protection n'est pas complètement assurée par la clause de confidentialité limitée à la non divulgation des informations relatives à l'organisation et au fonctionnement du réseau (…)* » (CA Dijon, 8 mars 2018, n°16/01118, JurisData n°2018-013395).

Il est vrai que ces deux clauses ont des objets tout à fait distincts : la clause de confidentialité tend à empêcher la communication du savoir-faire à des tiers, donc à préserver son caractère secret, tandis que la clause de non-concurrence (ou de non-réaffiliation) tend à interdire l'exercice d'une activité donnée et, à travers elle, l'exploitation de ce savoir-faire. Autrement dit, le débiteur d'une clause de confidentialité est tenu d'une obligation de ne pas faire, ne pas divulguer une information, mais il reste parfaitement libre d'exercer une activité en concurrence avec son créancier, ce qu'a d'ailleurs explicitement relevé la Cour de cassation (Cass. soc., 2 octobre 2001, JurisData n°2001-011137) ; il reste donc libre d'exploiter le savoir-faire. Dès lors que la clause de confidentialité n'emporte pas, en elle-même, d'obligation de non-exploitation du savoir-faire, il est indispensable pour le franchiseur de prévoir, également, une clause de non-concurrence/non-réaffiliation qui, elle, empêche l'exploitation du savoir-faire. Pour cette raison, la clause de non-concurrence/non-réaffiliation complète utilement la clause de confidentialité, et demeure donc « indispensable ».

11. Clause de non-exploitation du savoir-faire et prospective : Lorsqu'en revanche le contrat de franchise contient une clause par laquelle le franchisé s'interdit toute utilisation du savoir-faire postérieurement à la cessation dudit contrat, l'hésitation est permise. Ainsi, a-t-il été jugé qu'en présence d'un contrat de franchise comprenant une clause selon laquelle le franchisé « *s'engage à faire le nécessaire pour éviter toute divulgation du savoir-faire* » et « *s'interdit de dupliquer, adapter, commercialiser les documents de communication, notamment le livre de bord et l'étoile de compétence ainsi que les documents de communication fournis par le franchiseur et ce sans limitation de durée* », la « *protection du savoir-faire fait donc l'objet de clauses particulières imposant au franchisé des obligations de ne pas faire pendant la durée du contrat mais aussi après la fin de ce contrat, et ce sans limitation de durée* » ; ce faisant, le juge du fond retient « *qu'il convient de considérer qu'en présence de telles clauses qui garantissent à la société A… une protection spécifique de son savoir-faire, la stipulation complémentaire d'une clause de non affiliation n'est ni nécessaire, ni proportionnée en ce qu'elle n'a pas pour objet principal de protéger ledit savoir-faire, dont la protection est assuré par les autres clauses susvisées, mais en pratique de restreindre de manière excessive l'exercice de l'activité économique de la société (franchisée), étant au surplus observé qu'il n'est pas démontré que cette dernière puisse effectivement en pratique continuer d'exercer son activité de coiffure, en dehors de toute appartenance à un réseau national ou international, au sein du même centre commercial. En l'état de ces éléments, la clause litigieuse doit être considérée comme nulle (…)* » (TGI Paris, 3ème ch., 8 juin 2018, n°2016/18648).

Cette solution nous semble très discutable, et ce pour trois motifs au moins.

En premier lieu, en théorie, certes, on en comprend bien la logique : l'objet de la clause de non-exploitation du savoir-faire semble conférer, « sur le papier », à la clause de non-concurrence post-contractuelle une certaine inutilité ; pourquoi en effet interdire à l'ex-franchisé d'exercer une activité concurrente si celui-ci est par ailleurs tenu de ne pas exploiter le savoir-faire du réseau qu'il vient de quitter ?

Mais, à bien y regarder, l'objet de ces deux clauses diffère indiscutablement : la clause de non-exploitation du savoir-faire tend tout au plus à empêcher l'exploitation du savoir-faire, alors que la clause de non-concurrence (ou de non-réaffiliation) tend à interdire l'exercice d'une activité donnée et, à travers elle, l'exploitation de ce savoir-faire. Autrement dit, l'objet de la clause de non-concurrence (ou de non-réaffiliation) est plus large que celui de la clause de non-exploitation et, de ce fait, la première rend la seconde inutile, et non l'inverse.

En deuxième lieu, l'on pourrait alors objecter à ce stade que la clause de non-exploitation suffit à empêcher la persistance de l'exploitation du savoir-faire postérieurement à la cessation du contrat.

Mais, parlons franchement, en pratique, la clause de non-exploitation n'empêche rien : par définition, le savoir-faire présente un caractère « secret » et, le plus souvent, ce caractère « secret » complique à outrance la démonstration de la violation par l'ex-franchisé de l'exploitation, consciente ou inconsciente, du savoir-faire qu'il vient d'exploiter pendant plusieurs années.

Autrement dit, en pratique, cette preuve est quasi-impossible à rapporter, à la différence de l'obligation de non-concurrence (ou de non-réaffiliation) dont la preuve de la violation est bien plus aisée (il suffit en général de dresser un simple constat d'huissier). La politique jurisprudentielle dont procède la décision du TGI de Paris revient donc à protéger injustement les auteurs de ces manquements. Tel n'est pas l'intention du législateur ni celle de la jurisprudence. Relevons, au demeurant, que le dernier alinéa de l'article 5.3 du règlement d'exemption (UE) n°330/2010 souligne que « *le paragraphe 1, point b), ne porte pas atteinte à la possibilité d'imposer, pour une durée indéterminée, une restriction à l'utilisation et à la divulgation d'un savoir-faire qui n'est pas tombé dans le domaine public* », semblant ainsi admettre, implicitement mais nécessairement, le cumul de la clause de non-concurrence post-contractuelle et de la clause de non-exploitation du savoir-faire.

En troisième lieu, la logique de la clause de non-concurrence post-contractuelle ne doit pas seulement se résumer à la protection du savoir-faire. Que l'article 5.3 du règlement d'exemption (UE) n°330/2010 et l'article L. 341-2 du Code de commerce exigent de cette clause qu'elle soit « indispensable » à la protection du savoir-faire est une chose, qu'elle puisse également permettre la protection du réseau de franchise au-delà de l'interdiction d'exploiter le savoir-faire en est une autre.

Et, on le sait, la clause de non-concurrence post-contractuelle recèle une vertu majeure que la clause de non-exploitation ne peut avoir : elle interdit la poursuite de l'exercice d'une activité et permet donc au réseau de franchise, dans la limite d'un an, de trouver un nouveau candidat sur la zone que la clause de non-concurrence post-contractuelle oblige l'ex-franchisé à délaisser. A travers ce dispositif, le réseau peut ainsi poursuivre sa croissante, sinon ne pas régresser.

Ajoutons que la durée de la clause de non-concurrence post-contractuelle devrait différer de la clause de non-exploitation du savoir-faire.

Si la décision précitée rendue par le TGI de Paris devait s'installer, il y aurait lieu alors de prévoir une clause de non-concurrence post-contractuelle d'une durée d'un an puis une clause de non-exploitation du savoir-faire qui, applicable à compter de l'expiration de ce délai, produirait effet pour une durée de plusieurs années par exemple.

II.1.2. Caractère proportionné de la restriction à la liberté d'exercice de la profession de son débiteur

Cass. com., 28 novembre 2018, n°17-18.619 ; CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 3 octobre 2018, n°16/11454 ; CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 3 octobre 2018, n°16/05817

12. Proportionnalité : Pour être valable, la clause de non-concurrence post-contractuelle ne doit pas apporter une restriction excessive à la liberté d'exercice de la profession de son débiteur. Telle est la solution régulièrement rappelée par :

- la Cour de cassation (Cass. com., 28 novembre 2018, n°17-18.619 *: « Attendu que pour rejeter la demande d'annulation de la clause de non-concurrence et condamner la société S… à payer à la société E… la somme de 623 750 euros en réparation de la violation de cette clause, l'arrêt retient que cette clause apparaît limitée dans le temps, dans l'espace et quant à son objet et qu'une telle limitation apparaît nécessaire à la protection du savoir-faire du franchiseur dans le domaine de la formation d'ingénieurs informaticiens, et proportionnée au vu de la spécificité de l'objet de l'enseignement dispensé transmis au franchisé ; Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, comme elle y était invitée, si l'interdiction d'exercer, directement ou indirectement, en quelque qualité que ce soit, une activité d'enseignement similaire ou identique à celle exercée par le franchisé à la date de conclusion du contrat, de s'affilier à un autre réseau de franchisés concurrent ou de commercialiser sous la forme de franchise ou autrement des enseignements identiques ou semblables, dans un rayon de 150 kilomètres autour de l'école visée au contrat, n'apportait pas une restriction excessive à la liberté d'exercice de la profession de son débiteur, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision »* ; v. aussi, Cass. com., 4 mai 1993 : JurisData n°1993-000789 ; Bull. civ. 1993, IV, n°172) ;

- les juridictions du fond (CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 3 octobre 2018, n°16/11454 ; CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 3 octobre 2018, n°16/05817 : « *ces clauses doivent cependant rester proportionnées à l'objectif qu'elles poursuivent* »).

Cette exigence suppose, selon la jurisprudence, une triple limitation : limitation quant à l'activité, limitation dans le temps, et limitation dans l'espace.

II.1.2.1. Limitation quant à l'activité

CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 3 octobre 2018, n°16/11454 ; Cass. com., 11 mai 2017, n°15-12.872

13. Nullité : Est nulle la clause de non-concurrence post-contractuelle qui n'est pas limitée quant à l'activité. Cette condition va tellement de soi qu'elle est parfois oubliée (Cass. com., 24 novembre 2009, n°08-17650 : « *Mais attendu que la validité d'une clause de non-concurrence post-contractuelle insérée dans un contrat de franchise n'est subordonnée qu'à la condition que cette clause soit limitée dans le temps et dans l'espace et qu'elle soit proportionnée aux intérêts légitimes du franchiseur au regard de l'objet du contrat* »).

14. Appréciation *in concreto* : En contrepoint, la limitation quant à l'activité est proportionnée lorsque la clause de non-concurrence post-contractuelle « *a pour objet de limiter l'exercice par le franchisé d'une activité similaire ou analogue à celle du réseau qu'il quitte* » (Cass. com., 6 octobre 2015, n°13-27.419 ; Cass. com., 28 septembre 2010, n°09-13888).

Dans le même ordre d'idée, la clause de non-concurrence post-contractuelle peut valablement interdire au franchisé d'exercer et/ou de s'intéresser à une activité similaire en tout ou partie à celle du franchiseur (CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 3 octobre 2018, n°16/11454 : « *La mention « en tout ou partie » qui, selon les appelantes, rendrait la limitation disproportionnée, signifie que si l'ancien franchisé exerce une activité dont une partie seulement est similaire et donc concurrente à celle exercée précédemment, alors il tombe sous le coup de l'interdiction, même s'il exerce d'autres activités en même temps, et pour cette activité seulement* »).

Toutefois, encourt l'annulation la clause de non-concurrence post-contractuelle érigeant une interdiction d'activité disproportionnée avec l'objet du contrat (Cass. com., 11 mai 2017, n°15-12.872 : approuvant l'arrêt ayant annulé la clause de non-concurrence post-contractuelle, au motif notamment que « *cette clause n'était pas proportionnée à l'objet du contrat puisqu'elle n'avait pas pour but de protéger la clientèle du mandant, l'objet du contrat consistant en la réalisation de transactions ponctuelles, non ou peu renouvelables, auprès de la population nationale adulte indifférenciée, ce qui exclut toute fidélisation, notion inhérente au concept de clientèle ou même d'achalandage qui suppose une implantation géographique, inexistante en l'espèce ; qu'il retient, enfin, que la clause n'avait pour objectif que d'interdire l'accès au marché national à l'ancien cocontractant, en le privant de la possibilité de continuer à exercer l'activité qu'il avait déjà entreprise au moins de manière accessoire, avant la conclusion du contrat, ce qui ne caractérisait pas la protection d'un intérêt légitime* »).

L'appréciation du caractère excessif (ou non) de la limitation quant à l'activité est effectuée *in concreto*.

II.1.2.2. Limitation dans le temps

CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 3 octobre 2018, n°16/11454 ; CA Paris, Pôle 5, chambre 5, 5 juillet 2018, n°16/04886, JurisData n°2018-014297 ; CA Paris, Pôle 5, chambre 5, 5 juillet 2018, n°16/05225, JurisData n°2018-013211 ; CA Paris, Pôle 5, chambre 10, 18 juin 2018, n°16/18446 ; CA Paris, Pôle 5, chambre 5, 14 juin 2018, n°16/04387 ; CA Rouen, 10 mars 2017, n°15/04721

15. Nullité : La clause de non-concurrence post-contractuelle ou la clause de non-réaffiliation doit être limitée dans le temps à compter de l'expiration du contrat de franchisage.

Est donc nulle la clause de non-concurrence post-contractuelle qui n'est pas suffisamment limitée dans le temps (CA Paris, Pôle 5, chambre 5, 5 juillet 2018, n°16/04886, JurisData n°2018-014297 ; CA Paris, Pôle 5, chambre 5, 5 juillet 2018, n°16/05225, JurisData n°2018-013211 : « *Mme A... excipe à bon droit de la nullité de la clause de non concurrence post contractuelle stipulée à l'article 5.3 alinéa 2 de son contrat MIOB, qui s'est expressément substitué à son contrat d'agent commercial. En effet, il est soutenu avec raison que cette clause est illicite en ce que sa limitation (…) dans le temps (à savoir, 2 ans), apparaît disproportionnée et excessivement longue au regard des intérêts à protéger de son bénéficiaire, (la société C…), au vu des éléments du dossier, celle-ci se disant notamment 'n°1 des courtiers' en prêts immobiliers en France et compte tenu du maillage important du territoire et en particulier de la région concernée par ses agences et bureaux* » ; CA Paris, Pôle 5, chambre 5, 14 juin 2018, n°16/04387 ; CA Paris, Pôle 5, chambre 10, 18 juin 2018, n°16/18446 : retenant le caractère disproportionné d'une clause de non-concurrence post-contractuelle applicable pour une durée de deux ans ; v. aussi, Cass. com., 12 mars 2002, n°99-14.762 : pour une durée de cinq ans ; v. contra, CA Rouen, 10 mars 2017, n°15/04721 : considérant que la clause de non-concurrence post-contractuelle applicable pour une durée de deux ans est proportionnée).

16. Appréciation *in concreto* : La jurisprudence retient qu'une interdiction d'exercer l'activité pendant une durée d'un an à compter de la cessation du contrat s'avère proportionnée (CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 3 octobre 2018, n°16/11454 : « *Les appelantes ne contestant pas ce critère, il y a lieu cependant de souligner que, ainsi que le mentionnent les intimées, les clauses de non-concurrence sont limitées à une durée d'un an à compter de la cessation du contrat, ce qui est conforme à la pratique et usuellement considéré comme proportionné par la jurisprudence* »). Cette solution est très classique.

17. Appréciation critique : Il est permis d'envisager qu'une clause de non-concurrence post-contractuelle jugée excessive en ce qu'elle ne serait pas suffisamment limitée dans le temps, pourrait n'être sanctionnée que par la réduction de la limitation temporelle qu'elle stipule, et non par sa nullité.

En pratique, les plaideurs ne soulèvent quasiment jamais cette objection, préférant la solution du « tout ou rien », ce d'autant qu'une telle argumentation n'est pas admise par le droit positif, du moins pour ce qui concerne les clauses de non-concurrence post-contractuelle figurant dans un contrat de franchise ou de distribution (Cass. com., 30 mars 2016, n°14-23.261 : rejetant le pourvoi qui faisait valoir que « *si les juges doivent tenir pour illicite une clause de non concurrence en ce que, du fait d'une insuffisance de limitation dans le temps, dans l'espace, et quant à l'activité concernée, elle porte une atteinte disproportionnée à la liberté du commerce, ils doivent faire application d'une telle clause lorsque, dans la mesure de sa licéité, il est certain que son débiteur l'a violée* », au motif que « *ayant retenu que la clause de non-concurrence était illicite en raison de son caractère disproportionné, la cour d'appel n'était pas tenue d'effectuer la recherche [ainsi] invoquée* » ; v. aussi : CA Aix-en-Provence, 28 février 2005, JurisData n°272824 : prononçant la nullité de la clause de non-concurrence post-contractuelle insuffisamment limitée dans le temps et dans l'espace au motif que « *sa validité ne pouvant être rétablie par une réduction temporelle ou géographique, le tribunal n'ayant pas le pouvoir de modifier les termes d'une convention soumise à son appréciation* »).

Pourtant, la sanction par « réduction » des clauses de non-concurrence excessives participerait selon nous d'une bonne politique jurisprudentielle car elle introduirait une dose de proportionnalité dans la sanction ... Telle est d'ailleurs la solution retenue par la jurisprudence dans des situations analogues (v. not., pour une nullité partielle en cas de dépassement du délai de 10 ans prévu à l'article L. 330-1 du Code de commerce : Cass. com., 11 mars 1981 : Bull. civ. 1981, IV, n°135 ; Cass. com., 10 février 1998 : Bull. civ. 1998, IV, n°71 ; CA Douai, 24 janvier 2013, n°11/06247 ; Comp. Cass. com., 7 avril 1992 : Bull. civ. 1992, IV, n°154 ; v. aussi, pour une clause de non-rétablissement prévue dans un acte de cession de contrôle dont la durée est ramenée de cinq à trois ans (CA Orléans, 30 janvier 2014, n°13/01443) ; en matière sociale, en présence d'une clause de non-concurrence disproportionnée, la Cour de cassation considère que « *le juge [...] peut en restreindre l'application en en limitant l'effet dans le temps, l'espace ou ses autres modalités* » (Cass. soc., 18 septembre 2002, n°00-42.904, D. 2002. 3229 ; v. aussi, Cass. soc., 20 oct. 2008, n° 07-42.035), les juges pouvant ainsi réduire le champ d'application de cette clause dans le temps (Cass. soc., 11 octobre 1990, no 97-41.613) ou dans l'espace (Cass. soc., 25 mars 1998, no 95-41.543).

II.1.2.3. Limitation dans l'espace

Cass. com., 28 novembre 2018, n°17-18.619 ; CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 3 octobre 2018, n°16/11454 ; CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 3 octobre 2018, n°16/05817 ; CA Paris, Pôle 5, chambre 5, 5 juillet 2018, n°16/04886, JurisData n°2018-014297 ; CA Paris, Pôle 5, chambre 5, 5 juillet 2018, n°16/05225, JurisData n°2018-013211 ; CA Paris, Pôle 5, chambre 5, 14 juin 2018, n°16/04387 ; CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 21 juin 2017, n°15/15949 ; Cass. com., 8 juin 2017, n°15-27.146 ; Cass. com., 11 mai 2017, n°15-12.872

18. Nullité : La clause de non-concurrence post-contractuelle ou la clause de non-réaffiliation doit être limitée dans l'espace.

Est donc nulle la clause de non-concurrence post-contractuelle qui n'est pas limitée dans l'espace (CA Nancy, 6 mai 2015, n°14/00190), celle limitée à un territoire imprécis (CA Paris, 23 septembre 2015, n°12/22096), comme celle dont la limitation territoriale apparaît excessive (CA Bourges, 10 septembre 2015, n°15/00061 et Cass. com., 23 septembre 2014, n°13-20.454 : pour un rayon de 50 km autour du point de vente ; v. aussi, Cass. com., 12 mars 2002, n°99-14.762).

Cette solution est transposable à une clause de non-réaffiliation (Cass. com., 8 juin 2017, n°15-27.146 : « *Mais attendu qu'après avoir relevé, sans dénaturation, que l'étendue géographique à laquelle faisait référence la clause de non-réaffiliation n'était pas déterminée faute de définition de la zone de chalandise, la cour d'appel, qui a retenu que cette clause, non limitée dans l'espace, n'était pas valide, a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision ; que le moyen, inopérant en sa seconde branche qui critique des motifs surabondants, n'est pas fondé pour le surplus* »).

En revanche, la clause de non-concurrence post-contractuelle n'est pas nulle lorsque la délimitation territoriale s'évince de la volonté des parties exprimée en dehors du contrat proprement dit (CA Paris, Pôle 5, chambre 5, 14 juin 2018, n°16/04387 : retenant que « *(…) le secteur géographique d'Etampes, même s'il a été formellement omis du contrat, (ressort) clairement des autres documents contractuels et des échanges des parties (…)* »).

19. Appréciation *in concreto* : Pour ce qui concerne les contrats résiliés ou arrivés à terme avant l'entrée en vigueur des dispositions de l'article L. 341-2 du Code de commerce – ce texte ne s'applique qu'aux contrats conclus à compter du 6 août 2015 ainsi qu'aux contrats en cours à la date du 6 août 2016 –, l'appréciation du caractère excessif (ou non) de la limitation dans l'espace est effectuée *in concreto*.

Le courant majoritaire de la jurisprudence admet le plus souvent une limitation géographique au « territoire » conféré à titre exclusif au franchisé (CA Rennes, 23 octobre 2007, n°06/06364 ; CA Rennes, 17 janvier 2012, n°10/07801). Une étendue bien plus large peut être admise : ainsi, a-t-il été jugé que n'était pas disproportionné qu'un rayon de 150 Km autour d'une agence d'auto-école (CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 3 mai 2017, n°12/23530) ou un rayon de 80 Km autour d'une agence de courtage en prêts immobiliers (CA Paris, Pôle 5, chambre 5, 5 juillet 2018, n°16/04886, JurisData n°2018-014297 ; CA Paris, Pôle 5, chambre 5, 5 juillet 2018, n°16/05225, JurisData n°2018-013211 : « *Mme A... excipe à bon droit de la nullité de la clause de non concurrence post contractuelle stipulée à l'article 5.3 alinéa 2 de son contrat MIOB, qui s'est expressément substitué à son contrat d'agent commercial. En effet, il est soutenu avec raison que cette clause est illicite en ce que sa limitation non pas tant dans l'espace (le secteur de 80 km autour de l'agence de La Roche-sur-Yon étant raisonnable), mais dans le temps (…)* »).

Inversement, la jurisprudence retient parfois la nullité de la clause de non-concurrence post-contractuelle érigeant une interdiction s'appliquant bien au-delà du territoire exclusif par ailleurs conféré au franchisé :

- CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 21 juin 2017, n°15/15949 : le franchisé avait bénéficié d'une exclusivité sur la ville de Bordeaux, alors que la clause de non-concurrence post-contractuelle portait sur l'ensemble du territoire national, ce dont il résultait qu'elle était disproportionnée ;

- Cass. com., 11 mai 2017, n°15-12.872 : approuvant l'arrêt ayant annulé la clause de non-concurrence post-contractuelle, au motif notamment que « *le périmètre géographique de la clause de non-concurrence n'était ni circonscrit, ni déterminable au moment de la conclusion du contrat, mais appelé au contraire à s'étendre sans aucune limite à tout le territoire français au fur et à mesure de l'exécution de celui-ci, de sorte que la condition tenant à la limitation de la portée géographique de la clause n'était pas respectée* » ;

- CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 3 octobre 2018, n°16/05817 : « *En revanche, le rayon de 30 kilomètres, en zone rurale, est disproportionné par rapport aux intérêts du créancier et porte une atteinte excessive au débiteur, une interdiction d'exercer l'activité identique dans les locaux même où étaient exercées les activités sous franchise s'avérant en l'espèce suffisante pour éviter tout risque de confusion entre les enseignes qui pourrait intervenir dans ces locaux à la suite de la fin du contrat* »).

Une solution analogue est retenue concernant une clause de non-affiliation post-contractuelle (CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 3 octobre 2018, n°16/11454 : « *En l'espèce, la clause, emportant interdiction de s'affilier à un réseau concurrent sur l'ensemble du territoire métropolitain, est insuffisamment limitée dans l'espace, du fait que l'activité de chacun des franchisés s'exerçait dans des agences situées à Lens, Leers, Noyelles-Godault, Lézennes, Valenciennes et Wattignies, de sorte qu'elle n'est pas proportionnée aux intérêts légitimes du franchiseur et porte une atteinte excessive aux intérêts des franchisés débiteurs* »).

L'appréciation du caractère excessif (ou non) de la limitation dans l'espace est effectuée *in concreto*.

20. Contrôle : La Cour de cassation exerce un contrôle attentif sur l'application de cette condition par le juge du fond (Cass. com., 28 novembre 2018, n°17-18.619).

21. Appréciation critique : A l'instar de ce qui a été indiqué plus haut pour ce qui concerne la limitation dans le temps (*supra*, n°17), il est permis d'envisager qu'une clause de non-concurrence post-contractuelle jugée excessive en ce qu'elle ne serait pas suffisamment limitée dans l'espace, pourrait n'être sanctionnée que par la réduction de la limitation territoriale qu'elle stipule, et non par sa nullité.

II.1.3. Caractère cumulatif des deux conditions

CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 3 octobre 2018, n°16/11454 ; CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 3 octobre 2018, n°16/05817

22. Cumul : Pour être valable au regard de la liberté d'entreprendre, une clause de non-concurrence post-contractuelle doit être justifiée par la protection des intérêts légitimes de son créancier (supra, n°7 à 11), et ne pas porter une atteinte excessive à la liberté de son débiteur (supra, n°12 à 21).

Ces deux conditions sont cumulatives : c'est pourquoi la circonstance que l'existence du savoir-faire de la tête de réseau soit établie ne suffit pas en soi à rendre une clause licite (CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 3 octobre 2018, n°16/11454 ; CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 3 octobre 2018, n°16/05817).

II.1.4. Critères indifférents

CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 3 octobre 2018, n°16/11454 ; TC Paris, 19ème chambre, 13 juin 2018, n°J2018000299 ; TC Nevers, 16 mai 2018, n°2016000395 ; CA Paris, Pôle 1 chambre 2, 16 novembre 2017, n°16/16213 ; TC Paris, 19ème chambre, 15 novembre 2017, n°J2016000315

23. Imagination stérile : Sont totalement indifférents au regard de l'appréciation de la validité d'une clause de non-concurrence post-contractuelle insérée dans un contrat de franchise :

- l'existence ou non d'une clause de confidentialité dans le même contrat (CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 3 octobre 2018, n°16/11454 ; v. aussi, CA Dijon, 8 mars 2018, n°16/01118, JurisData n°2018-013395 (à propos d'une clause de non-réaffiliation), et *supra*, n°10) ; cette solution est logique car le débiteur d'une clause de confidentialité est tenu d'une obligation de ne pas faire (ne pas divulguer une information) mais reste parfaitement libre d'exercer une activité en concurrence avec son créancier (Cass. soc., 2 octobre 2001, JurisData n°2001-011137) ;

- les répercussions sur l'emploi des salariés du franchisé (CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 3 octobre 2018, n°16/11454 : « *Les appelantes soutiennent encore que le maintien des clauses de concurrence simultanément peut avoir des conséquences dramatiques en terme d'emploi, autrement dit pourrait entraîner le licenciement de l'ensemble des salariés, spécialement formés à la pose de cuisines. Mais les deux sociétés franchiseurs soulignent à juste titre que la condition du maintien de l'emploi ne fait pas partie des conditions pour apprécier la validité d'une clause de non-concurrence, car il appartient au franchisé d'anticiper le terme de son contrat pour garantir la pérennité de l'emploi* »).

- l'absence de contrepartie financière (TC Paris, 19ème chambre, 13 juin 2018, n°J2018000299 : « *Attendu que J… soutient qu'il existerait une quatrième condition pour qu'une obligation de non concurrence soit valide car, selon elle, la contrepartie financière serait une condition nécessaire de validité d'une telle obligation ; que cependant le législateur n'a pas entendu que l'obligation de non-concurrence soit indemnisée lorsque la clause qui la stipule est conforme aux dispositions de l'article de L.134-14 du code du commerce, ce qui est le cas en l'espèce comme il a été montré ci-dessus; que ce grief tiré de l'absence de contreparties financières est donc non fondé en droit* ») ; il va autrement d'une telle clause lorsqu'elle est insérée dans un contrat de travail ou, par exemple, dans un contrat de gérance non salarié de succursale de commerce de détail alimentaire (Cass. soc., 27 mars 2013, n°12-12892 ; Cass. soc., 8 décembre 2009, n°08-42.089 et n°08-42.090) ; quelques (très rares) décisions font l'amalgame déraisonnable entre ces deux types de solutions, et subordonnent (à tort) la validité d'une clause de non-concurrence post-contractuelle insérée dans un contrat de franchise à l'existence d'une contrepartie financière (TC Nevers, 16 mai 2018, n°2016000395), encourageant de plus fort la publication de synthèses jurisprudentielles …

Il en irait de même selon nous du contrat de franchise comportant une clause de non-exploitation du savoir-faire (*supra*, n°11).

24. Prospective : Peut se poser la question de savoir si une clause de non-réaffiliation post-contractuelle insérée dans un contrat de distribution demeure (ou non) valable lorsque l'interdiction qu'elle édicte rend économiquement très difficile voire impossible la poursuite d'activité de son débiteur. Nous ne le pensons pas et, pour tout dire, l'examen de cette question ne nous serait pas venu à l'esprit si une décision récente (TC Paris, 19ème chambre, 15 novembre 2017, n°J2016000315) ne l'avait pas envisagée en y répondant en ces termes : « *Attendu que n'est pas licite une clause de non ré-affiliation qui, en interdisant toute affiliation à un autre réseau, rendrait économiquement très difficile voire impossible la poursuite d'activité de l'ancien franchisé ; mais que, s'agissant de l'activité d'opticien, 48% des magasins sont indépendants, ce qui prouve la viabilité du modèle économique de l'opticien indépendant* »). Une décision récente rendue en référé participe de la même approche : « *l'appréciation de la proportionnalité s'apprécie tant au regard des limitées de la clause de non-réaffiliation tant dans le temps que dans l'espace qu'au regard du mode d'exercice habituel de la profession concernée dès lors qu'il ne serait pas possible, sous peine de générer un trouble manifestement illicite, d'assurer l'efficacité d'une clause qui interdirait de fait à l'ex-franchisé de poursuivre son activité dans des conditions suffisamment rentables. (…)* » ; v. dans le même sens, mais statuant en référé : CA Paris, Pôle 1 chambre 2, 16 novembre 2017, n°16/16213, et nos observations concernant cette décision : *infra*, n°51).

Cette approche nous semble erronée pour trois motifs. En premier lieu, observons que cette condition ne figure pas au rang de celles érigées par le règlement d'exemption (UE) n°330/2010 ou l'article L. 341-2 du Code de commerce.

En deuxième lieu, subordonner la validité d'une clause de non-réaffiliation à la viabilité de l'activité poursuivie hors enseigne nationale nous semble curieux – pour ne pas dire incompatible – avec l'idée selon laquelle une clause de non-concurrence post-contractuelle peut être valable. En effet, pourquoi admettre l'interdiction absolue d'exercer telle activité pendant une durée limitée et sur un territoire lui-même limité (c'est bien là l'hypothèse de la clause de non-concurrence post-contractuelle) et, dans le même temps, interdire la clause de non-réaffiliation qui, sous les mêmes limitations de temps et d'espace, rendrait l'activité peu (ou pas) viable. Rien ne justifie que la validité de la clause de non-réaffiliation soit remise en cause car, en pareille hypothèse, une telle clause est tout au plus assimilable à une clause de non-concurrence post-contractuelle (ADLC, Avis du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire, 10-A-26, spéc. §.144 : soulignant sur ce point que « *dès lors que l'interdiction de réaffiliation rend, non pas impossible, mais très difficile la poursuite de l'exploitation du fonds de commerce et sa rentabilité aléatoire, la clause de non-réaffiliation pourrait valablement être assimilée à une clause de non-concurrence (post-contractuelle)* ». Ainsi donc, la circonstance que l'activité poursuivie après la cessation du contrat de distribution a tout au plus pour conséquence de faire assimiler la clause de non-réaffiliation à une clause de non-concurrence, mais certainement pas de la rendre nulle. Il y aurait là un véritable paradoxe, que la cohérence d'ensemble devant se dégager du droit positif ne saurait admettre.
En troisième lieu, au surplus, ajoutons que ce critère est totalement incertain, tant par sa nature même que par les conditions de sa mise en œuvre. Un tel critère est incertain par nature : la rentabilité future d'un point de vente (ou d'une agence dans le secteur des services) dépend de toute une série de paramètres ; elle dépend certes de la force attractive de l'enseigne (encore que tout dépend également en pratique de la zone dans laquelle le point de vente est situé), mais elle dépend également des qualités entrepreneuriales du dirigeant, de la qualité des salariés de l'exploitant, de l'évolution de la concurrence dans la zone de chalandise concernée, du changement des habitudes de consommation, la liste est longue ; or, la pratique montre qu'en cas de cession d'un point de vente (ou d'une agence) d'un franchisé à un autre, de fortes variations de chiffres d'affaires et de résultat d'exploitation peuvent être constatées, ce qui montre encore – si besoin était – l'importance des paramètres intrinsèques et extrinsèques que nous venons de rappeler. De plus, le critère tenant à la rentabilité future de l'exploitation est incertain au regard des conditions de sa mise en œuvre : dans la décision précitée, les juges consulaires relèvent que « *48% des magasins sont indépendants* », constat qui, selon cette décision, constitue un indice de la viabilité de l'activité poursuivie hors enseigne nationale ; mais quel serait alors le seuil au-delà duquel le juge devrait-il identifier un indice de non-viabilité de l'activité future ?

On le voit, l'introduction d'un tel critère n'est aucunement justifiée et pose au surplus davantage de problèmes qu'elle n'en résout.

II.1.5. Clause de sauvetage

C. Noblot, *La clause de sauvetage de la clause de non-concurrence post-contractuelle en cas d'anéantissement d'un contrat de distribution*, Contrats Concurrence Consommation n°2, Février 2017, form. 2

25. Prospective : Compte tenu du risque d'annulation du contrat comprenant une clause de non-concurrence post-contractuelle, il peut être opportun de prévoir une clause de sauvetage. Comme le souligne à juste titre un auteur dont nous ne faisons ici que reprendre la proposition (C. Noblot, *La clause de sauvetage de la clause de non-concurrence post-contractuelle en cas d'anéantissement d'un contrat de distribution*, Contrats Concurrence Consommation n°2, Février 2017, form. 2), « *la clause de sauvetage de la clause de non-concurrence post-contractuelle se présentera logiquement en suite de la clause délimitant, pour l'après-contrat, l'engagement de non-concurrence. La clause entraînant un « déséquilibre significatif » pouvant désormais être réputée non écrite dans les contrats d'adhésion entre professionnels (C. civ., art. 1171), il sera prudent d'ajouter, pour réduire la portée de la clause au strict nécessaire, une précision sur l'existence d'un commencement d'exécution. Ce commencement seul peut en effet justifier les restitutions immatérielles et donc le jeu de la clause de non-concurrence même en cas d'anéantissement rétroactif du contrat : « Dès lors qu'un commencement d'exécution aura été reçu par le présent contrat, l'éventuelle disparition rétroactive de ce dernier, pour quelque cause juridique que ce soit, n'empêchera pas l'application de la clause de non-concurrence (ou une clause obéissant à une raison analogue) stipulée ci-dessus* » ».

II.2. Au regard de la prohibition des clauses créant un déséquilibre significatif

Cass. com., 30 mai 2018, n°17/14303 ; TC Paris, 19ème chambre, 13 juin 2018, n°J2018000299 ; Cass. com., 18 octobre 2017, n°16-18.864 ; TC Paris, 19ème chambre, 18 octobre 2017, n°2016004888 ; CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 13 octobre 2017, n°15/03694 ; CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 17 mai 2017, n°14/18290 ; Cass. com., 26 avril 2017, n°15-27865 ; CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 19 avril 2017, n°15/24221

26. Tentation : Le tentaculaire article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce suscite certains espoirs (déçus), en témoignent la jurisprudence grandissante rendue en la matière (**Déséquilibre significatif (article 442-6, I, 2° du code de commerce) - Panorama de jurisprudence**), notamment en présence d'un contrat de franchise.

La clause de non-concurrence post-contractuelle ne pouvait donc échapper à cette tentation grandissante.

27. Condition préalable : Pour qu'une clause soit potentiellement critiquable sous l'angle de la notion de déséquilibre significatif, encore faut-il, tout d'abord, que le débiteur de l'obligation démontre que son créancier l'a soumis ou a tenté de le soumettre à un déséquilibre significatif (Cass. com., 26 avril 2017, n°15-27865 : « *ayant relevé, d'abord, que la société D… était un intermédiaire incontournable pour les fournisseurs, compte tenu de sa position de leader de la distribution des produits de l'électroménager, de l'image et du son et de la micro-informatique, se classant en première position sur le marché en termes de chiffre d'affaires, et qu'elle disposait de ce fait d'une puissance de négociation incontestable, ensuite, que la clause dénoncée était insérée dans tous les contrats déférés, à l'exception de ceux portant sur certains types de produits commercialisés par la société L…, que les limites spécifiques apportées à cette clause dans les documents contractuels des fournisseurs avaient toutes été supprimées au profit d'une clause générale et imprécise, et que la clause avait été appliquée cependant qu'aucun échange entre les parties n'en avait défini les modalités d'application, la Cour d'appel, qui a fait ressortir l'absence de marge réelle de négociation des fournisseurs en cause, a, en l'état de ces seuls motifs, pu retenir, sans inverser la charge de la preuve, que la soumission de ces derniers était établie* »).

Plusieurs décisions récentes soulignent que cette condition fait généralement défaut dans les contrats de franchise (CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 17 mai 2017, n°14/18290 : « *La cour observe que la société PC Com était libre de conclure le contrat de franchise qu'elle a signé le 25 août 2011 par l'intermédiaire de son gérant Monsieur A…, elle n'était pas liée avec la société B…, de sorte qu'il n'est pas démontré que celle-ci l'ait soumise ou tenté de la soumettre à des obligations déséquilibrées, ce qui suppose l'existence d'un certain rapport de dissymétrie entre les parties, alors que la société C… Com souligne que le réseau n'était constitué que d'un seul autre franchisé lorsqu'elle l'a rejoint. Par conséquent, sa demande présentée sur ce fondement ne saurait prospérer* » ; TC Paris, 19ème chambre, 13 juin 2018, n°J2018000299 : « *Attendu que (le partenaire) n'a ni par écrit ni oralement expliqué en quoi Y l'aurait soumis ou tenté de la soumettre à un déséquilibre significatif alors que la charge de la preuve lui en revient; qu'au demeurant rien n'obligeait (le partenaire) à signer le contrat de partenariat qu'elle lui a proposé alors même qu'il existait pour elle de très nombreuses opportunités soit de s'approvisionner en produits de vapotage auprès des nombreux grossistes qui les proposent aux boutiques de détail, soit de signer un contrat d'approvisionnement exclusif avec un fournisseur ou un distributeur, soit d'entrer dans une franchise, comme elle prétend qu'elle le souhaitait dans un grand réseau de distribution ; qu'au surplus aucune pièce produite ne montre qu'elle aurait tenté de discuter les clauses de ce contrat alors même que le DIP lui a été fourni 2 mois avant la signature, soit donc un temps de réflexion très largement supérieur au délai légal de 20 jours* »).

Cette jurisprudence doit être approuvée. Si, dans un contrat d'adhésion, cette condition peut être remplie (CA Paris, 19 avril 2017, n°15/24221 : « *l'insertion de clauses dans une convention type ou un contrat d'adhésion qui ne donne lieu à aucune négociation effective des clauses litigieuses peut constituer [la soumission ou la tentative de soumission]* »), encore convient-il de vérifier que le contrat n'a pas été négocié parce qu'il n'était pas négociable…

28. Applications : A supposer même cette condition préalable remplie, force est de constater que la notion même de déséquilibre significatif s'analyse au regard du contrat considéré dans sa globalité (Cass. com., 3 mars 2015, n°13-27.525 ; Cass. com., 27 mai 2015, n°14-11.387). Il en va évidemment de même des contrats de distribution (TC Paris, 19ème chambre, 18 octobre 2017, n°2016004888 : écartant, à propos d'un contrat de franchise, la preuve d'un déséquilibre significatif au sens de l'article L.442-6-1,2° du Code de commerce au motif que « *les clauses litigieuses sont donc compensées par d'autres avantages, que de surcroît la notion de déséquilibre significatif s'analyse au niveau de la totalité du contrat* »).

Et la circonstance que le contrat de franchise comprenant une clause de non-concurrence post-contractuelle ne comporte pas de clause d'exclusivité au bénéfice du franchisé n'y change rien (Cass. com., 30 mai 2018, n°17/14303 : « *Et attendu, en second lieu, qu'après avoir retenu que la société X... n'expliquait pas en quoi l'absence d'exclusivité territoriale au bénéfice du franchisé constituerait un déséquilibre au regard de la clause post-contractuelle de non-concurrence, dès lors que cette clause, d'une durée limitée et qui a pour objet de protéger le savoir-faire de l'ancien franchiseur et d'éviter qu'il ne soit divulgué dans un autre réseau, est une restriction justifiée par l'objet de la franchise, l'arrêt relève que la clause de non-concurrence post-contractuelle n'est pas disproportionnée au regard des obligations à la charge du franchiseur, de mise à disposition d'une enseigne, de fourniture d'un savoir-faire et d'assistance, et en déduit qu'aucun déséquilibre ne saurait, en soi, en résulter ; qu'en l'état de ces motifs, la cour d'appel, qui n'a pas soumis l'existence d'un déséquilibre significatif à l'exigence d'une identité d'objet entre les clauses et n'avait pas à effectuer la recherche inopérante invoquée par la deuxième branche, a légalement justifié sa décision* »). Par cette décision, la Haute juridiction se prononce pour la première fois sur l'application de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce à une clause de non-concurrence post-contractuelle, cette application étant logiquement écartée.

Dans le même ordre d'idée, le caractère unilatéral de la clause pénale attachée à la violation de la clause de non-concurrence post-contractuelle n'est pas de nature à participer d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. Selon la jurisprudence, en effet, la clause résolutoire mettant à la charge d'une seule des parties à un contrat le paiement d'une indemnité en cas de résiliation de celui-ci à ses torts exclusifs n'est pas constitutive d'un déséquilibre significatif dès lors qu'elle vise à réparer forfaitairement le préjudice effectivement subi par la partie victime des manquements ayant entraîné la résiliation et que, ne concernant que ces manquements, elle n'a pas, par définition, vocation à s'appliquer dans l'hypothèse où l'autre partie n'exécuterait pas elle-même ses propres obligations et

où le contrat serait résilié à ses torts (CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 13 octobre 2017, n°15/03694).

29. Prospective : Dès lors que la clause de non-concurrence post-contractuelle sera conforme à l'article L. 341-2 du Code de commerce, elle ne saurait être suspectée – à elle seule – de déséquilibre significatif.

30. Coopérative : Lorsqu'elle est visée dans les statuts d'une coopérative auquel un distributeur adhère, la clause de non-concurrence échappe au spectre de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce (Cass. com., 18 octobre 2017, n°16-18.864 ; v. aussi, Cass. com., 8 février 2017, n°15-23.050 : excluant l'application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce).

II.3. Au regard de la prohibition des ententes

Cass. com., 20 décembre 2017, n°16-20500 et 16-20501

31. Restrictions accessoires et exemption : L'appréhension des clauses de non-concurrente par le droit de la concurrence soulève des questions délicates : le droit européen de la concurrence coexiste avec le droit français de la concurrence et les concepts du droit de la concurrence ne sont pas toujours bien assimilés.

On présentera les choses en partant du droit européen de la concurrence, assez souvent applicable en présence d'un réseau de franchise – le commerce entre Etats membres étant affecté – et auquel de toute façon le juge se réfère en tant que guide d'analyse utile lorsqu'il ne s'applique pas.

Il convient de renvoyer à l'affaire *Pronuptia* (CJCE, 17 déc. 1986, *Pronuptia*, aff. 161), à l'occasion de laquelle la Cour de justice s'est livrée en 1986 à un « audit concurrentiel » du contrat de franchise. Après avoir relevé que la franchise (de distribution), « qui permet au franchiseur de tirer parti de sa réussite, ne porte pas atteinte en soi à la concurrence » (pt 15) et que, pour fonctionner, la franchise suppose que le franchiseur transmette aux franchisés savoir-faire et assistance sans risquer qu'ils profitent aux concurrents (pt 16) et que le franchiseur puisse prendre des mesures propres à préserver l'identité et la réputation du réseau qui est symbolisé par l'enseigne (pt 17), la Cour note que les clauses « indispensables » à la protection du savoir-faire et de l'assistance (telles les clauses de non-concurrence), de même que les clauses qui organisent le contrôle « indispensable » à la préservation l'identité et la réputation du réseau (telles les clauses d'application du savoir-faire, d'aménagement des locaux, d'approvisionnement) ne constituent pas des restrictions de concurrence (pt 16 et s.). De de telles clauses constituent des restrictions accessoires.

La notion de restriction accessoire couvre toute restriction de concurrence « *qui est directement liée et nécessaire à la réalisation d'une opération principale non restrictive de concurrence et qui lui serait proportionnée* » (Lignes directrices *concernant l'application de l'article 81, § 3, du traité*, pt 29. – *Adde* TPICE, 18 sept. 2001, aff. 112/89, *M6 et a. c/ Commission*, pt 104). On ajoutera qu'en droit français de la concurrence, le Conseil de la concurrence, dans sa décision *Zannier* (Cons. conc., 28 mai 1996, déc. n°96-D-36), reprendra la substance de l'arrêt *Pronuptia*.

C'est la raison pour laquelle il nous semble qu'alors même que la clause de non-concurrence ne remplirait pas les conditions du règlement d'exemption (UE) n°330/2010 (art. 5 ; en substance, la clause est valable si elle est limitée à un an à partir des locaux en vue de protéger un savoir-faire), elle pourrait être valable en tant que restriction accessoire.

On en trouve une excellente illustration dans deux arrêts rendus par la Cour de cassation (Cass. com., 20 décembre 2017, n°16-20500 et 16-20501, *L'Essentiel Droit de la distribution et de la concurrence* 2018, n°3, p. 1, obs. C. Grimaldi) en ce qui concerne une clause d'approvisionnement exclusif. Des franchisés invoquaient l'illicéité d'une clause d'approvisionnement exclusif au motif qu'elles ne respectaient pas les conditions d'exemption posées par le règlement (UE) n°330/2010, notamment la durée maximale de cinq années (art. 5). C'était oublier l'arrêt *Pronuptia* et la théorie des restrictions accessoires. C'est ainsi que la Cour de cassation approuve les cours d'appel d'avoir considéré « *qu'en matière de franchise, les clauses qui organisent le contrôle indispensable à la préservation de l'identité et de la réputation du réseau, symbolisé par l'enseigne, ne constituent pas des restrictions de concurrence au sens des articles 101, paragraphe 1 [du TFUE] et L. 420-1 [du Code de commerce] » et d'en avoir tiré que « la clause d'approvisionnement exclusif imposée aux franchisés était nécessaire pour disposer chez chacun d'eux d'une uniformité de qualité et de goût des produits fabriqués selon un cahier des charges et un procédé propre [au franchiseur], constituant ainsi un élément décisif pour l'image et l'identité du réseau de franchise* ».

II.4. Au regard de l'article L. 341-2 du Code de commerce

Rapport AN n°1454, 29 novembre 2018 ; CA Paris, 22 novembre 2018, n°18/06688 ; TC Paris, 19ème chambre, 13 juin 2018, n°J2018000299 ; TC Bordeaux, 26 janvier 2018, n°2016F00694

32. Loi : L'article 31 V de la loi du 6 août 2015 énonce que le « I » de l'article L. 341-2 du Code de commerce « *s'applique à l'expiration d'un délai d'un an à compter de la promulgation de la présente loi* ». Cette loi n'indique pas si ce dispositif s'applique aux contrats en cours, ni ne précise ce que la notion de commerce de détail recouvre exactement.

33. Contrats en cours : Selon la jurisprudence :

- échappe assurément au dispositif de l'article L. 341-2 du Code de commerce, le contrat résilié avant le 6 août 2016 (**TC Paris, 19ème chambre, 13 juin 2018, n°J2018000299** : *« que le contrat a été conclu en avril 2013 et résilié le 27 mars 2016, que ces deux dates sont antérieures à la date d'entrée en vigueur de l'article 31 de la loi « Macron », devenu l'article L. 341-2 du code de commerce ; qu'il en résulte que la condition validité relative à la protection d'un savoir-faire n'est pas applicable au présent litige et que ce moyen (du franchisé) n'est donc pas fondé »)* ;
- à l'inverse, relève du dispositif de l'article L. 341-2 du Code de commerce, le contrat résilié après le 6 août 2016 (**TC Bordeaux, 26 janvier 2018, n°2016F00694** : « *Le Tribunal constate que les dispositions de la loi MACRON ont été promulguées le 06 Août 2015 alors que les résiliations, par courrier recommandé opérées par les défendeurs, ont eu lieu les 09 septembre 2015, les 02, 05 et 06 octobre 2015. Il observe également que les contrats de licence de marque font bien partie des dispositions de l'article L 330-3 du code de commerce. Le Tribunal en conclut, que les nouvelles obligations de l'article L 341-2 du code de commerce ne sont pas applicables uniquement aux contrats conclus à compter de son entrée en application, tel que l'affirme la société C… mais qu'elles concernent toutes les clauses des contrats mises en application après cette date »).*

Dans la continuité du communiqué de presse émanant du Conseil constitutionnel diffusé à l'occasion de la publication de la décision déclarant la loi Macron partiellement conforme à la Constitution (Commun. Presse, Décis. 2015-715 DC du 5 août 2015), la jurisprudence précise que les dispositions de ce texte s'appliquent aux contrats en cours à l'expiration de ce délai d'un an : ainsi, selon la jurisprudence, l'article L. 341-2 du Code de commerce s'applique aux contrats conclus à compter du 6 août 2015 ainsi qu'aux contrats en cours à la date du 6 août 2016 (CA Paris, 22 novembre 2018, n°18/06688).

34. Appréciation critique : Cette jurisprudence prend des libertés difficilement admissibles avec le principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle (C. civ., art. 2). Dès lors que la loi nouvelle ne prévoit pas son application rétroactive, elle ne saurait remettre en cause la *validité* de clauses valables au moment de leur stipulation.

35. Commerce de détail et prospective : On le sait, l'article L. 341-2 du Code de commerce s'applique aux seuls commerces relevant de la catégorie d'un « *magasin de commerce de détail* » ; cette notion ne fait l'objet d'aucune définition légale, même si cette terminologie est utilisée (voir par exemple l'article L. 430-2 du code de commerce ; voir aussi : décret n°2015-165 du 12 février 2015 relatif à l'aménagement commercial).

On rappellera la définition qu'en donne l'Autorité de la concurrence (Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations, spéc. §.75) : « *La notion de commerce de détail doit être définie par référence aux règles applicables en matière d'équipement commercial. Un magasin de commerce de détail s'entend comme un magasin qui effectue essentiellement, c'est-à-dire pour plus de la moitié de son chiffre d'affaires, de la vente de marchandises à des consommateurs pour un usage domestique. Est incluse la vente d'objets d'occasion (brocante, dépôts vente, etc.). Sont traditionnellement assimilées à du commerce de détail, bien que ne constituant pas de la vente de marchandises, un certain nombre de prestations de service à caractère artisanal (pressing, coiffure et esthétique, cordonnerie, photographie, entretien véhicules et montage de pneus). Sont toujours exclues les prestations de service à caractère immatériel ou intellectuel (comme les banques, l'assurance, ou les agences de voyage) ainsi que les établissements de service ou de location de matériel (comme les laveries automatiques ou les vidéothèques), et les restaurants. Sont aussi exclues les entreprises qui réalisent la totalité de leurs ventes en ligne, l'article L. 430-2, II précisant que ne sont concernées que les entreprises qui exploitent au moins un magasin* ».

L'INSEE propose encore une notion de « *commerce de détail* » : « *Le commerce de détail consiste à vendre des marchandises dans l'état où elles sont achetées (ou après transformations mineures) généralement à une clientèle de particuliers, quelles que soient les quantités vendues. Outre la vente, cette activité de commerce de détail peut aussi recouvrir la livraison et l'installation chez le client (de meubles ou d'électroménager par exemple)* ».

Une liste des commerces de détail figure en outre sous l'annexe 7-4 à l'article A.713-26 du Code de commerce. L'adjonction de ces multiples définitions contribue à entretenir une impression de flou.

Un rapport d'évaluation sur l'utilité du texte (Rapport AN n°1454, 29 novembre 2018) préconise donc notamment de « *préciser juridiquement la notion de « commerce de détail » afin de lever les éventuelles difficultés d'interprétation du champ d'application de l'article L. 341-1 du code de commerce* » et, partant, celles de l'article L. 341-2 du même code, relatives aux conditions de validité de la clause.

Dans la perspective de l'édiction éventuelle d'une telle définition, quelques remarques s'imposent. En premier lieu, quand bien même la notion de « *commerce de détail* » ferait l'objet d'une définition légale permettant d'en cerner plus nettement les contours, il ne faut pas exclure que, dans un souci d'homogénéité, la jurisprudence tende à appliquer à l'avenir aux activités ne relevant pas de cette notion les conditions posées à l'article L. 341-2 du Code de commerce ; cette assimilation ne serait pas en soi surprenante dans la mesure où ce texte s'inspire de l'article 5.3 du règlement d'exemption (UE) n°330/2010 qui, lui, ne vise aucunement la notion de « *commerce de détail* ». En deuxième lieu, il devrait toutefois s'agir plus d'un rapprochement que d'un véritable alignement entre les activités relevant de la notion de « *commerce de détail* » et les autres ; il nous semble en effet que le critère posé à l'article L. 341-2, II, 2° du Code de commerce relatif à la limitation dans l'espace (« *Elles sont limitées aux terrains et locaux à partir desquels l'exploitant exerce son activité pendant la durée du contrat mentionné au I* ») n'est pas adaptée aux activités pour lesquelles le client ne se rend pas dans le local du distributeur ; c'est ce qui explique les (apparentes) divergences actuellement observées en jurisprudence quant à la question de la limitation dans l'espace (*supra*, n°19).

36. Conventionnalité et Prospective : Enfin, la conventionnalité de l'article L. 341-2 du Code de commerce nous semble particulièrement douteuse (**F.-L. Simon et C. Grimaldi, *La conformité douteuse de l'article L. 341 -2 du Code de commerce au droit européen de la concurrence*, LDR 10 septembre 2018** : soulignant notamment que l'application de l'article L. 341-2 du Code de commerce conduit (i) en franchise, à déclarer nulles des clauses qui n'en respecteraient pas les conditions posées, alors même qu'elles pourraient être déclarées valables en tant que restrictions accessoires ; et (ii) de manière plus générale, dans les rapports verticaux, à déclarer nulles des clauses qui n'en respecteraient pas les conditions posées, alors même qu'elles pourraient être déclarées valables en vertu d'une exemption individuelle).

III. Responsabilité du tiers complice

CA Dijon, 8 mars 2018, n°16/01118 ; CA Paris, Pôle 5 chambre 4, 20 décembre 2017, n°13/23287

37. Rappel : Classiquement, l'action en concurrence déloyale dirigée contre la tête de réseau ayant contracté avec le franchisé d'un réseau concurrent lié par une clause de non-concurrence est recevable nonobstant l'existence d'une action contractuelle de l'ancien franchiseur contre ce franchisé, ces deux actions, l'une délictuelle et l'autre contractuelle, qui tendent à la réparation d'un préjudice différent, pouvant toujours se cumuler (Cass. com., 29 octobre 2003, n°01-02.983). Et, engage sa responsabilité délictuelle le tiers qui contracte avec le débiteur de l'obligation de non-concurrence post-contractuelle, lorsque celui-ci a eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance de l'existence d'un tel engagement de non-concurrence (CA Douai, 21 déc. 2006, n°04/02939) ; cette solution est connue et dépasse le seul domaine du droit de la distribution (Cass. com., 11 juillet 2000, n°95-21.888 ; Cass. com., 7 février 1995, n°93-14.569). Ce faisant, peu importe que le tiers complice n'ait pas démarché ou incité le débiteur de l'obligation (CA Montpellier, 1er juillet 2014, n°13/00827).

La simple connaissance de l'affiliation à un précédent réseau n'est pas suffisante pour établir la complicité fautive (CA Dijon, 8 mars 2018, n°16/01118, JurisData n°2018-013395 : soulignant *« qu'il ne ressort donc pas des éléments du dossier que la société A… a pris une part quelconque dans la rupture du contrat de franchise liant l'appelante à la société (franchisée) ; Que la connaissance par la société A… de l'affiliation de la société (franchisée) au réseau O…, antérieurement à la souscription du contrat de licence, ne peut suffire à démontrer la complicité fautive de celle-ci dans la rupture du contrat liant (la société franchisée) à l'appelante ; Que, par ailleurs, cette connaissance ne pouvait lui imposer de vérifier que la société qui intégrait son réseau n'était pas tenue d'une obligation de non-réaffiliation, la société O… ne justifiant pas de la généralisation des clauses de non-réaffiliation dans les réseaux d'agences immobilières et rien ne permettant de considérer qu'il était tenu pour acquis que le réseau O… était assorti d'une telle clause »*).
La connaissance par le tiers complice des obligations contractuelles de l'ex-franchisé peut être établie par tout moyen (Cass. com., 2 décembre 2008, n°07-17.539 et 17-19.201).

38. Utilité : Le mise en cause de la responsabilité du tiers complice peut présenter une certaine utilité, en particulier lorsque celui-ci est seul solvable ou lorsque le débiteur de l'obligation ne peut plus être poursuivi, faute pour le créancier de l'obligation d'avoir déclaré sa créance en temps utile (CA Paris, Pôle 5 chambre 4, 20 décembre 2017, n°13/23287).

IV. Mise en œuvre de la clause de non-concurrence post-contractuelle

CA Paris, Pôle 5 chambre 4, 30 mai 2018, n°16/22504 ; CA Paris, Pôle 5 chambre 4, 30 mai 2018, n°17/01693 ; CA Paris, Pôle 5 chambre 4, 13 décembre 2017, n°13/12625 ; CA Versailles, 12ème chambre, 10 janvier 2017, n°15/03491

39. Avant : Avant la cessation du contrat, il a été jugé que la levée tardive de la clause de non-concurrence post-contractuelle n'est pas en soi critiquable (CA Paris, Pôle 5 chambre 4, 30 mai 2018, n°16/22504 ; CA Paris, Pôle 5 chambre 4, 30 mai 2018, n°17/01693 : « *La clause de non-concurrence post-contractuelle figurant dans le contrat de franchise librement signé par (le franchisé), limitée à une durée d'un an et au lieu d'exploitation du franchisé, est licite au regard du droit de la concurrence. Par ailleurs (le franchisé) ne saurait se plaindre d'une levée prétendument tardive de cette clause par le franchiseur avant l'expiration de la période annuelle, aucune obligation contractuelle ne pesant sur celui-ci de le faire de manière anticipée et le franchiseur ayant spontanément, par courrier du 11 avril 2013, proposé (au franchisé) d'envisager une éventuelle levée de ladite clause* »).

40. Après : Après la cessation du contrat, il a été jugé que la levée tardive de la clause de non-concurrence post-contractuelle n'est pas en soi critiquable (CA Colmar, 19 juillet 2011, n°09/04846 : à l'occasion d'un litige au cours duquel un franchisé tentait de se prévaloir du fait que le franchiseur n'avait pas réagi pendant une durée d'un an et demi après avoir eu connaissance de la violation de la clause de non-concurrence, les juges du fond retiennent que « *cette tolérance ne conférait pas au franchisé un droit acquis à poursuivre indéfiniment l'exploitation concurrente* » ; v. aussi, CA Paris, 7 janvier 2009, JurisData n°2009-000130 : « *c'est à celui qui est tenu par une clause de non-concurrence introduite au contrat et lui interdisant explicitement d'assurer la représentation et la vente de produits identiques ou similaires aux produits contractuels de démontrer l'accord, éventuellement tacite, de son cocontractant à renoncer à cette clause ; que la renonciation à un droit ne se présume pas ; qu'elle peut être non expresse mais doit être non équivoque* »).

Classiquement, il est vrai que la renonciation ne se présume pas (Cass. civ. 1ère, 3 octobre 2000, n°98-22.132). Ces mêmes considérations justifient la nécessité que la volonté de renoncer soit exprimée « sans équivoque » (Cass. civ. 2ème, 20 juin 2002, n°99-15.135 ; Cass. civ. 1ère, 3 février 2004, n°01-16083 ; Cass. com., 5 octobre 2004, n°03-17.757). Il y a là un principe (Cass. civ 2ème, 10 mars 2005, n°03-11.302) régulièrement appliqué par les juridictions du fond (CA Lyon, 16 sept. 2011, n°10/07711 ; CA Chambéry, 7 juillet 2011, JurisData n°2011-015719 ; CA Paris, 24 février 1986, JurisData n°1986-021391). Il ne s'ensuit pas que la renonciation ne puisse qu'être expresse : la jurisprudence admet la renonciation tacite, mais impose alors que la volonté de renoncer soit non équivoque (Cass. civ. 1ère, 3 février 2004, n°01-16.083). Ainsi, le seul fait d'être « resté taisant pendant trois années » ne suffit pas à établir une renonciation tacite (Cass. civ. 3ème, 1er avril 1992, Bull. civ. III, n°115). La volonté non équivoque de renoncer suppose des « *actes positifs* » (Cass. civ. 2ème, 20 juin 2002, n°99-15.135 ; Cass. civ. 1ère, 3 février 2004, n°01-16.083 ; Cass. com. 5 octobre 2004, n°03-17.757). Il est néanmoins recommandé d'insérer une clause de tolérance dans le contrat de franchise pour protéger le franchiseur contre certaines situations que la jurisprudence ne lui permet pas d'appréhender.

41. Complication : La mise en œuvre de la clause de non-concurrence post-contractuelle devient contestable lorsque le contrat de franchise qui la contient fait l'objet d'un avenant dont les stipulations, contradictoires avec le maintien de ladite clause, prévalent par ailleurs sur celles du contrat de franchise (CA Paris, Pôle 5 chambre 4, 13 décembre 2017, n°13/12625). Il sera donc opportun de préciser dans l'avenant éventuel dont le contrat comportant la clause de non-concurrence post-contractuelle peut faire l'objet que les stipulations dudit contrat non expressément modifiées par l'avenant subsistent.

En tout état de cause, il incombe au créancier de prouver la violation de la clause de non-concurrence (ou de non-réaffiliation) post-contractuelle (CA Versailles, 12ème chambre, 10 janvier 2017, n°15/03491 : rejetant la demande de condamnation faute d'éléments probants).

V. Demandes indemnitaires

42. Vue d'ensemble : La violation de l'obligation de non-concurrence post-contractuelle cause un préjudice à son créancier, notamment privé de la possibilité d'installer un nouveau franchisé dans la même zone. En cas de violation de cette clause, l'existence d'un préjudice et l'évaluation de celui-ci relèvent du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond ; mais une distinction doit être faite selon que cette violation est envisagée **(V.1°)** ou non **(V.2°)** par une clause d'indemnité forfaitaire. Le principe de la réparation intégrale recommande en outre d'indemniser chacun des préjudices subis, notamment lorsque la violation de l'obligation de non-concurrence post-contractuelle s'accompagne d'autres manquements **(V.3°)**.

V.1. En présence d'une clause d'indemnité forfaitaire

Cass. com., 14 novembre 2018, n°17-19.851 ; TC Paris, 19ème chambre, 13 juin 2018, n°J2018000299 ; TC Caen, 1ère chambre, 10 janvier 2018, n°2016004489 ; CA Bordeaux, 10 mai 2017, n°15/05374

43. Réforme : La violation de la clause de non-concurrence post-contractuelle donne le plus souvent lieu à l'application d'une clause d'indemnité forfaitaire insérée dans le même contrat. A ce titre, il convient d'indiquer que la réforme du droit des contrats, issue de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 et de la loi n°2018-287 du 20 avril 2018 la ratifiant, a introduit un **nouvel article 1231-5 dans le Code civil**, relatif à la clause pénale. Cette disposition synthétise celles qui lui étaient auparavant consacrées : les anciens articles 1126 et suivants étaient spécifiquement consacrés aux clauses pénales et l'article 1152 était consacré en général à toutes les clauses d'indemnisation forfaitaire.

44. Montants : Ainsi, l'auteur de la violation d'une telle clause peut être condamné au paiement d'une somme de 100.000 €, montant prévu par la clause d'indemnité forfaitaire figurant dans un contrat de franchise de commerce de cigarettes électroniques (TC Caen, 1ère chambre, 10 janvier 2018, n°2016004489 : « *Attendu que la poursuite de l'activité dans son local sous l'enseigne SMOCKE'R par la société VAPORETTI caractérise une violation de l'article 12.1 du contrat de franchise sanctionnée par une réparation forfaitaire minimum de 100.000 euros, de ce chef il convient de condamner la société VAPORETTI au règlement cette somme* »). Dans le même secteur d'activité, une autre condamnation est prononcée pour un montant de 75.000 €, montant prévu par la clause d'indemnité forfaitaire (TC Paris, 19ème chambre, 13 juin 2018, n°J2018000299). Dans l'activité de la restauration à thème, une autre condamnation est prononcée pour un montant de 50.000 €, par application de la clause d'indemnité forfaitaire (CA Bordeaux 10 mai 2017, n°15/05374).

Il est vrai que, pour une activité de commerce de détail, de tels montants demeurent très raisonnables (CA Lyon, 4 décembre 2014, n°14/00912, JurisData n°2014-03062 : condamnant l'auteur de la violation de la clause de non-concurrence post-contractuelle au paiement de la somme de 160.000 € visé par la clause d'indemnité forfaitaire figurant dans un contrat de franchise de commerce d'alimentation générale).

45. Moyen relevé d'office : Le juge du fond ne peut relever d'office le moyen tiré du caractère manifestement excessif de la clause pénale sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations sur ce point (Cass. com., 14 novembre 2018, n°17-19.851).

V.2. Hors la présence d'une clause d'indemnité forfaitaire

CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 3 mai 2017, n°12/23530 ; CA Paris, Pôle 5 chambre 4, 26 avril 2017, n°14/21183

46. Casuistique : Lorsque le contrat de franchise ne comporte pas de clause d'indemnité forfaitaire, il a par exemple été jugé que l'auteur de la violation de la clause de non-concurrence post-contractuelle peut être condamné à l'équivalent d'une année de redevances de franchise (CA Paris, Pôle 5 chambre 4, 26 avril 2017, n°14/21183) ou au montant de la marge brute réalisée par l'auteur de la violation au cours de l'année durant laquelle l'exercice de l'activité était interdite (CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 3 mai 2017, n°12/23530 : soit en l'espèce, 623.750 euros).

V.3. Cumul de manquements

TC Paris, 19ème chambre, 13 juin 2018, n°J2018000299 ; CA Bordeaux, 10 mai 2017, n°15/05374 ; CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 3 Mai 2017, n°12/23530 ; CA Paris, Pôle 5 chambre 4, 26 avril 2017, n°14/21183

47. Cas de figure : L'indemnisation ainsi accordée, qu'elle découle ou non de l'application d'une clause pénale, peut évidemment se cumuler lorsqu'un ou plusieurs autres préjudices ont par ailleurs été causés au créancier de l'obligation. Il en va ainsi notamment lorsqu'à la violation de clause de non-concurrence post-contractuelle s'ajoute par exemple :

- une rupture abusive du contrat de franchise imputable au franchisé (TC Paris, 19ème chambre, 13 juin 2018, n°J2018000299 ; CA Bordeaux, 10 mai 2017, n°15/05374) ;
- l'usage abusif par l'ex-franchisé de signes distinctifs similaires à ceux du franchiseur, créancier de l'obligation de non-concurrence post-contractuelle (TC Paris, 19ème chambre, 13 juin 2018, n°J2018000299 ; CA Paris, Pôle 5 chambre 4, 26 avril 2017, n°14/21183) ;
- une campagne de dénigrement initiée par le franchisé, débiteur de l'obligation de non-concurrence post-contractuelle (CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 3 mai 2017, n°12/23530).

VI. <u>Référés</u>

Ord. Réf., TC Toulouse, 24 mai 2018, n°2018R00221 ; Ord. Réf., TC Mans, 29 mars 2018, n°2018000704 ; A. Bories, *Contrôle d'une clause de non-affiliation, approche concurrentielle et économique*, JCP E, n°7, 15 février 2018, 1087 ; Ord. Réf., TC Evry, 14 février 2018, n°2017R00258 ; CA Paris, Pôle 1 chambre 2, 16 novembre 2017, n°16/16213 ; Ord. Réf., TC Lille, 16 novembre 2017, n°2017014916 ; Ord. Réf., TC Châteauroux, 25 octobre 2017, n°2016004236 ; CA Paris, Pôle 1 chambre 2, 16 février 2017, n°16/18564

48. Compétence : Il n'appartient pas au juge des référés de se prononcer sur la validité de la clause de non-concurrence post-contractuelle, seuls les juges du fond étant compétents pour statuer sur la nullité de ladite clause (CA Paris, Pôle 1 chambre 2, 16 novembre 2017, n°16/16213).

49. Conditions usuelles : Le juge des référés est compétent pour faire respecter une clause de non-concurrence post-contractuelle d'un contrat de franchise dès lors que trois conditions sont réunies :

- la clause de non-concurrence post-contractuelle ne lui apparait pas manifestement illicite (Ord. Réf., TC Evry, 14 février 2018, n° 2017R00258 ; CA Paris, Pôle 1 chambre 2, 16 novembre 2017, n°16/16213 : soulignant qu'*« aucune disproportionnalité manifeste ne peut donc faire obstacle en référé au jeu de la clause »)* ; ainsi pour échapper à la compétence du juge des référés, l'illicéité de la clause litigieuse doit être caractérisée avec l'évidence requise devant le juge des référés (Cass. civ. 2, 10 janv. 2008, n°07-13.558, JurisData n°042210), solution d'autant plus justifiée au regard du principe de présomption de validité des contrats, selon lequel le contrat doit être exécuté jusqu'à ce qu'il ait été considéré nul par le juge du fond (Cass. civ. 1, 15 juin 2004, Bull. civ. I, n°172, J. Mestre et B. Fages, RTD Civ. 2004, n°3, p. 508) ; ce rappel est important lorsque l'on sait que certains juges des référés retiennent – à tort –qu'il appartient au créancier de la clause de non-concurrence post-contractuelle de démontrer que la licéité de la clause litigieuse apparaît caractérisée avec l'évidence requise devant la juridiction des référés (Réf., TC Toulouse, 24 mai 2018, n°2018R00221 (à propos d'une clause de non-réaffiliation comprise dans un contrat d'adhésion à une coopérative) : « *Attendu que si l'existence d'une contestation sérieuse n'interdit pas au juge des référés de prendre les mesures prévues par l'article 873, alinéa 1er du code de procédure civile, le juge doit apprécier le caractère manifestement illicite du trouble causé ; Attendu que la licéité de la clause de non-réaffiliation, fut-elle non ambigüe, est subordonnée tant à l'existence d'un savoir-faire transmis par la Société A… qu'au caractère proportionné de l'interdiction faite à l'affilié au regard des intérêts de celle-ci ; Attendu que*

l'avantage économique apporté à la Société A… en raison de l'originalité de son savoir-faire n'est pas établi avec certitude par le demandeur ; Attendu que le demandeur n'apporte pas la preuve que l'interdiction d'affiliation à un réseau concurrent est proportionnelle à la sauvegarde des intérêts légitimes de la Société A… et que le défendeur tente de démontrer les effets particulièrement néfastes de cette interdiction pour la société de l'ancien adhérent ; Attendu que la licéité de la clause litigieuse n'apparaît pas caractérisée avec l'évidence requise devant la juridiction des référés » ;

- la violation de ladite clause a été constatée (Ord. Réf., TC Evry, 14 février 2018, n°2017R00258 ; CA Paris, Pôle 1 chambre 2, 16 novembre 2017, n°16/16213), à défaut de quoi la demande doit être rejetée (Ord. Réf., TC Châteauroux, 25 octobre 2017, n°2016004236) ;
- des mesures conservatoires ou de remise en état s'imposent (Ord. Réf., TC Evry, 14 février 2018, n°2017R00258 ; CA Paris, Pôle 1 chambre 2, 16 novembre 2017, n°16/16213) ; ainsi, le juge des référés ne saurait prescrire des mesures conservatoires sur le fondement de l'article 873, alinéa 2 du code de commerce lorsque les effets d'une clause de non-concurrence post-contractuelle, d'une durée d'un an, ont expiré (Ord. Réf., TC Mans, 29 mars 2018, n°2018000704 : « *En l'espèce, c'est en invoquant le trouble manifestement illicite causé par la violation de la clause de non- concurrence (post-)contractuelle que A… demande à Monsieur B… et à la société C… de cesser, sous astreinte, toute activité de sandwicherie. Nous observerons que cette obligation, pour autant qu'elle soit confirmée au fond, est forclose depuis le 20/03/2018 à 0H00. La Société A… ne démontre donc pas en quoi des mesures conservatoires s'imposeraient, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite* ».

En pareil cas, il appartient au juge des référés de faire respecter le contrat de franchise jusqu'à ce que le juge du fond, éventuellement saisi, ait tranché la question de la validité de la clause (Ord. Réf., TC Evry, 14 février 2018, n°2017R00258 ; v. aussi, Ord. Réf., TC Quimper, 23 août 2012, inédit).

La solution est connue (Cass. civ.1ère, 15 juin 2004, Bull. civ. I, n°172).

50. Cas particulier : Lorsque, devant la juridiction des référés, le franchisé excipe de la nullité du contrat de franchise pour échapper à l'application de la clause de non-concurrence post-contractuelle, le juge des référés ne saurait y faire droit, sauf nullité manifeste du contrat de franchise. Selon nous, la solution doit donc être identique à celle retenue en cas d'invocation de la nullité de la clause. Une solution inverse – critiquable selon nous – a pourtant été récemment retenue (Ord. Réf., TC Lille, 16 novembre 2017, n°2017014916 : « *Attendu qu'il ressort qu'il ressort des explications et pièces versées aux débats qu'il existe des contestations sérieuses notamment sur l'existence du contrat de franchise, sur le compte entre les parties ; Attendu que le Juge des Référés est le Juge de l'évidence et de l'incontestable ; Qu'il ne lui appartient de trancher ce litige qui est de la compétence des Juges du fond ; Nous renverrons les parties à mieux se pourvoir* »). La question peut évidemment être éradiquée par l'insertion d'une clause de sauvetage dans le contrat de franchise ou de distribution (supra, n°25).

51. Prospective : Une décision récente et un commentaire dont elle fait l'objet invitent à s'interroger sur le point de savoir si, devant le juge des référés, la portée économique de l'exécution demandée constitue un critère autonome, distinct des limitations classiquement imposées – dans le temps, dans l'espace et relativement à l'objet – de licéité des clauses de non-réaffiliation. Selon cette décision en effet, « *l'appréciation de la proportionnalité s'apprécie tant au regard des limitées de la clause de non-réaffiliation tant dans le temps que dans l'espace qu'au regard du mode d'exercice habituel de la profession concernée dès lors qu'il ne serait pas possible, sous peine de générer un trouble manifestement illicite, d'assurer l'efficacité d'une clause qui interdirait de fait à l'ex-franchisé de poursuivre son activité dans des conditions suffisamment rentables. (…) Ainsi qu'il a été dit, la clause litigieuse n'interdit pas à la (société franchisée) d'exercer une activité à titre individuel. Il ne résulte aucunement des éléments de la cause que ce mode d'exercice aurait ipso facto comme conséquence de ne pas permettre à l'appelante d'exercer son activité économique dans des conditions viables* » (CA Paris, Pôle 1 chambre 2, 16 novembre 2017, n°16/16213).

La motivation retenue par cette décision a été approuvée en ces termes par un auteur : « *Aux exigences classiques auxquelles doit se soumettre la clause de non-affiliation, les juges de la cour d'appel de Paris, dans l'affaire tranchée, ajoutent un contrôle de proportionnalité (…). La condamnation du franchisé, en référé, à exécuter l'obligation à effet post contractuel - laquelle n'est pas manifestement illicite, nous venons de le voir - est subordonnée au maintien de circonstances économiques propres à lui permettre de poursuivre son activité de façon rentable. Plus précisément, il s'agit de déterminer si la poursuite de son activité à titre individuel est économiquement non seulement viable, mais encore rentable, la clause lui interdisant seulement de se réaffilier immédiatement à un réseau concurrent. Or, s'agissant du marché de l'optique, les juges relèvent, d'une part, que le franchisé ayant exercé son activité depuis de nombreuses années, il a dû normalement fidéliser une partie de sa clientèle et, d'autre part, que, sur un tel marché, les magasins indépendants et les enseignes locales sont presque majoritaires, ce qui atteste de la possibilité de poursuivre une telle activité dans des conditions viables. (…) La solution ne peut qu'être approuvée. Certes, le juge des référés peut prendre toutes mesures, quand bien même elles seraient de nature à produire des conséquences irréversibles, voire préjudiciables pour l'une des parties. Il est toutefois incontestable que, en différentes matières, le juge des référés se préoccupe des conséquences excessives, voire irréversibles de sa décision* » (A. Bories, *Contrôle d'une clause de non-affiliation, approche concurrentielle et économique*, JCP E, n°7, 15 Février 2018, 1087). Si, en l'espèce, la rentabilité présumée de l'ex-franchisé devait conduire au rejet de ses demandes, il n'en demeure pas moins que nous ne pouvons pas approuver la motivation de cette solution qui, comme le souligne l'auteur, revient à « *admettre, a contrario, que, devant le juge des référés, la portée économique de l'exécution demandée constitue un critère autonome, distinct des limitations classiquement imposées - dans le temps, dans l'espace et relativement à l'objet - de licéité des clauses de non-réaffiliation* » (nous soulignons).

Cette motivation appelle trois séries de remarques de notre part.

En premier lieu, entendons-nous bien, cette décision n'a aucune portée possible au fond : la clause de non-concurrence post-contractuelle et la clause de non-réaffiliation obéissent en toutes circonstances aux mêmes conditions de validité (*supra*, n°5 à 24).

En deuxième lieu, sous le seul angle du référé, il est vrai que l'office du juge consiste, dans une certaine mesure, à ne pas favoriser les situations à caractère irréversible. C'est bien normal. Mais le domaine de l'« irréversible » que le juge de référés doit prévenir implique qu'il se rattache à la notion de « dommage imminent » prévue à l'article 873 du CPC. Or, doctrine et jurisprudence s'accordent à relever que le dommage imminent que le juge des référés doit prévenir – ici, l'application ou non d'une clause de non-réaffiliation – doit résulter de la violation manifeste d'un droit. La doctrine enseigne en effet qu' « *un dommage n'est subi que par la méconnaissance d'un droit* » (X. Vuitton, J-Cl. Proc. civile, Fasc. 1200-95, spéc. §.68) et n'est donc « *pas susceptible d'être prévenu en référé s'il est légitime* » (Lindon : D. 1975, p. 312, note sous CA Paris, 20 déc. 1974 ; Blaisse, note sous CA Aix-en-Provence, 21 mai 1985 : JCP G 1987, II, 20722, cités par X. Vuitton).

La jurisprudence retient aussi cette solution, notamment en cas de rupture du contrat (CA Paris, Pôle 1 chambre 2, 16 février 2017, n°16/18564 : « *[La rupture du contrat] ne constitue donc pas un trouble manifestement illicite ce dont il se déduit que la rupture des contrats n'est pas non plus manifestement dommageable pour les sociétés X.., qui n'établissent pas que cette rupture, en ce qu'elle les prive de l'usage de la marque et des services Y…, résulte de la violation manifeste d'un droit* » ; CA Versailles, 28 juin 2006, n°06/03212 : « *Que cependant ce dommage prétendu est la conséquence directe de la résiliation dont le caractère manifestement illicite n'est pas démontré (…) ; Que dès lors, la preuve du dommage imminent causé par cette résiliation n'est pas rapportée avec l'évidence requise en référé* » ; Cass. com., 28 nov. 2006, n°04-20.734 : « *Attendu qu'en ordonnant à la société X… la poursuite de ses relations contractuelles avec la société Y…, alors qu'elle relevait, que le contrat de distribution avait été régulièrement résilié (…) la cour d'appel a violé le texte susvisé* »). Ainsi, dès lors que la clause de non-réaffiliation n'est pas manifestement illicite, il y a lieu de tirer toutes les conséquences de cette clause, y compris au stade du référé.

En troisième lieu, au surplus, l'affirmation selon laquelle l'activité serait ultérieurement rentable (ou non) est doublement incertaine. Incertaine car, sauf hypothèse manifeste, nul ne peut anticiper avec certitude que l'activité déployée de telle ou telle manière sera rentable (ou non) à l'avenir. Incertaine aussi, car la rentabilité résulte dans une large mesure de paramètres sans rapport avec le contenu du contrat (supra, n°24) et ne devant donc pas entrer – selon nous – en ligne de compte.

52. Office du juge : Le juge des référés peut alors ordonner, le plus souvent sous astreinte, la cessation du trouble manifestement illicite que constitue la violation de la clause de non-concurrence ou de non-réaffiliation post-contractuelle (CA Paris, Pôle 1 chambre 2, 16 novembre 2017, n°16/16213 (à propos d'une clause de non-réaffiliation post-contractuelle) : « *C'est à bon droit que le premier juge a conclu que cette violation flagrante d'une obligation contractuelle constituait un trouble manifestement illicite et décidé qu'il convenait de prendre les mesures propres à faire cesser ce trouble à savoir d'ordonner à la société A... sous astreinte de 250 euros par jour et par magasin de retirer l'enseigne O… de la façade de ses trois magasins et tout signe de rattachement à l'enseigne O… au sein de ses trois magasins ainsi que de faire cesser toute relation d'affaires avec la société O… dans un délai de 15 jours à compter de la signification de la décision, l'astreinte courant pendant un délai de 30 jours. Il convient de confirmer l'ordonnance entreprise de ce chef* »).

*****

Liste des références commentées :

Rapport AN n°1454, 29 novembre 2018
Cass. com., 28 novembre 2018, n°17-18.619
CA Paris, 22 novembre 2018, n°18/06688
CA Colmar, 21 novembre 2018, n°17/00958
Cass. com., 14 novembre 2018, n°17-19.851
CA Colmar, 14 novembre 2018, n°16/02968
CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 3 octobre 2018, n°16/11454
CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 3 octobre 2018, n°16/05817
F.-L. Simon et C. Grimaldi, *La conformité douteuse de l'article L. 341 -2 du Code de commerce au droit européen de la concurrence*, LDR 10 septembre 2018
Cass. com., 4 septembre 2018, n°17-17.891 et 17-18.132
CA Paris, Pôle 5, chambre 5, 5 juillet 2018, n°16/04886, JurisData n°2018-014297
CA Paris, Pôle 5, chambre 5, 5 juillet 2018, n°16/05225, JurisData n°2018-013211
CA Paris, Pôle 5, chambre 10, 18 juin 2018, n°16/18446
TC Paris, 19ème chambre, 13 juin 2018, n°J2018000299
CA Paris, 11 juin 2018, n°16/12549
TGI Paris, 3ème ch., 8 juin 2018, n°2016/18648
Cass. com., 30 mai 2018, n°17/14303
CA Paris, Pôle 5 chambre 4, 30 mai 2018, n°16/22504
CA Paris, Pôle 5 chambre 4, 30 mai 2018, n°17/01693
Ord. Réf., TC Toulouse, 24 mai 2018, n°2018R00221
TC Nevers, 16 mai 2018, n°2016000395
Ord. Réf., TC Mans, 29 mars 2018, n°2018000704
CA Dijon, 8 mars 2018, n°16/01118, JurisData n°2018-013395
A. Bories, *Contrôle d'une clause de non-affiliation, approche concurrentielle et économique*, JCP E, n°7, 15 Février 2018, 1087
Ord. Réf., TC Evry, 14 février 2018, n°2016R00258
TC Bordeaux, 26 janvier 2018, n°2016F00694
TC Caen, 1ère chambre, 10 janvier 2018, n°2016004489
Cass. com., 20 décembre 2017, n°16-20500 et 16-20501
CA Paris, Pôle 5 chambre 4, 20 décembre 2017, n°13/23287
CA Paris, Pôle 5 chambre 4, 13 décembre 2017, n°13/12625
CA Paris, Pôle 1 chambre 2, 16 novembre 2017, n°16/16213
Ord. Réf., TC Lille, 16 novembre 2017, n°2017014916
TC Paris, 19ème chambre, 15 novembre 2017, n°J2016000315
Ord. Réf., TC Châteauroux, 25 octobre 2017, n°2016004236
Cass. com., 18 octobre 2017, n°16-18.864
TC Paris, 19ème chambre, 18 octobre 2017, n°2016004888
CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 13 octobre 2017, n°15/03694
CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 21 juin 2017, n°15/15949
Cass. com., 8 juin 2017, n°15-27.146
CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 17 mai 2017, n°14/18290
Cass. com., 11 mai 2017, n°15-12.872
CA Bordeaux, 10 mai 2017, n°15/05374
CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 3 mai 2017, n°12/23530
Cass. com., 26 avril 2017, n°15-27865
CA Paris, Pôle 5 chambre 4, 26 avril 2017, n°14/21183
CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 19 avril 2017, n°15/24221
Cass. soc., 15 mars 2017, n°15-28.142
CA Rouen, 10 mars 2017, n°15/04721
TC Rennes, 7 mars 2017, n°2016F00119
CA Versailles, 12ème chambre, 21 février 2017, n°15/00070, n°15/00794, n°15/00954
CA Paris, Pôle 1 chambre 2, 16 février 2017, n°16/18564
CA Versailles, 12ème chambre, 10 janvier 2017, n°15/03491
C. Noblot, *La clause de sauvetage de la clause de non-concurrence post-contractuelle en cas d'anéantissement d'un contrat de distribution*, Contrats Concurrence Consommation n°2, Février 2017, form. 2

Application de l'article L. 341-2 du Code de commerce
CA Paris, 22 novembre 2018, n°18/06688

Ce qu'il faut retenir :

La décision commentée retient que l'article L. 341-2 du Code de commerce s'applique aux contrats en cours le 6 août 2016.

Pour approfondir :

L'article 31 V de la loi du 6 août 2015 énonce que le « I » de l'article L. 341-1 du Code de commerce « *s'applique à l'expiration d'un délai d'un an à compter de la promulgation de la présente loi* ». Ce faisant, la question de savoir si les dispositions de ce texte s'appliquent aux contrats en cours à l'expiration de ce délai d'un an a été posée dès la promulgation de ce texte, les articles L. 341-2 et L. 342-2 du code de commerce ne répondant pas expressément à cette question (**v. notre Etude, LDR, 12 août 2015, *n° Spécial Loi Macron, Volet relatif aux relations contractuelles entre les réseaux de distribution et les commerces de détail, spéc. dern. §. « régime transitoire »***).

La décision commentée est, à notre connaissance, la première à se prononcer sur cette question.

Elle inspire trois séries de remarques.

En premier lieu, la solution retenue est claire : les articles L. 341-1 et L. 341-2 du code de commerce s'appliquent aux contrats en cours à l'expiration d'un délai d'un an à compter de la promulgation de la présente loi. En l'espèce, la Cour d'appel de Paris retient en effet que « *les dispositions précitées issues de la loi du 6 août 2015 sont bien applicables aux contrats en cours à la date de la publication de cette loi de sorte que la validité de la clause litigieuse en l'espèce, insérée dans un contrat conclu le 13 décembre 2012 et non expiré à la date d'entrée en vigueur de la loi précitée, doit être appréciée au regard des nouveaux articles L. 341-1 et L. 341-2 du code de commerce* ».

Il est à noter que la tête de réseau faisait valoir en substance que :

- les parties ne se sont pas opposées quant à la qualification de la clause de non réaffiliation contractuelle mais uniquement sur ses conséquences, les intimés ayant prétendu que cette clause ne pouvait avoir de validité que dans la limite où elle concerne les locaux objets de l'exploitation de la franchise ;
- cette clause n'avait fait l'objet d'aucune contestation pendant l'exécution du contrat ;
- l'antériorité de la clause contractuelle à l'entrée en vigueur de la loi Macron est un argument supplémentaire en faveur de sa validité étant observé que les dispositions de cette loi ne sont pas d'ordre public et ne peuvent remettre en cause le principe de sécurité juridique ;
- le débat porte sur des faits de concurrence déloyale commis par le franchisé en application de la clause contractuelle de non affiliation mais également en application des dispositions de l'article 1241 du code civil ;
- le franchisé est passé dès le lendemain de la fin du contrat de franchise sous une franchise concurrente ainsi qu'il a été constaté, par exploits d'huissier et par d'autres franchisés, en agence comme sur divers supports internet ; ils ont accepté cette clause et ne l'ont depuis 2003 jamais contestée ; ils sont malvenus à la remettre en cause après la fin du contrat ; la clause est toujours valable, même après l'entrée en vigueur de la loi Macron ; elle est parfaitement valable puisque ses effets sont limités dans le temps et dans l'espace et puisque destinée précisément à la protection du réseau ; il n'y a pas de restriction injustifiée à la libre concurrence; les faits constitutifs de concurrence déloyale et de non-respect des clauses d'affiliation sont caractérisés ; il existe un trouble manifestement illicite.

Il est à noter que le franchisé faisait valoir en substance que :

- il n'y a lieu à référé le débat au fond sur la clause de non réaffiliation étant en cours devant le tribunal de commerce de Paris, à la suite d'une assignation délivrée le 6 mars 2018 et la procédure visant à faire consacrer la nullité de la clause de non concurrence et à obtenir réparation du préjudice du franchisé ;

- subsidiairement, la clause est réputée non écrite dès lors qu'elle s'applique sur l'ensemble du département des Alpes-Maritimes au lieu d'être limitée aux locaux où était exploitée l'activité et qu'elle n'est pas indispensable à la protection du savoir-faire étant précisé que selon la loi Macron qui est applicable aux contrats en cours la clause est inexistante dès lors qu'elle porte au-delà des locaux ; cette clause est également nulle en application du règlement d'exemption du 20 avril 2010 de la Commission européenne et en application de la jurisprudence dans la mesure où elle n'est pas limitée dans l'espace et non indispensable et proportionnelle à la protection du savoir-faire du franchiseur.

Ce faisant, la Cour d'appel de Paris retient que :

- en l'espèce, il convient de relever que la clause litigieuse a pour effet d'interdire au franchisé de « *s'affilier, d'adhérer, de participer directement ou indirectement à un réseau d'agences immobilières national ou régional concurrent ou d'en créer un lui-même ou encore de représenter ou de se lier à tout groupement, organisme, association ou société concurrent de ERA France, et ce, dans le département de la ville désignée au présent contrat* » ;

- ce faisant, la clause ne satisfait pas à la condition posée par le 2° du I de l'article L. 341-2 du code de commerce en ce qu'elle n'est pas limitée aux terrains et locaux à partir desquels l'exploitant a exercé son activité pendant la durée du contrat mais couvre l'ensemble du département des Alpes-Maritimes et qu'elle est susceptible d'être considérée comme non écrite pour ce seul motif ;
- en outre, il n'entre pas dans les pouvoirs du juge des référés, juge de l'évidence, de considérer cette clause licite pour autant que son application ne serait sollicitée que dans les limites des terrains et locaux à partir desquels l'exploitant a exercé son activité alors précisément que le législateur a prévu une période transitoire pour permettre l'adaptation des clauses au contrat en cours à cette fin ;

- il convient en conséquence au regard de ces éléments qui fragilisent la validité de la clause dont la violation est alléguée au soutien de l'existence d'un trouble manifestement illicite de considérer qu'aucun trouble manifestement illicite, fondé sur le non-respect de ladite clause, ne peut être considéré comme caractérisé.

En deuxième lieu, la motivation justifiant cette solution se fonde successivement sur les travaux parlementaires, la décision n°2015-715 DC du 5 août 2015 du Conseil constitutionnel et son communiqué de presse ; en effet :

- d'une part, la Cour d'appel de Paris indique que la « *lecture des travaux parlementaires relatifs à la loi du 6 août 2015 et notamment les débats devant l'Assemblée nationale permettent de relever que cette période transitoire a manifestement été souhaitée par le législateur précisément pour permettre l'adaptation des contrats en cours, de sorte que la volonté du législateur était bien de voir appliquer ces dispositions auxdits contrats, ce qu'au demeurant, l'amendement parlementaire initial à l'origine de ce texte (amendement n°1681 du député M. B.) précisait expressément («'II. ' Les dispositions du I s'appliquent, y compris aux contrats en cours, à l'expiration d'un délai de deux ans à compter de la promulgation de la présente loi'»), même si le dernier état du texte ne l'a pas repris mais a conservé le principe de la période transitoire rendue nécessaire selon les parlementaires pour accompagner cette application aux contrats en cours* » ;

- d'autre part, la Cour d'appel de Paris souligne que « *cette interprétation est confirmée par la décision n°2015-715 DC du 5 août 2015 du Conseil constitutionnel qui, après avoir rappelé « qu'en adoptant les articles L. 341-1 et L. 341-2, le législateur a entendu assurer un meilleur équilibre de la relation contractuelle entre l'exploitant d'un commerce de détail et le réseau de distribution auquel il est affilié ; qu'il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général », considère que « au regard de l'objectif poursuivi par le législateur, les dispositions des articles L. 341-1 et L. 341-2 ne portent pas une atteinte manifestement disproportionnée à la liberté contractuelle et aux conventions légalement conclues »* » ;

- enfin, la Cour d'appel de Paris rappelle que cette solution ressort de la lecture qu'en donne le communiqué de presse émanant du Conseil constitutionnel et diffusé à l'occasion de la publication de cette décision (Commun. presse Décis. 2015-715 DC du 5 août 2015) « *qui précise que « L'article 31 encadre les relations contractuelles entre les réseaux de distribution et les commerces de détail. Il prévoit l'exigence d'une échéance commune, fixe comme règle que la résiliation de l'un des contrats visés par le législateur vaut résiliation de l'ensemble des contrats et impose la mise en conformité des contrats en cours un an après la promulgation de la loi. Le Conseil constitutionnel a jugé ces dispositions, qui ne portent pas une atteinte manifestement disproportionnée à la liberté contractuelle et aux conventions légalement conclues, conformes à la Constitution »* ».

En troisième lieu, en matière contractuelle, le principe de non rétroactivité (C. civ., art. 2) s'apprécie en distinguant :

- les conditions de validité d'un contrat ou d'une clause : les conditions de validité d'un contrat sont appréciées au regard de la loi en vigueur au jour de la conclusion du contrat (voir par exemple : pour la législation sur les clauses abusives : Cass. civ. 2ème, 5 juillet 2006, Bull. civ. II, n° 180), sauf si la loi dispose expressément le contraire et que l'application aux contrats en cours est justifiée par des considérations d'ordre public particulièrement impérieuses (Cass. com., 3 mars 2009, n° 07-16527 ; v. aussi, Cass. civ. 1ère, 17 mars 1998, Bull. civ. I n° 115 ; RTD civ. 1999, p. 378, obs. J. Mestre ; Cass. civ. 2ème, 5 juillet 2006, Bull. civ. II, n° 180 : le caractère « *particulièrement impérieux* » est d'autant plus important que le fait qu'une loi soit d'ordre public ne suffit pas à la rendre applicable aux contrats en cours) ;
- les effets légaux d'un contrat : les effets légaux d'un contrat sont soumis à la loi en vigueur au jour où l'effet légal du contrat à vocation à se produire (Cass. civ. 3ème, 3 juillet 2013, n° 12-21541 : en matière de bail commercial, les règles entourant les délais dans lequel le congé doit être donné sont régies par la loi en vigueur au jour du congé).

Il nous semble que cette jurisprudence (v. aussi, TC Bordeaux, 26 janvier 2018, n°2016F00694) prend des libertés difficilement admissibles avec le principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle (C. civ., art. 2). Dès lors que la loi nouvelle ne prévoit pas son application rétroactive, elle ne saurait remettre en cause la validité de clauses valables au moment de leur stipulation.

Enfin, la conventionnalité de l'article L. 341-1 du Code de commerce nous semble douteuse (v. notre étude, **F.-L. Simon et C. Grimaldi, *La conformité douteuse de l'article L. 341 -2 du Code de commerce au droit européen de la concurrence*, LDR 10 septembre 2018** : soulignant notamment que l'application de l'article L. 341-2 du Code de commerce conduit (i) en franchise, à déclarer nulles des clauses qui n'en respecteraient pas les conditions posées, alors même qu'elles pourraient être déclarées valables en tant que restrictions accessoires ; et (ii) de manière plus générale, dans les rapports verticaux, à déclarer nulles des clauses qui n'en respecteraient pas les conditions posées, alors même qu'elles pourraient être déclarées valables en vertu d'une *exemption individuelle*) et l'on attend impatiemment qu'une question préjudicielle soit posée à la Cour de Justice.

A rapprocher : *La clause de non-concurrence post-contractuelle dans les contrats de distribution (Panorama de jurisprudence et Prospective)*, LDR 9 janvier 2019 ; Décision n°2015-715 DC du 5 août 2015 du Conseil constitutionnel ; Communiqué de presse Décis. 2015-715 DC du 5 août 2015

Vers une obligation de non-concurrence de plein droit pendant la durée du contrat de franchise
Cass. com., 14 novembre 2018, n°17-19.851

Ce qu'il faut retenir :

Même en l'absence d'un engagement personnel du dirigeant et d'une clause expresse de non-concurrence, l'exploitation indirecte, par le dirigeant de la société franchisée, d'une activité concurrente à celle du réseau de franchise, est incompatible avec l'exécution loyale du contrat de franchise et constitutive d'une faute grave.

Pour approfondir :

En février 2001, une société, représentée par son dirigeant, personne physique, a conclu avec la société Buffalo Grill un **contrat de franchise**, d'une durée de 114 mois.

En octobre 2008, le dirigeant de la société franchisée Buffalo Grill a, par l'intermédiaire d'une société holding dont il était gérant et actionnaire majoritaire, constitué une nouvelle société pour ouvrir un restaurant concurrent sur le territoire visé par son contrat de franchise Buffalo Grill. Par lettre recommandée du 23 mars 2009, la société Buffalo Grill a résilié pour faute grave le contrat de franchise conclu en février 2001.

Contestant cette rupture anticipée, le franchisé a assigné la société Buffalo Grill en paiement de dommages-intérêts.

Cette dernière a appelé en intervention forcée le dirigeant, personne physique, et sa société concurrente, en leur reprochant des actes de concurrence déloyale.

Par décision du 15 février 2017, la Cour d'appel de Paris a retenu que la rupture du contrat de franchise était intervenue aux torts exclusifs de la société franchisée, et condamné cette dernière à payer à la société Buffalo Grill une somme de 40 000 euros à titre d'indemnité contractuelle de rupture de contrat. Dans ce dossier, le dirigeant, personne physique, n'était pas partie au contrat de franchise et il semble que le contrat de franchise Buffalo Grill ne contenait pas de clause de non-concurrence à la charge du franchisé. La société franchisée reproche donc à la Cour d'appel de l'avoir tenue responsable des actes de son dirigeant, tiers au contrat, alors que ceux-ci n'avaient pas été commis en son nom et pour son compte, et de lui appliquer une obligation de non-concurrence qui ne ressort pas des termes du contrat de franchise. Malgré ces deux arguments forts, la Cour de cassation rejette le pourvoi sur ces arguments et confirme la décision de la Cour d'appel. Sur le point que le franchisé ne peut être tenu des agissements de son dirigeant, personne physique, la Cour oppose que le contrat de franchise stipulait qu'il était conclu intuitu personae, en considération de la personne du dirigeant, « *expressément qualifié de « partenaire »* ». Sur l'absence de stipulation expresse d'une clause de non-concurrence pendant la durée du contrat, la Haute juridiction retient que l'impossibilité pour les partenaires du franchiseur, pendant l'application de ce contrat, de créer, fût-ce via une société tierce, un restaurant entrant en concurrence avec ceux du réseau franchisé doit être déduite des stipulations contractuelles selon lesquelles :

- la société Buffalo Grill s'était réservée la possibilité de refuser le transfert du contrat à une personne exploitant déjà un réseau de restaurants concurrents, une telle circonstance étant constitutive d'une incompatibilité grave,
- si l'article 18.3 permettait au franchisé de continuer à exercer une activité de restauration, cette possibilité n'était prévue qu'à l'expiration du contrat.

En définitive, la Haute juridiction retient que la Cour d'appel, « *qui a fait ressortir l'existence d'une situation incompatible avec l'exécution loyale du contrat par la société franchisée, a pu, sans porter atteinte à la substance ou à l'étendue des droits et obligations des parties, retenir que la résiliation du contrat pour faute grave était justifiée* ». De prime abord, cette décision peut paraître surprenante en l'absence de **clause expresse de non-concurrence** dans le contrat de franchise.

Cependant, cette décision peut être saluée à plusieurs égards :

- elle admet, malgré le contexte particulier de la franchise, le déséquilibre présumé du rapport de force entre les cocontractants, le fait que le franchiseur soit (très probablement) le rédacteur du contrat de franchise, que le franchiseur puisse se prévaloir d'obligations ne ressortant pas expressément du contrat mais de la commune intention des parties,
- elle donne la prime à la bonne foi dans l'exécution du contrat dans le cas d'espèce.

Si cette décision paraît particulièrement opportune dans le cas d'espèce, il est très fortement recommandé aux franchiseurs de sécuriser leurs contrats en prévoyant une clause de non-concurrence en bonne et due forme pendant l'exécution du contrat et postérieurement (lorsque les conditions de validité d'une telle clause sont réunies).

A rapprocher : Lexique : Clause de non-concurrence post-contractuelle ; Comp. **La clause de non-concurrence post-contractuelle dans les contrats de distribution (Panorama de jurisprudence et Prospective)**

Le Juge ne peut réduire d'office une clause pénale sans débat contradictoire préalable
Cass. com., 14 novembre 2018, n°17-19.851

Ce qu'il faut retenir :

En réduisant d'office le montant de la clause pénale au regard d'une disproportion qui n'était pas invoquée par le franchisé, sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations sur ce point, une Cour d'appel viole l'article 16 du Code de procédure civile.

Pour approfondir :

Le 7 février 2001, la société I. R., dirigée par M. X, a conclu avec la société Buffalo Grill un contrat de franchise d'une durée de 114 mois pour exploiter un restaurant sous l'enseigne Buffalo Grill à Dechy (59). En octobre 2008, M. X a, par l'intermédiaire d'une société holding dont il était gérant et associé majoritaire, a ouvert un restaurant concurrent sur le territoire visé par son contrat de franchise. Le 23 mars 2009, la société Buffalo Grill a résilié le contrat de franchise conclu avec la société I.R. pour faute grave. Contestant cette rupture anticipée, la société I.R. a assigné la société Buffalo Grill en paiement de dommages-intérêts et cette dernière a appelé en intervention forcée la société holding et M. X en leur reprochant des actes de concurrence déloyale.

Par un arrêt du 15 février 2017, la Cour d'appel de Paris a jugé que la rupture du contrat de franchise était intervenue aux torts exclusifs de la société I. R. et a condamné cette dernière à payer à la société Buffalo Grill une somme de 40.000 euros à titre d'indemnité contractuelle de rupture de contrat.

Les sociétés I.R., la holding et M. X ont formé un pourvoi à l'encontre de cet arrêt et la société Buffalo Grill a formé un pourvoi incident sur le montant de la condamnation prononcée par la Cour d'appel.

Par un arrêt rendu le 14 novembre 2018, la Cour de Cassation a rejeté le pourvoi formé par la société I.R., la holding et M. X, mais a fait droit au pourvoi incident de la société Buffalo Grill en cassant l'arrêt de la Cour d'appel en ce qu'il a condamné la société I. R. à payer à la société Buffalo Grill la somme de 40.000 euros à titre d'indemnité contractuelle de rupture de contrat et en ce qu'il a rejeté la demande de condamnation personnelle formée par la société Buffalo Grill à l'encontre de M. X au titre des actes de concurrence déloyale retenus contre la société holding.

Nous avons déjà commenté cet arrêt en ce qu'il a considéré que, même en l'absence d'une clause expresse de non-concurrence durant l'exécution du contrat, l'exploitation d'un restaurant concurrent du réseau par le dirigeant de la société franchisée, via une société tierce, était incompatible avec l'exécution loyale du contrat et constitutive d'une faute grave justifiant la résiliation anticipée du contrat de franchise (v. sur la question, **Vers une obligation de non-concurrence de plein droit pendant la durée du contrat de franchise**, LDR 19 décembre 2018).

Le présent commentaire portera donc uniquement sur le pourvoi incident formé par la société Buffalo Grill concernant l'évaluation de l'indemnité contractuelle de rupture du contrat.

Le contrat de franchise prévoyait en son article 16 que *« la partie aux torts de laquelle la résiliation aura été prononcée devra verser à son cocontractant une indemnité égale au double du montant estimatif des redevances qui auraient été payées au franchiseur jusqu'au terme normal du contrat ; cette indemnité devant en toute hypothèse être au moins égale à un million de francs ».*

Pour limiter la condamnation de la société I.R. au titre de la clause pénale à la somme de 40.000 euros, la Cour d'appel avait rappelé que *« le juge peut modérer le montant de l'indemnité contractuelle lorsque son montant paraît manifestement excessif au regard du préjudice effectivement subi par le créancier et qu'en l'occurrence, l'écoulement du temps, entre le moment où la société Buffalo Grill a interrogé la société I. R. sur l'ouverture d'un concurrent et l'envoi de la lettre de résiliation, révèle qu'elle a accepté de poursuivre durant un certain temps l'application du contrat de franchise avec cette société en connaissance des agissements de celle-ci ».*

La Haute Cour a cependant cassé l'arrêt de la Cour d'appel en considérant qu'*« en réduisant d'office le montant de la clause pénale au regard d'une disproportion qui n'était pas invoquée par la franchisée, sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations sur ce point »*, la cour d'appel a violé l'article 16 du Code de procédure civile.

La Cour a en effet réduit d'office la clause pénale, alors que le franchisé n'avait pas même invoqué les dispositions de l'article 1152 ancien du Code civil (1231-5 selon la numérotation issue de l'ordonnance du 10 février 2016) pour solliciter une réduction de la clause pénale, ni aucune disproportion entre le montant de la clause pénale et le préjudice subi par le franchiseur du fait de la résiliation anticipée du contrat de franchise.

Il convient toutefois de rappeler qu'aux termes de l'article 1152 ancien du Code civil (repris par les nouvelles dispositions de l'article 1231-5) « *le juge peut, **même d'office**, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire* ».

La Cour avait donc la faculté de réduire d'office le montant de la clause pénale, à condition toutefois d'inviter au préalable les parties à présenter leurs observations dans le cadre d'un débat contradictoire, dans le respect des dispositions de l'article 16 du Code de Procédure Civile aux termes duquel :

> *« Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations ».*

Il convient également de rappeler que la charge de la preuve du caractère manifestement excessif de la clause pénale incombe à celui qui sollicite la réduction de cette clause.

En conséquence, le franchisé qui sollicite la réduction d'une clause pénale sans verser aux débats de pièces démontrant son caractère manifestement excessif doit en principe être débouté de sa demande (CA Chambéry, 10 octobre 2006, JurisData n°322011 ; CA Paris, 1er mars 1995, JurisData n°021090).

La jurisprudence a encore rappelé récemment que le débiteur de l'obligation dont l'inexécution donne lieu à l'application d'une clause pénale est tenu de rapporter la preuve du caractère *« manifestement excessif »* de la sanction au regard du préjudice subi par le créancier afin d'obtenir la réduction de son montant. La Cour d'Appel de DIJON a ainsi débouté un franchisé qui sollicitait la réduction à 1 € de la sanction de l'interdiction de non-réaffiliation constitutive d'une clause pénale en application de l'article 1152 ancien du Code Civil en considérant que celui-ci *« n'établit pas son caractère manifestement excessif au regard du préjudice subi par le créancier »* (CA DIJON, 8 mars 2018, N° 16/01118).

A rapprocher : CA DIJON, 8 mars 2018, N° 16/01118 ; v. aussi, **« De la charge de la preuve du caractère « manifestement excessif » du montant de la clause pénale »** ; LDR 7 mai 2018

Information précontractuelle et nullité du contrat de franchise

CA Paris, 7 novembre 2018, n°16/10209

Ce qu'il faut retenir :

Un contrat de franchise doit être annulé lorsque les omissions fondamentales du franchiseur en violation de ses obligations légales d'information précontractuelle ont vicié le consentement des franchisés qui ont commis une erreur sur la rentabilité des agences exploitées, erreur déterminante de leur engagement.

Pour approfondir :

Le 11 décembre 2009, la société A. a conclu un contrat de franchise avec la société C., gérée par M. D. et Mme. M., spécialisée dans le secteur de la location de courte durée de voitures et de véhicules automobiles légers, en vue de l'exploitation en exclusivité sous l'enseigne A. d'un fonds de commerce dans la commune d'Alès.

Par acte du 20 février 2012, la société S., filiale du groupe A. aux droits de laquelle vient la société A. par voie d'absorption, a racheté le fonds de commerce exploité par M. D. et Mme. M., ces derniers souhaitant changer de région.

Le 23 février 2012 :

- la société A. a attribué à la société C. l'exploitation de la zone de Toulouse Est par un avenant au contrat de franchise du 11 décembre 2009 ;
- la société S. a donné en location-gérance à la société C. les deux fonds de commerce situés à Toulouse et à Labège.

Parallèlement, la société E. a consenti à la société C. des sous-locations de véhicules suivant un contrat-cadre.

A partir du mois de mars 2013, la société C. n'a plus été à jour des paiements dus à la société. Les sociétés A. et E. l'ont mise en demeure d'avoir à s'acquitter de ses dettes par lettre recommandée avec accusé de réception du 5 mars 2013, restée infructueuse.

Le 6 avril 2013 :

- les sociétés A. et E. ont notifié à la société C. la résiliation du contrat de franchise et contrat-cadre de location de véhicules pour impayés ;
- la société S. a résilié les deux contrats de location-gérance.

Le 16 mars 2013, les sociétés A., E., H. et S. ont assigné la société C. en paiement devant le tribunal de commerce de Paris.

Par un jugement du tribunal de commerce de Toulouse du 16 mai 2013, la société C. a été placée en liquidation judiciaire et Me V., mandataire judiciaire, a été désignée en qualité de liquidateur. Les sociétés du groupe A. ont alors déclaré leurs créances. Suite à cette décision, les sociétés A., E., H. et S. ont assigné Me V. en qualité de liquidateur de la société C. le 6 juin 2013.

Par jugement du 22 mars 2016, le tribunal de commerce de Paris a dit que tous les contrats liant la société C. aux entités du groupe A. étaient nuls. Les sociétés A., E., H. et S. interjettent alors appel.

Devant la cour d'appel, les demanderesses reconnaissent l'absence de remise d'un document d'information précontractuelle mais soutiennent que la société C. n'a pas pour autant été trompée car le franchisé :

- est averti puisqu'il a été agent de comptoir chez Europcar puis a exploité une agence sous enseigne A. à Alès pendant deux années,
- a assisté à des cours de formation dispensés par le franchiseur dans le cadre de son obligation d'assistance ;
- était assisté par un expert-comptable.

La cour d'appel rappelle toutefois que « *l'obligation d'information précontractuelle pèse sur le franchiseur même en cas de renouvellement d'un contrat, que ce soit par tacite reconduction ou par avenant* ».

Néanmoins, le défaut d'information n'entraînant la nullité du contrat qu'en cas de démonstration d'un **vice du consentement**, la cour d'appel relève que :

- les fonds exploités à Toulouse et Labège sont dans une zone géographique très éloignée de celle d'Alès de sorte que, notamment, les informations sur l'état du marché local et les perspectives de développement, s'ils ont été communiqués lors de la conclusion du contrat du 11 décembre 2009, ne sont pas transposables ;
- la jeunesse de M. D. et Mme. M. (respectivement 26 et 22 ans) et leur faible expérience dans le domaine de la franchise ne permet pas de les qualifier de franchisés avertis ;
- le franchiseur n'a pas indiqué la présence de nombreux concurrents à proximité de Toulouse et de Labège ;
- M. D. et Mme. M. n'ont reçu aucune information sur les raisons de cessation de l'activité des précédents exploitants, de sorte qu'ils n'ont pas pu apprécier justement les perspectives de rentabilité des deux exploitations alors que ces données constituent la substance même du contrat de franchise pour lequel l'espérance de gains est déterminante.

Ainsi, la cour d'appel considère que « *ces omissions fondamentales du franchiseur en violation de ses obligations légales d'information précontractuelle, que celui-ci ne pouvait ignorer, sont constitutives d'un dol ayant vicié le consentement de M. D et de la société C. qui ont commis une erreur sur la réalité de la franchise et plus particulièrement sur la rentabilité des deux agences, erreur déterminante de leur engagement dès lors que dûment informés de la cessation d'activité des précédents exploitants et de la présence de nombreux concurrents, ils n'auraient pas contracté ou contracté à d'autres conditions* ».

Par conséquent, la cour confirme l'arrêt du tribunal de commerce de Paris en ce qu'il a prononcé la nullité du contrat de franchise et l'anéantissement des contrats de location-gérance et des contrats subséquents du fait de leur indivisibilité.

A rapprocher : Cass. com., 8 juin 2017, n° 15-29.093 ; CA Paris, 23 novembre 2017, 16/12350, 16/03188, 16/03312, 16/12347, 16/05681 et 16/03315

Critères de qualification de l'agent commercial
CA Paris, 29 novembre 2018, n°17/07784

Ce qu'il faut retenir :

L'application du statut d'agent commercial dépend des conditions dans lesquelles l'activité est effectivement exercée. Il incombe à celui qui se prétend agent commercial d'en rapporter la preuve. La qualité d'agent commercial suppose la capacité discrétionnaire offerte à ce dernier de négocier les contrats passés au nom du mandant, le pouvoir de négociation s'entendant comme le fait de disposer de réelles marges de manœuvre par rapport au mandant dans la fixation des conditions contractuelles, notamment tarifaires, et de s'engager à la place de son mandant. L'absence de pouvoir de négocier des contrats au nom et pour le compte de son mandant et de représenter ce dernier exclut toute application du statut d'agent commercial.

Pour approfondir :

À partir de 1999, la société A, spécialisée dans le conseil, la représentation et la commercialisation de tous produits agro-alimentaires auprès de professionnels de l'agro-alimentaire, dirigée par Monsieur J. K, a été en relation d'affaires avec la société F., spécialisée dans le négoce de produits alimentaires et non-alimentaires tant en France qu'à l'étranger. À partir de 2007, la société L. dirigée par Monsieur L. K., a été intégrée à cette relation. Le 4 février 2015, la société F. a mis fin à sa relation avec les sociétés A. et L. Par exploit du 13 mai 2015, ces dernières ont assigné la société F. devant le Tribunal de commerce de Paris aux fins d'obtenir le paiement d'arriérés de commissions et des indemnités qu'elles estimaient dues en leur qualité d'agent commercial.

Tandis que la société F. qualifiait la relation entretenue avec les sociétés A. et L. d'intermédiation ou de relation d'apporteur d'affaires, les sociétés A. et L. invoquaient leur qualité d'agent commercial au sens de l'article L.134-1 du Code de commerce en faisant valoir le caractère permanent de leur fonction dans des conditions de totale indépendance, la longue durée de leur collaboration avec la société F. (16 ans), le fait qu'elles agissaient en tant que mandataires de la société F. en produisant des attestations de clients de la société F. démontrant que les sociétés A. et L. étaient considérées comme des agents commerciaux, le fait que les clients s'adressaient directement à ces sociétés qui traitaient leurs demandes moyennant le versement de commissions et que l'absence de faculté « d'abaissement » des prix de vente ne suffit pas à écarter leur qualité d'agent commercial puisque cette faculté « d'abaissement » ne figurait pas dans le mandat et qu'elles auraient commis une faute en modifiant les prix de vente au sens de l'article 1989 du code civil.

Par jugement rendu le 27 mars 2017, le Tribunal de commerce de Paris a débouté les sociétés A. et L. de leur demande visant à se voir reconnaître le statut d'agent commercial. Les sociétés A. et L. ont interjeté appel du jugement.

Par un arrêt rendu le 29 novembre 2018, la Cour d'Appel de PARIS a confirmé le jugement sur ce point en considérant que les sociétés A. et L. n'étaient pas fondées à revendiquer le statut d'agent commercial.

Pour rappel, l'article L. 134-1 du Code de commerce dispose :

> *« L'agent commercial est un mandataire qui, à titre de profession indépendante, sans être lié par un contrat de louage de services, est chargé, de façon permanente, de négocier et, éventuellement, de conclure des contrats de vente, d'achat, de location ou de prestation de services, au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçants ou d'autres agents commerciaux. Il peut être une personne physique ou une personne morale.*
>
> *Ne relèvent pas des dispositions du présent chapitre les agents dont la mission de représentation s'exerce dans le cadre d'activités économiques qui font l'objet, en ce qui concerne cette mission, de dispositions législatives particulières ».*
>
> Après avoir rappelé ces dispositions légales, la Cour d'appel a rappelé que *« l'application du statut d'agent commercial dépend des conditions dans lesquelles l'activité est effectivement exercée ; qu'il incombe à celui qui se prétend agent commercial d'en rapporter la preuve avec toute la précision nécessaire »*.

Cette solution est conforme à une jurisprudence constante qui considère que *« le contrat d'agence commerciale étant consensuel, son existence n'est pas subordonnée à un écrit, que l'application du statut d'agent commercial ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties dans le contrat, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leurs conventions, mais des conditions dans lesquelles l'activité est effectivement exercée »* (Cass. Com., 21 juin 2016, n° 14-26.938 ; Cass. Com., 27 septembre 2017, n° 16-10.873 et 16-11.507 ; Cass. Com., 10 décembre 2003, n°01-11.923).

La Cour précise, par ailleurs, que *« la qualité d'agent commercial suppose la capacité discrétionnaire offerte à ce dernier de négocier les contrats passés au nom du mandant, le pouvoir de négociation s'entendant comme le fait de disposer de réelles marges de manœuvre par rapport au mandant dans la fixation des conditions contractuelles, notamment tarifaires, et de s'engager à la place de son mandant ».*

En l'espèce, la Cour a constaté que Monsieur K. mettait en relation la société F. avec des centrales d'achat, que les pièces versées aux débats ne démontraient pas que les sociétés A. et L. avaient une fonction autre que celle de mise en relation, établissant au contraire que ces partenaires négociaient directement avec la société F., et confirmaient *« leur rôle d'intermédiaire, en ce qu'elles transmettaient les informations intéressant les relations de F. avec ses partenaires et répercutaient à F. toute demande adressée par les centrales d'achat, mais ne révèlent aucune action de négociation des prix et autres conditions contractuelles » ;* que les sociétés A. et L. ne démontraient donc pas qu'elles avaient le pouvoir de négocier les contrats engageant la société F., ni le pouvoir de s'engager pour cette dernière au sens de l'article L.134-1 précité et que *« l'absence de pouvoir de négocier des contrats au nom et pour le compte de son mandant et de représenter ce dernier exclut toute application du statut d'agent commercial »*.

La Cour a donc confirmé le jugement sur ce point en considérant que les sociétés A. et L. n'étaient pas fondées à revendiquer l'application du statut d'agent commercial.

A rapprocher : Cass. com., 21 juin 2016, n° 14-26.938 ; Cass. com., 27 septembre 2017, n° 16-10.873 & 16-11.507 ; Cass. com., 10 décembre 2003, n° 01-11.923

CONCURRENCE & CONSOMMATION

Déséquilibre significatif et contrôle du prix par le juge

Regard d'expert : analyse du Professeur Cyril Grimaldi sur la décision du Conseil constitutionnel n°2018-749 QPC du 30 novembre 2018

Ce qu'il faut retenir :

Le Professeur Cyril Grimaldi revient sur la décision rendue par le Conseil constitutionnel constatant la conformité à la Constitution de l'interprétation retenue par la Cour de cassation de l'article L. 442-6, I, 2° C. com., quant à la possibilité de contrôler le prix.

Pour approfondir :

1. **Contexte**

On se souvient que dans une décision *Le Galec*, la Cour de cassation avait considéré que « *dans les rapports noués entre un fournisseur et un distributeur, **le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties** s'apprécie au regard de la convention écrite prévue par l'article L. 441-7 du code de commerce* » et que « *dès lors que ristourne litigieuse (est) prévue au titre des conditions de l'opération de vente (…) les clauses litigieuses [relèvent] de l'article L. 442-6, I, 2° du même code* » (Cass. com., 25 janv. 2017, n° 15-23547 : Bull. civ. IV, n° 13[1]).

[1] *V. déjà CA Paris, 23 mai 2013, RG n° 12/01166 : « si (…) il n'appartient pas aux juridictions de fixer les prix qui sont libres et relèvent de la négociation contractuelle, celles-ci doivent néanmoins, compte tenu des termes de ce texte, examiner si les prix fixés entre des parties contractantes créent, ou ont créé, un déséquilibre entre elles et si ce déséquilibre est d'une importance suffisante pour être qualifié de significatif ».*

Le contrôle opéré par la Cour de cassation s'inscrivait alors dans le contrôle plus général du respect des règles relatives à la négociation commerciale prévues à l'article L. 441-7 C. com., en particulier quant aux réductions de prix consenties par le fournisseur (les fameuses RRR). Dès lors, son contrôle ne portait pas tant sur le *niveau* des prix que sur son *évolution* entre la communication des CGV par le fournisseur et la conclusion de la convention récapitulative entre celui-ci et le distributeur.

C'est ainsi qu'au Galec qui avait fait valoir qu'il appartenait au juge « d'évaluer le juste prix du produit et de rechercher si le tarif obtenu à la suite de la réduction du prix s'écart[ait] significativement de ce juste prix », la Cour de cassation avait rétorqué que son moyen était *inopérant* : « *ayant fait ressortir, (…) que le déséquilibre significatif reproché au Galec ne résultait pas du niveau des prix consentis mais du mécanisme de mise en œuvre d'une ristourne de fin d'année, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à la recherche invoquée par la troisième branche, que ses appréciations rendaient inopérante, a légalement justifié sa décision* » (nous soulignons). Peu importait donc que le *prix* convenu des biens ou des services en reflétât la *valeur*, dès lors que les *réductions* de prix avaient été assorties de *contreparties*.

La décision du 25 janvier 2017 était susceptible de deux interprétations.

Suivant la première, le *contrôle de l'évolution des prix* au cours des négociations commerciales relevant de l'article L. 441-7 C. com. devait être étendu au *contrôle du niveau des prix* dans tout contrat soumis à l'article L. 442-6, I, 2° C. com., à tout contrat conclu entre des « partenaires commerciaux » [2]. Il est vrai que la décision *Le Galec* énonce de manière générale que « le déséquilibre significatif [peut] résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu », autorisant « un contrôle judiciaire du prix, dès lors que celui-ci ne résulte pas d'une libre négociation et caractérise un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ». Cette interprétation serait toutefois à l'origine d'un séisme qui ébranlerait la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre.

Il était donc permis de préférer une seconde interprétation, suivant laquelle la Cour de cassation n'avait entendu se livrer qu'à un *contrôle de l'évolution des prix* au cours des négociations commerciales relevant de l'article L. 441-7 C. com. et sanctionner les réductions de prix consenties sans contreparties. Pouvaient venir au soutien de cette interprétation les innombrables références dans l'arrêt au processus de négociation commerciale propre aux relations entre fournisseurs et distributeurs.

La Cour de cassation n'aura pas eu le temps de préciser sa position. Les acteurs ont préféré sans attendre poser au Conseil constitutionnel la question de la conformité à la constitution de son interprétation (laquelle ?) de l'article L. 442-6, I, 2° C. com.

2. Transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel

Dans le cadre d'un litige opposant le ministre de l'Économie à plusieurs sociétés du groupe Carrefour portant notamment sur l'obligation qui aurait été faite aux fournisseurs des magasins de distribution de proximité d'exiger une ristourne complémentaire de distribution présentée comme un prérequis à l'ouverture des négociations commerciales et en accompagnant cette demande de mesures de rétorsion, la Cour de cassation a décidé de transmettre au Conseil constitutionnel la question suivante : « *L'article L. 442-6, I, 2°, du Code de commerce qui, tel qu'il est désormais interprété par la Cour de cassation, permet au juge (...) d'exercer un contrôle sur les prix, porte-t-il atteinte à la présomption d'innocence, au principe de légalité des délits et des peines, ainsi qu'à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre, respectivement garantis par les articles 8, 9, 2 et 4 [DDHC] reprises dans le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, ainsi qu'au principe d'égalité garanti par l'article 6 [DDHC] reprise dans le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 et de l'article 1er de la Constitution ?* » (Cass. com., QPC, 27 sept. 2018, n° 18-40028).

3. Décision du Conseil constitutionnel. *Recevabilité de la QPC*

Quant à la recevabilité de la QPC, le Conseil constitutionnel commence par relever qu'il avait certes déjà examiné la conformité à la Constitution de l'article L. 442-6, I, 2° C. com. dans sa décision *Darty* (Cons. const., 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC), mais qu'un changement des circonstances résultant de la décision *Le Galec* de la Cour de cassation justifiait un réexamen des dispositions contestées (considérant n° 6).

[2] *En ce sens (?), V. CA Paris, 17 mai 2017, RG n° 14/18290 ; CA Paris, 22 mars 2017, n°14/26013.*

Il faut en effet se rappeler que dans sa décision *Darty*, le Conseil avait considéré que « *pour déterminer l'objet de l'interdiction des pratiques commerciales abusives dans les contrats conclus entre un fournisseur et un distributeur, le législateur s'est référé à la notion juridique de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties qui figure à l'article L. 132-1 [devenu L. 212-1] du code de la consommation reprenant les termes de l'article 3 de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 susvisée ; qu'en référence à cette notion, dont le contenu est déjà précisé par la jurisprudence, l'infraction est définie dans des conditions qui permettent au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire* ».

Or, précisément, dans sa décision *Le Galec*, Cour de cassation avait estimé que « *la similitude des notions de déséquilibre significatif prévues aux articles L. 132-1, devenu L. 212-1, du code de la consommation et L. 442-6, I, 2° du code de commerce, relevée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, n'exclut pas qu'il puisse exister entre elles des différences de régime tenant aux objectifs poursuivis par le législateur dans chacun de ces domaines, en particulier quant à la catégorie des personnes qu'il a entendu protéger et à la nature des contrats concernés ; qu'ainsi, l'article L. 442-6, I, 2° précité, qui figure dans le Livre quatrième du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, et au Chapitre II du Titre IV, dédié aux pratiques restrictives de concurrence, n'exclut pas, contrairement à l'article L. 212-1 du code de la consommation, que le déséquilibre significatif puisse résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu* » (nous soulignons). Probablement le Conseil constitutionnel aurait-il fait une réelle *réserve d'interprétation* que les choses eussent été différentes…

4. Décision du Conseil constitutionnel. *Grief tiré de la méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines*

En ce qui concerne le grief tiré de la méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines, le Conseil part du postulat que selon la Cour de cassation, « *l'existence d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties peut notamment résulter d'une inadéquation du prix au bien faisant l'objet de la négociation* » (Considérant n° 7, nous soulignons), laissant entendre que les difficultés concernent le processus de négociation commerciale.

Le Conseil rappelle que « *[c]onformément à l'article 34 de la Constitution, le législateur détermine les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales* » et que « [*c]ompte tenu des objectifs qu'il s'assigne en matière d'ordre public dans l'équilibre des rapports entre partenaires commerciaux, il lui est loisible d'assortir la violation de certaines obligations d'une amende civile à la condition de respecter les exigences des articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, au rang desquelles figure le principe de légalité des délits et des peines qui lui impose d'énoncer en des termes suffisamment clairs et précis la prescription dont il sanctionne le manquement* » (considérant n° 8).

Pour le reste, c'est-à-dire l'essentiel, le Conseil se contente de relever que « *[p]our les mêmes motifs que ceux énoncés au considérant 4 de la décision du Conseil constitutionnel du 13 janvier 2011, les dispositions contestées ne méconnaissent pas le principe de légalité des délits* ». Or d'après ce quatrième considérant, « *pour déterminer l'objet de l'interdiction des pratiques commerciales abusives dans les contrats conclus entre un fournisseur et un distributeur, le législateur s'est référé à la notion juridique de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties qui figure à l'article L. 132-1 du code de la consommation (…) qu'en référence à cette notion, dont le contenu est déjà précisé par la jurisprudence, l'infraction est définie dans des conditions qui permettent au juge de se prononcer sans que son interprétation puisse encourir la critique d'arbitraire* » [3]. Comment le Conseil constitutionnel peut-il bien continuer à renvoyer aux solutions du droit de la consommation, alors que celui-ci proscrit expressément un contrôle du prix (art. L. 212-1 al. 3 C. conso. : « *L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible*. ») ?!

[3] *Il est par ailleurs énoncé dans ce même Considérant « qu'en outre, la juridiction saisie peut, conformément au sixième alinéa du paragraphe III de l'article L. 442-6 du code de commerce, consulter la commission d'examen des pratiques commerciales composée des représentants des secteurs économiques intéressés ; qu'eu égard à la nature pécuniaire de la sanction et à la complexité des pratiques que le législateur a souhaité prévenir et réprimer, l'incrimination est définie en des termes suffisamment clairs et précis pour ne pas méconnaître le principe de légalité des délits ».*

5. Décision du Conseil constitutionnel. *Grief tiré de la méconnaissance de la liberté d'entreprendre et de la liberté contractuelle*

En ce qui concerne les griefs tirés de la méconnaissance de la liberté d'entreprendre et de la liberté contractuelle, le Conseil observe qu' il « *est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle, qui découlent de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* » (Considérant n° 10) et que « *le législateur a opéré une conciliation entre, d'une part, la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle et, d'autre part, l'intérêt général tiré de la nécessité de maintenir un équilibre dans les relations commerciales* » (Considérant n° 11). Le Conseil en déduit que « *[l]'atteinte portée à ces deux libertés par les dispositions contestées [qui « permettent au juge de se fonder sur le prix pour caractériser l'existence d'un déséquilibre significatif dans les obligations des partenaires commerciaux »] n'est (…) pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi* » (Considérant n° 13).

Le cœur de la motivation du Conseil tient en deux phrases, la seconde étant envisagée comme la conséquence de la première : « *le législateur a opéré une conciliation entre, d'une part, la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle et, d'autre part, l'intérêt général tiré de la nécessité de maintenir un équilibre dans les relations commerciales* » ; « *[l]'atteinte portée à ces deux libertés par les dispositions contestées n'est donc pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi* » (nous soulignons).

La portée de la décision est difficile à mesurer dès lors qu'on a vu que celle de la Cour de cassation l'était déjà. Rappelons-le, Le Conseil constitutionnel part, à tort ou à raison, du présupposé que la Cour de cassation entend ne contrôler le prix que lorsque le contrat a fait l'objet d'une négociation (en vertu de l'article L. 441-7 C. com. ?) : « *l'existence d'un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties peut notamment résulter d'une inadéquation du prix au bien faisant l'objet de la négociation* » (Considérant n° 7, nous soulignons). Si l'on comprend en tout cas que la Cour de cassation aura désormais toute latitude pour sanctionner les déséquilibres excessifs dans les contrats qui font l'objet d'une « négociation » soumise à l'article L. 441-7 C. com., qu'en est-il dans les autres cas, autrement plus nombreux : les contrats qui ne font l'objet d'aucune négociation, ou ceux qui font l'objet d'une négociation « libre », car non soumise à l'article L. 441-7 C. com. ? Pour l'essentiel, qu'en est-il des contrats conclus entre une tête de réseau et ses distributeurs (franchise, concession exclusive, distribution agrée) ? Comment imaginer que le juge français puisse contrôler l'adéquation du prix à la prestation dans tous ces contrats commerciaux ?

6. Conclusion

En définitive, le Conseil constitutionnel juge que « *[l]e 2° du paragraphe I de l'article L. 442-6 du code de commerce, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques* », plus exactement, son interprétation par la Cour de cassation, est conforme à la Constitution.

Qu'en raison de certains abus, la *loi* ait accordé au juge le pouvoir de sanctionner les clauses périphériques du contrat, celles qui aménagent la relation des parties (clauses de dédit, clauses résolutoires, etc.), *peut s'entendre*…

Que le *juge* se soit reconnu le pouvoir de contrôler les réductions de prix consenties par un fournisseur à un distributeur lorsque le processus de négociation commerciale est soumis à l'article L. 441-7 C. com., *dont acte*… On pourrait d'ailleurs y voir le prolongement du contrôle expressément prévu par l'article L. 442-6, I, 1° C. com.[4] de l'avantage consenti en contrepartie d'un « service commercial » (la coopération commerciale, pour l'essentiel). Mais que le droit français permette au juge de contrôler le *niveau* des prix de tous les contrats conclus entre des partenaires commerciaux, *on ne pourrait s'en satisfaire* ! Imagine-t-on sérieusement le juge contrôler le droit d'entrée et les redevances prévues au contrat de franchise ? Ce serait, il faut en être conscient, renverser le principe pluriséculaire suivant lequel la lésion n'est pas en principe, en droit français, sanctionnée (art. 1168 C. civ.).

[4] *Qui sanctionne le fait « D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu. (…) ».*

Nouvelles règles pour les promotions et le seuil de revente à perte dans le secteur alimentaire
Ordonnance n°2018-1128 du 12 décembre 2018

Ce qu'il faut retenir :

Depuis le 1er janvier 2019, les promotions sont plafonnées dans l'alimentaire. A compter du 1er février prochain, le seuil de revente à perte sera quant à lui augmenté de 10% pour les produits alimentaires.

Pour approfondir :

Après la parution de la loi dit « EGALIM » (loi n°2018-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous) le 1er novembre 2018, les dispositions relatives aux promotions sur les produits alimentaires ont été complétées par une ordonnance (ordonnance n°2018-1128 du 12 décembre 2018) et par un décret (décret n°2018-1304 du 28 décembre 2018).

Ces textes fixent les nouvelles règles relatives aux promotions et au seuil de revente à perte, ainsi que la date d'entrée en vigueur de ces règles.

1. **Champ d'application**

- Produits concernés : les produits alimentaires

Les produits concernés par le relèvement du seuil de revente à perte, le plafonnement des promotions et l'ajout de dispositions dans les conventions fournisseurs-distributeurs sont :

- **les denrées alimentaires**,
- **les produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie**.

Les dispositions s'appliquent uniquement aux produits revendus en l'état, excluant donc les produits ayant fait l'objet d'une transformation (par exemple, les denrées alimentaires cuites par le vendeur avant remise au consommateur, ou intégrées dans une préparation avant leur vente).

- Champ d'application géographique : exclusion de l'Outre-Mer

Les nouvelles dispositions ne sont pas applicables dans les collectivités suivantes :

- Guadeloupe,
- Guyane,
- Martinique,
- La Réunion
- Mayotte,
- Saint Barthélemy,
- Saint-Martin,
- Saint-Pierre-et-Miquelon.

2. **Relèvement du seuil de revente à perte**

- Nouveau seuil

Le nouveau seuil de revente à perte est augmenté de 10% (soit, en d'autres termes, un SRP affecté d'un **coefficient de 1,10**).

- Entrée en vigueur

Le nouveau seuil de revente à perte sera applicable **à compter du 1er février 2019** (selon l'article 1er du décret n°2018-1304).

- Sanction

En cas de commercialisation (ou d'annonce de commercialisation) d'un produit alimentaire en-deçà du seuil de revente à perte de 1,10, l'entreprise encourt notamment une **amende de 375.000 euros** (75.000 euros s'il s'agit d'une personne physique).

3. **Plafonnement des promotions**

- Promotions concernées

Le plafonnement des promotions couvre **tous les avantages promotionnels, immédiats ou différés, ayant pour effet de réduire le prix de vente au consommateur**.

Ces avantages sont indifféremment ceux accordés par le distributeur ou par le fournisseur.

- Produits alimentaires exclus

Compte tenu de leur nature, les produits alimentaires **périssables et menacés d'altération rapide** sont exclus du plafonnement des promotions.

Néanmoins, pour bénéficier de cette exclusion, la promotion ne devra faire l'objet **d'aucune publicité ou annonce à l'extérieur** du point de vente. A défaut, la promotion sera plafonnée.

- Plafonnements cumulatifs

  - *Plafonnement en valeur : 34%*

Les avantages accordés au consommateur pour un produit déterminé (le cas échéant, en les cumulant, si le produit fait l'objet de plusieurs avantages promotionnels) est au **maximum de 34%** :

- du prix de vente (cette notion restant à préciser) OU
- de l'augmentation de la quantité vendue équivalente (ex : conditionnement en +15% gratuit)

  - *Plafonnement en volume : 25%*

Les avantages promotionnels doivent porter **sur des produits ne représentant pas plus de 25%** :

- du **chiffre d'affaires prévisionnel** fixé par la convention fournisseur-distributeur (convention prévue à l'article L. 441-7 du code de commerce) ;
- du **volume prévisionnel** prévu par un contrat portant sur la conception et la production de produits alimentaires selon des modalités répondant aux besoins particuliers de l'acheteur (ex : produits sous marque de distributeur dits « MDD ») ;
- des **engagements de volume** portant sur des produits agricoles périssables ou issus de cycles courts de production, d'animaux vifs, de carcasses ou pour les produits de la pêche et de l'aquaculture.

- Entrée en vigueur des plafonnements

Le plafonnement en valeur à 34% est **applicable depuis le 1er janvier 2019**.

Le plafonnement en volume à 25% s'applique avec effet immédiat, voire rétroactif, puisque l'article 7 de l'ordonnance prévoit que le plafonnement en volume s'applique :

- aux conventions fournisseurs-distributeurs relevant de l'article L.441-7 du code de commerce, y compris celles conclues avant la publication de l'ordonnance, si ces conventions devaient être conclues avant le 1er mars 2019. En d'autres termes, le plafonnement à 25% du chiffre d'affaires prévisionnel s'applique à **toutes les conventions fournisseurs-distributeurs conclues pour l'année 2019, même si les conventions avaient été conclues avant l'ordonnance**.
- aux contrats portant sur la conception et la production de produits alimentaires selon des modalités répondant aux besoins particuliers de l'acheteur (MDD) et aux contrats contenant des **engagements de volume** portant sur des produits agricoles périssables ou issus de cycles courts de production, d'animaux vifs, de carcasses ou pour les produits de la pêche et de l'aquaculture, et ce **même si les contrats concernés étaient conclus avant la publication de l'ordonnance**, dès lors que ces contrats étaient toujours en cours d'exécution à la date de cette publication.

- Sanction

Le non-respect du plafonnement des promotions est sanctionné par une **amende administrative maximale de 375.000 euros** ou d'un montant correspondant à la moitié des dépenses de publicité effectuées au titre de l'avantage promotionnel pour une personne morale (une personne physique encourt quant à elle une amende administrative de 75.000 euros).
En cas de récidive, cette amende peut être doublée.

4. Ajout de dispositions dans les conventions fournisseurs-distributeurs

Pour permettre l'application du dispositif de plafonnement des promotions, les conventions conclues entre fournisseurs et distributeurs (en application de l'article L.441-7 du code de commerce, ou les contrats portant sur la conception et la production de produits alimentaires selon des modalités répondant aux besoins particuliers de l'acheteur) devront désormais comporter la mention :

- d'un chiffre d'affaires prévisionnel
- d'un volume prévisionnel.

L'absence de ces mentions est sanctionnée par une **amende administrative maximale de 375.000 euros** ou d'un montant correspondant à la moitié des dépenses de publicité effectuées au titre de l'avantage promotionnel concerné pour une personne morale (une personne physique encourt quant à elle une amende administrative de 75.000 euros).

5. **Limitation à 2 ans de l'application des nouvelles dispositions**

Ainsi que cela avait été prévu par la loi EGALIM, les nouvelles règles sont d'application temporaire (à tout le moins dans un premier temps).

Elles seront applicables pour une durée de 2 ans à compter de leur entrée en vigueur (qui, comme nous l'avons précisé plus haut, est distincte selon les dispositions concernées).

6. **La possibilité pour le Gouvernement de suspendre les nouvelles dispositions**

L'article 5 de l'ordonnance du 12 décembre 2018 permet au Gouvernement de suspendre l'application des règles relatives au nouveau seuil de revente à perte et aux promotions dans l'hypothèse où le dispositif ne permettrait pas, du fait du comportement des acteurs du marché (et plus précisément des acheteurs), d'atteindre l'un des objectifs de la loi, à savoir le rétablissement de conditions de négociation plus favorables pour les fournisseurs, de développement des produits dont la rentabilité est trop faible, et de meilleur équilibre dans les filières alimentaires.

A rapprocher : Ordonnance n°2018-1128 du 12 décembre 2018 relative au relèvement du seuil de revente à perte et à l'encadrement des promotions pour les denrées et certains produits alimentaires

---

Enquête de la DGCCRF dans le secteur des communications électroniques
Résultat d'enquête de la DGCCRF – 8 novembre 2018

Ce qu'il faut retenir :

La DGCCRF a constaté de nombreuses violations des règles du droit de la consommation par les opérateurs de téléphonie et d'internet en matière d'information du consommateur notamment.

Pour approfondir :

La **DGCCRF** a mené une enquête en 2017 auprès de plusieurs opérateurs dans le secteur des communications électroniques et a publié le 8 novembre dernier le résultat de cette enquête. La DGCCRF y confirme de nombreux manquements en matière d'information du consommateur, puisque près de la moitié des opérateurs étaient auteurs de violations du droit de la consommation (14 opérateurs sur les 35 opérateurs contrôlés).

En premier lieu, les offres faites aux consommateurs étaient pour certaines incomplètes (mention de prix exclusivement HT, alors que les prix annoncés aux consommateurs doivent être présentés TTC), pour d'autres considérées comme trompeuses. En particulier, la DGCCRF a relevé la mise en avant de tarifs applicables à des offres ADLS/VDSL alors que le consommateur recherchait des informations tarifaires sur les offres fibre, pour lesquelles la tarification était plus difficile d'accès. Toujours s'agissant des offres relatives à la fibre, deux opérateurs ont été mis en garde (par des avertissements ou l'établissement de procès-verbaux) pour n'avoir pas inséré dans leurs documents commerciaux ou sur leurs sites internet, avec les messages relatifs à la fibre, la mention obligatoire : « *(sauf raccordement du domicile)* », qui doit figurer à la suite de chaque utilisation du terme « fibre » ou de l'expression « fibre optique », associée aux services du fournisseur, dans des conditions d'audibilité et de lisibilité au moins égales, notamment en termes de volume sonore, de taille de caractère et de couleur.

Les contrats de certains opérateurs étaient incomplets ou comportaient des mentions contradictoires ou obsolètes :

- absence des coordonnées du médiateur des communications électroniques,
- absence de l'indication de la possibilité de s'inscrire sur la liste d'opposition BLOCTEL (liste d'opposition au démarchage téléphone),
- absence de mention des frais annexes à l'abonnement et de l'indication du débit minimal descendant,
- absence de mise à jour des textes légaux visés dans les conditions générales de vente ou les contrats.

En deuxième lieu, des manquements ont été constatés concernant la facturation des services de communications électroniques.

Dans certains cas, les clients consommateurs ne pouvaient pas bénéficier de l'envoi des factures au format papier et se voyaient imposer une facturation électronique.

Dans d'autres cas, les factures n'étaient pas conformes à la réglementation, et notamment ne mentionnaient pas la durée d'engagement restante.

Enfin, la DGCCRF a relevé des manquements aux obligations générales d'information, notamment :

- l'absence de fourniture au consommateur, sur support durable, de la confirmation de son contrat,

- l'absence de fourniture du formulaire type de rétractation lors de la confirmation du contrat.

Des manquements ont également été constatés du fait du refus du professionnel de permettre au consommateur d'exercer son droit de rétractation dont il bénéficie pendant 14 jours, ou encore du fait d'un mauvais calcul du délai de rétractation dont le consommateur bénéficie.

Par exemple, un opérateur prenait comme point de départ du délai de rétractation le jour de la conclusion du contrat, alors que s'agissant de contrats mixtes (c'est-à-dire des contrats qui portent à la fois sur la fourniture d'un service et la livraison d'un ou plusieurs biens), le point de départ du délai de rétractation est la date de réception du dernier bien, par exemple la livraison de la box).

Les modalités de recueil du consentement du consommateur auraient également été violées par plusieurs opérateurs.

La DGCCRF a annoncé la poursuite de ses contrôles auprès des opérateurs à l'avenir, pour vérifier le respect de leurs obligations réglementaires (au niveau national comme local).

A rapprocher : Résultat d'enquête de la DGCCRF

Application de la distribution sélective quantitative au secteur de la joaillerie et de l'horlogerie
CA Aix-en-Provence, 13 décembre 2018, n°16/04107

Ce qu'il faut retenir :

Les principes de la liberté du commerce et de la liberté contractuelle autorisent les opérateurs économiques à organiser leurs réseaux de distribution, qui peuvent être concurrents entre eux, comme ils l'entendent, sous la réserve de ne pas commettre de pratiques anticoncurrentielles ou discriminatoires. La fixation de distributeurs par Ville relève de la seule stratégie de la tête de réseau et seule doit être contrôlée sa bonne application.

Pour approfondir :

La société C. exerce l'activité de joaillier à Paris Depuis 1780. A ce titre, elle crée, fabrique et distribue des modèles déposés de joaillerie et d'horlogerie. Certains de ces produits constituent les collections de distribution que la société C. destine à la vente au détail par l'intermédiaire d'un réseau de distributeurs spécialement sélectionnés à cet effet. La très grande qualité des produits et l'importance des investissements qui leur sont consacrés en termes de publicité et d'image, font que la marque C. a acquis depuis longtemps et dans le monde entier, une renommée et un prestige exceptionnels.

Afin de préserver cette renommée et ce prestige, la société C. a institué, depuis 1995, sur le territoire français, un système de **distribution sélective** reposant sur des critères de sélection tant qualitatifs que quantitatifs. Elle dispose ainsi d'un réseau de distributeurs sur l'ensemble du pays.

Les distributeurs agréés sont sélectionnés par la société C. à partir de :

- critères qualitatifs : qualifications en joaillerie/horlogerie, personnel irréprochable et suffisant, environnement et standing particulier ;
- et de critères quantitatifs : chiffre d'achat minimum, stock minimum pour une représentation satisfaisante de la gamme de produits.

La société C. a adopté le principe d'une limitation du nombre de distributeurs par ville.

A Marseille la distribution des produits C. est assurée depuis 1991 par la société F. qui exploite deux points de vente dans les 6ème et 7ème arrondissements.

La société H. a pour activité l'exploitation d'un commerce de bijouterie, joaillerie et horlogerie dans le 6ème arrondissement de Marseille.

Dans le cadre de son activité, la société H. commercialise quelques grandes marques : CHOPARD, CARTIER, FRED et BAUME&MERCIER.

Le 27 juillet 2012, la société H. a sollicité son agrément pour devenir distributeur agréé de la société C., qui n'a pas donné une suite favorable à sa demande. Elle a donc assigné la société C. devant le Tribunal de commerce de Marseille, par exploit du 15 avril 2015, aux fins de la voir condamner à l'intégrer dans son réseau de distribution sélective et à l'indemniser de son préjudice.

Suivant jugement rendu le 22 février 2016, le Tribunal de commerce de Marseille a ordonné à la société C. de procéder à l'intégration de la société H. dans son réseau de distribution sélective, sous astreinte de 1.000 euros par jour de retard, et a condamné la société C. à payer à la société H. les sommes de 90.000 euros au titre du préjudice financier subi par la société H. consécutivement au refus de la société C. de l'exploitation de la marque, 100.000 euros à titre de dommages et intérêts au titre de la politique anticoncurrentielle dont elle s'est rendue coupable à l'encontre de la société H., et ce avec exécution provisoire.

La société C. a interjeté appel de ce jugement, en demandant à la Cour de dire et juger qu'elle avait loyalement appliqué son critère de sélection quantitatif et donc valablement refusé d'agréer la société H.

Par un arrêt du 13 décembre 2018, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a infirmé le jugement en toutes ses dispositions, en disant que le refus d'agrément de la société H. par la société C. ne revêt pas de caractère discriminatoire, a interdit à la société H. de vendre les produits C. et a ordonné la restitution par la société H. des produits C. à la société C. contre remboursement de leur prix d'acquisition.

La société H. avait fait valoir qu'elle se heurtait depuis plusieurs années à une pratique anticoncurrentielle de la part de la société C. et que les refus répétés de l'intégrer dans son réseau de distribution étaient motivés par une politique de distribution sélective hautement discriminatoire. Elle prétendait enfin que les affirmations de la société C. étaient mensongères et erronées car il ressort de la liste des points de vente des distributeurs C. sur le territoire national qu'elle disposait de :

- 3 points de vente à Lyon (deux dans le centre-ville de Lyon et un à Tassin la Demi-Lune à 7,3 Km de Lyon).
- 3 points de vente à Nice (un en centre-ville, un à l'aéroport de Nice et un à Saint-Laurent du Var, soit à moins de 10 Km du centre-ville de Nice),
- 3 points de vente à Strasbourg (deux en centre-ville et un comptoir C. aux GALERIES LAFAYETTE).

Elle ajoutait que la ville de Toulouse qui dispose d'une population de 390.000 habitants est dotée de deux points de vente C., la ville de Tours, qui dispose de 132.677 habitants bénéficie également de deux points de vente, alors que Marseille, deuxième ville française, qui dispose d'une population affichée de près de 797.491 habitants, et qui est aussi la seconde ville touristique française, attirant chaque année plus de 6 millions de visiteurs, ne dispose également que de deux points de vente, avec une représentativité fort curieuse car un seul point de vente est situé dans le centre-ville, le second étant situé dans un quartier résidentiel, dont la commercialité et le passage restent très limités, et que les deux points de vente C. sur Marseille appartiennent à la même société.

La Cour a cependant rappelé que *« les principes de la liberté du commerce et de la liberté contractuelle autorisent les opérateurs économiques à organiser leurs réseaux de distribution, qui peuvent être concurrents entre eux, comme ils l'entendent, sous la réserve de ne pas commettre de pratiques anticoncurrentielles ou discriminatoires ».*

En l'espèce, la société C. a posé comme critères de sélection de son réseau de distributeurs agréés :

- un distributeur agréé dans chaque ville,
- deux distributeurs agréés ou deux points de vente dans les villes les plus importantes ou avec des potentiels plus importants comme Marseille, Lyon, Bordeaux, à l'exception de Paris et Cannes au regard de leur rayonnement international.

La Cour considère enfin que *« la fixation de distributeurs par Ville relève de la seule stratégie de la société C., et seule doit être contrôlée sa bonne application ».*

L'examen par la Cour du nombre de distributeurs agréés de la société C. a fait apparaître qu'il en existait deux à Lyon et un à Tassin-la-Demi-Lune, dans la banlieue lyonnaise, et deux à Nice et un à Saint Laurent du Var à proximité de Nice.

La Cour a considéré que :

- rien n'interdit à la société C. de choisir des villes d'implantation de distributeurs agréés proches d'une ville où sont déjà implantés, comme à Lyon et à Nice des distributeurs, dès lors que cette implantation répond à sa stratégie commerciale de développement dans laquelle les juridictions n'ont pas à s'immiscer, implantations qui existent depuis plusieurs années ;
- que la société C. a adopté comme critère celui de la ville et non celui de l'agglomération ;
- et que le Comptoir des Galeries Lafayette de Strasbourg, qui dépend d'un autre réseau de distribution des produits C., ne peut être assimilé au réseau de distributeur agréé, soumis à d'autres critères.

La Cour a considéré, en conséquence, *« que le refus dans de telles circonstances d'agréer un troisième distributeur dans la ville de Marseille ne revêt pas de caractère discriminatoire dès lors qu'il répond à une stratégie commerciale de ne pas développer le nombre de distributeurs en centre-ville »* et que *« le distributeur déjà agrée pour deux points de vente à Marseille, l'était bien avant la première demande de la société H., de sorte qu'il est sans incidence que cet agrément porte sur la même société »*.

Pour rappel, avant l'entrée en vigueur du Règlement CE n°2790/1999 du 22 décembre 1999 relatif à l'application de l'article 81§3 du Traité instituant la Communauté Européenne (nouvel article 101 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne) à des catégories d'accords verticaux et des pratiques concertées, la Commission européenne condamnait généralement l'utilisation des critères de sélection quantitatifs réduisant le nombre de distributeurs agréés.

Depuis l'entrée en vigueur des Règlements CE n° 2790/1999 et n° 330/2010, le régime applicable aux critères de sélection quantitatifs est plus favorable.

Désormais, lorsqu'un réseau dispose d'un seuil inférieur à 30 % de parts de marché, il peut user de critères de sélection quantitatifs et fixer le nombre maximum de distributeurs agréés sur une zone territoriale déterminée, dès lors que les critères qu'il impose sont définis, précis et vérifiables.

La Cour de cassation a fait application de ce raisonnement en confirmant un arrêt d'appel ayant retenu *« que le constructeur a choisi comme critère quantitatif un seul point de vente par aire urbaine de 500 000 habitants et que ce critère est défini de manière précise, les aires urbaines étant constituées d'un pôle urbain et d'une couronne périphérique, chacun des concepts de la définition correspondant à une réalité géographique et économique ; qu'il retient par motifs propres que les cent cinquante points de vente correspondent pour 98 % d'entre eux aux aires urbaines définies, tandis que le découpage est différent pour quatre d'entre eux en raison des spécificités locales ; que la cour d'appel a pu en déduire que le critère retenu est objectif et précis, correspondant à une zone de chalandise ; qu'elle n'avait dès lors pas à juger de l'opportunité du choix de ce critère »* (Cass. com., 28 juin 2005, n° 04-15279).

Saisie d'une question préjudicielle, la Cour de Justice de l'Union Européenne a précisé *« qu'il n'est pas nécessaire qu'un système de distribution sélective quantitative repose sur des critères qui sont objectivement justifiés et appliqués de manière uniforme et non différenciée à l'égard de tous les candidats à l'agrément »* pourvu que les critères définis soient précis et vérifiables (CJUE, 14 juin 2012, aff. C-158/11, Auto 24 / Jaguar Land Rover France).

Faisant application de cette jurisprudence de la CJUE, la Cour de Cassation a ainsi considéré que :

« par arrêt du 14 juin 2012 (affaire C-158/11), la Cour de justice de l'Union européenne a dit pour droit que par les termes « critères définis », figurant à l'article 1er, paragraphe 1, sous f), du Règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission, du 31 juillet 2002, concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, il y a lieu d'entendre, s'agissant d'un système de distribution sélective quantitative au sens de ce règlement, des critères dont le contenu précis peut être vérifié et que pour bénéficier de l'exemption prévue par ledit règlement, il n'est pas nécessaire qu'un tel système repose sur des critères qui sont objectivement justifiés et appliqués de façon uniforme et non différenciée à l'égard de tous candidats à l'agrément ; qu'ayant, par motifs propres et adoptés, énoncé qu'aux termes de l'article 1, paragraphe 1, sous g) du règlement d'exemption n° 1400/2002, le système de distribution sélective quantitative est celui dans lequel le fournisseur applique, pour sélectionner les distributeurs et les réparateurs, des critères qui limitent directement le nombre de ceux-ci et retenu qu'aucune disposition législative ou réglementaire, de droit national ou communautaire, n'impose au concédant de justifier des raisons qui l'ont amené à arrêter le "numerus clausus" qui lui sert de critère quantitatif de sélection, fixant un nombre de 72 contrats pour 109 sites parmi lesquels celui de Périgueux ne figure pas, ce dont il résultait un critère précis qui a été vérifié, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision » (Cass. Com., 15 janvier 2013, n° 10-12734).

A rapprocher : CJUE, 14 juin 2012, aff. C-158/11, Auto 24 / Jaguar Land Rover France ; Cass. com., 15 janvier 2013, n° 10-12734 ; v. aussi, **« *Vent de liberté sur les réseaux de distribution sélective* », LDR 10 septembre 2018**

Rupture brutale des relations commerciales et principe de non-cumul des responsabilités
CA Paris, Pôle 5 ch. 11, 30 novembre 2018, n°16/23273 ; Cass. com., 24 octobre 2018, n°17-25.672

Ce qu'il faut retenir :

Le contractant peut engager cumulativement la responsabilité contractuelle de son cocontractant pour manquement un engagement contractuel et sa responsabilité délictuelle en raison d'une rupture brutale des relations commerciales établies.

Pour approfondir :

Dans une première affaire (Cass. com., 24 octobre 2018, n° 17-25.672), les faits se résumaient comme suit. Souhaitant participer au congrès annuel de l'association A. se tenant du 24 au 27 novembre 2010, la société E. a adressé à cette dernière une « demande d'admission » assortie d'un acompte. Le 9 juillet 2010, et bien qu'ayant payé l'acompte exigé, l'association A. a néanmoins notifié à la société E. un refus d'admission au congrès. Cette dernière a donc assigné l'association en indemnisation de ses préjudices :

- d'une part, en lui reprochant d'avoir manqué à son engagement contractuel en refusant de lui fournir un stand au congrès de novembre 2010 ;
- d'autre part, en invoquant la rupture brutale de la relation commerciale établie qu'elle entretenait avec l'association depuis 1997.

La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 22 juin 2017, a rejeté la demande indemnitaire présentée au titre de la rupture brutale d'une relation commerciale établie au motif que :

- l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce institue une responsabilité de nature délictuelle,
- en raison du principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle, la société E., qui a agi sur le terrain de la responsabilité contractuelle, et dont les demandes ont été partiellement accueillies, ne pouvait donc former une demande indemnitaire fondée sur la responsabilité délictuelle.

Par l'arrêt commenté, la chambre commerciale de la Cour de cassation censure l'arrêt de la Cour d'appel, et rappelle que le principe de non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle :

- « *interdit seulement au créancier d'une obligation contractuelle de se prévaloir, contre le débiteur de cette obligation, des règles de la responsabilité délictuelle* »,

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

En premier lieu, en présence d'un manquement à une obligation contractuelle, le principe de non-cumul des responsabilités interdit tout au plus au contractant de se fonder sur le terrain délictuel.

En second lieu, la rupture brutale des relations commerciales participe de la responsabilité délictuelle, pouvant être invoquée cumulativement avec la responsabilité contractuelle lorsque le demandeur invoque deux manquements distincts.

Dans une seconde affaire (CA Paris, Pôle 5 ch. 11, 30 novembre 2018, n°16/23273 : à propos d'une demande formée au titre d'une rupture contractuelle abusive et d'une rupture brutale des relations commerciales établies), la Cour d'appel de Paris retient que « *le cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle est impossible et rend la demande irrecevable* ».

A rapprocher : Cass. com., 10 octobre 2018, n°17-11.543 ; v. aussi, CA Paris, Pôle 5 ch. 5, 22 novembre 2018, n°18/05362 ; CA Paris, Pôle 5 ch. 5, 25 octobre 2018, n°16/08509

IMMOBILIER – CONSTRUCTION URBANISME

Bail commercial : nouvel éclairage sur l'annulation des clauses d'indexation
Cass. civ. 3ème, 29 novembre 2018, n°17-23.058, Publié au bulletin

Ce qu'il faut retenir :

Lorsqu'une clause d'indexation stipulée dans un bail commercial prévoit la prise en compte d'une période de variation de l'indice supérieure à la durée s'écoulant entre chaque révision, seule la distorsion prohibée est réputée non écrite sur le fondement de l'article L.112-1 du Code monétaire et financier et non la clause en son entier.

La Cour de cassation dissocie alors en l'espèce la première indexation du loyer qui n'était pas conforme aux règles du Code monétaire et financier, des indexations suivantes qui étaient valables et répute non écrite exclusivement la partie de clause litigieuse.

Pour approfondir :

La clause d'indexation stipulée au bail prévoyait que : « *Le réajustement du loyer se fera en vertu de la présente clause chaque année le premier janvier. L'indice de référence, chaque année, sera celui du mois de juillet de l'année précédente. Pour la première révision, l'indice de base sera celui du mois de juillet 1999* ».

Le preneur, estimant que la clause d'indexation stipulée au bail est illicite au regard de sa violation des dispositions de l'article L.112-1, alinéa 2, du Code monétaire et financier, en vertu duquel « *est réputée non écrite toute clause d'un contrat à exécution successive, et notamment des baux et locations de toute nature, prévoyant la prise en compte d'une période de variation de l'indice supérieure à la durée s'écoulant entre chaque révision* », a assigné son bailleur devant le Tribunal de grande instance afin d'obtenir l'annulation de la clause en son entier et la restitution des trop-perçus de loyer.

Le preneur fait valoir que la clause d'indexation créait une distorsion prohibée par la loi dès lors que l'indice de base retenu pour la première révision est celui du mois de juillet 1999, entrainant ainsi une variation annuelle de l'indice supérieure à la durée de sept mois écoulée entre la prise d'effet du bail du 1er juin 2000 et la première révision du loyer au 1er janvier 2001.

Le bailleur soutenait quant à lui qu'il s'agissait, pour la première indexation, d'une erreur matérielle des parties et qu'une distorsion ne pouvait-être caractérisée dès lors que toutes les indexations suivantes à compter du 1er janvier 2002, ont été réalisées selon une période de 12 mois en appliquant des indices correspondants à la même période de variation.

La Cour d'appel a fait droit à la demande du preneur en annulant en son entier l'indexation considérant que la clause d'indexation violait les dispositions d'ordre public de l'article L.112-1 du Code monétaire et financier et que, dès lors, celle-ci devait être réputée non écrite en son entier.

La troisième Chambre civile de **la Cour de cassation a censuré cette décision** considérant que seule la stipulation qui créait la distorsion prohibée devait être réputée non écrite et non la clause en son entier. La Haute Cour explique que la clause en question prévoyait un premier ajustement, certes illicite mais ponctuel et que le reste la clause était conforme aux règles du Code monétaire et financier.

La publicité attachée à cet arrêt pour notamment être publié sur le site de la Cour de cassation nous laisse à penser que par cette décision la Cour de cassation souhaite apporter un nouvel éclairage sur l'annulation des clauses d'indexation qui pourrait n'être que partielle.

L'arrêt de la Cour d'appel est intéressant à un autre égard car elle retient que l'indice national du bâtiment dit « BT01 », utilisé dans le cadre d'opérations de construction, n'a pas de relation directe avec l'objet du bail commercial en question.

En revanche, celle-ci déduit des termes « *par voie de construction* » figurant dans les statuts du bailleur, que ce dernier dispose d'un statut de constructeur en relation directe avec l'indice national du bâtiment BT01, de sorte que cet indice peut être valablement retenu en l'espèce.

A rapprocher : Article L.112-1 du Code monétaire et financier ; Article L.112-2 du Code monétaire et financier ; Cass. civ. 3ème, 14 janvier 2016, n°14-24.681

Loi ELAN et bail commercial : nouvel outil pour accélérer la transformation de bureaux en logements
Article L. 145-4 du Code de commerce modifié par la Loi n°2018-1021 du 23 novembre 2018 - art. 28

Ce qu'il faut retenir :

Dans un objectif d'accélération des transformations de bureaux en logements, le législateur a introduit un nouveau droit de reprise triennale du bailleur commercial au sein de l'article L.145-4 du Code de commerce en cas de transformation à usage principal d'habitation un immeuble existant par reconstruction, rénovation ou réhabilitation.

Pour approfondir :

Le législateur a fait le constat que le parc de bureaux français comportait un nombre important de locaux vacants. L'Inspection Générale des Finances ainsi que les promoteurs immobiliers ont ainsi fait connaître leur volonté de permettre la transformation de ces bureaux en logements tant recherchés.

Des professionnels de l'immobilier se sont, quant à eux, engagés, au travers d'une charte signée le 28 mars 2018, à trouver 500 000 m² de bureaux vacants en Ile-de-France afin de les transformer en logements d'ici 2022.

Dans l'optique de favoriser ces transformations et les accélérer, la loi portant Evolution du logement, de l'Aménagement et du Numérique (ELAN) du 23 novembre 2018 offre désormais, suite à l'adoption par l'Assemblée Nationale d'un amendement relatif à l'article L.145-4 du Code de commerce, la possibilité aux bailleurs, envisageant de transformer un immeuble de bureaux en un immeuble de logements, de donner congé à leurs locataires pour une échéance triennale du bail.

En effet, jusqu'à cette loi, l'alinéa 3 de l'article L.145-4 du Code de commerce autorisait seulement le bailleur commercial à donner congé à l'expiration d'une période triennale lorsque celui-ci envisageait *« de construire, de reconstruire ou de surélever l'immeuble existant, de réaffecter le local d'habitation accessoire à cet usage ou d'exécuter des travaux prescrits ou autorisés dans le cadre d'une opération de restauration immobilière et en cas de démolition de l'immeuble dans le cadre d'un projet de renouvellement urbain ».*

La loi ELAN complète alors le présent article permettant ainsi au bailleur de bénéficier d'un nouveau droit de reprise. Les formulations sur la nature des travaux de « reconstruction », « rénovation » et « réhabilitation » sont suffisamment générales pour englober tous types de travaux. Le bailleur n'aura pas en outre à transformer l'intégralité de l'immeuble en habitation mais simplement pour un usage « principal » d'habitation, ce qui laisse, comme on l'imagine, la possibilité de pouvoir maintenir les commerces en pied d'immeuble.

On rappellera toutefois que la mise en œuvre du droit de reprise triennale n'est pas si aisée puisqu'elle suppose toutefois d'indemniser le preneur des conséquences liées à cette éviction.

Sauf disposition expresse contraire, la loi ELAN est entrée en vigueur le lendemain de sa publication au Journal officiel, soit le 25 novembre 2018. On s'interrogera dès lors sur l'application de cette disposition aux contrats de baux conclus avant cette date et qui seraient en cours d'exécution.

En principe, la loi ne dispose que pour l'avenir et n'a point d'effet rétroactif. Toutefois, s'agissant de dispositions d'ordre public (et textuellement visées comme telles par l'article L.145-15 du Code de commerce), on pourrait s'attendre, au regard de la tendance de la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, à ce que celle-ci retienne, au vu de l'objectif poursuivi par le législateur d'accélération de la production de logements, qu'il s'agisse d'un ordre public impérieux susceptible de s'appliquer aux contrats de baux en cours et conclus avant le 25 novembre 2018. L'avenir nous le dira.

A rapprocher : Articles 1 et 2 du Code civil ; Article L.145-4 du Code de commerce ; Article L.145-28 du Code de commerce

Bail commercial : fixation du loyer de renouvellement sans recours à l'expertise contradictoire

Cass. civ. 3ème, 15 novembre 2018, n°16-26.172, FS-P+B+I

Ce qu'il faut retenir :

Le juge des loyers commerciaux peut fixer le montant du loyer révisé en se fondant sur un rapport d'expertise amiable établi unilatéralement par le bailleur et sur un rapport d'expertise judiciaire établi dans le cadre d'une instance à laquelle le preneur n'était pas partie, dès lors que ces documents ont été soumis à la discussion contradictoire des parties à la procédure de révision.

Pour approfondir :

Un bailleur commercial avait notifié à son preneur un mémoire en révision du loyer à la valeur locative des locaux loués.

Le preneur contestant le montant du loyer révisé, le bailleur avait saisi le juge des loyers commerciaux d'une demande en fixation du loyer révisé.

A l'appui de sa demande de révision, le bailleur avait produit deux rapports d'expertise fixant à une certaine somme la valeur locative :

- un rapport d'expertise amiable, établi unilatéralement par le bailleur ; et

- un rapport d'expertise judiciaire établi dans le cadre d'une procédure opposant le bailleur à l'un de ses associés relative à la contestation du prix de rachat des parts sociales détenues par cet associé dans le capital de la société bailleresse.

Le preneur avait sollicité à titre principal l'irrecevabilité de la procédure de révision du loyer et, à titre subsidiaire, l'organisation avant dire droit d'une expertise judiciaire afin de déterminer la valeur locative des locaux loués.

Sur la demande d'expertise judiciaire, le preneur faisait notamment valoir qu'en application du principe de la contradiction, le rapport d'expertise judiciaire produit par le bailleur lui était inopposable car il avait été établi dans le cadre d'un litige auquel il n'avait pas été partie.

Tant en première instance qu'en d'appel, le preneur est débouté de sa demande d'organisation d'une expertise judiciaire, aux motifs que :

- dans le cadre de la procédure judiciaire de révision, le preneur avait été en mesure de discuter contradictoirement les conclusions des deux rapports d'expertise produits par le bailleur, de sorte que ceux-ci devaient lui être rendus opposables ; et
- les juges ont pu disposer, sur la base de ces rapports d'expertise, des éléments nécessaires pour fixer la valeur locative des locaux sans avoir à recourir à une nouvelle expertise.

La **décision des juges du fond est confirmée par la Cour de cassation** : le juge peut, sans violer le principe de la contradiction, se fonder sur un rapport d'expertise judiciaire établi lors d'une instance opposant la bailleresse à son associé et sur le rapport d'expertise amiable établi unilatéralement à la demande du bailleur pour déterminer la valeur locative de révision, dans la mesure où les éléments contenus dans ces rapports ont été soumis à la libre discussion des parties. La Cour de cassation avait déjà admis qu'un rapport d'expertise amiable, établi unilatéralement à la demande d'une partie, puisse valoir comme élément de preuve devant les juridictions, dès lors qu'il a été régulièrement communiqué à l'autre partie et soumis à la libre discussion des parties (Cass. civ. 3ème, 23 mars 2005, n°04-11.455, publié au Bulletin).

En revanche, elle avait considéré que les juges ne peuvent valablement statuer en se fondant exclusivement sur les éléments d'une expertise amiable établie à la demande d'une partie, quand bien même ces éléments auraient été débattus contradictoirement, sous peine de porter atteinte au droit à un procès équitable prévu à l'article 6 §1 de la CEDH (Cass. civ. 3ème, 3 février 2010, n°09-10.631, publié au Bulletin ; Cass. civ. Mixte, 28 septembre 2012, n°11-18.710, P+B+R+I).

Dans l'affaire commentée, la Cour de cassation vient apporter une nouvelle pierre à l'édification de cette jurisprudence en énonçant que le juge des loyers commerciaux peut valablement statuer sur le loyer révisé en se fondant sur les conclusions d'une expertise à laquelle l'une des parties est étrangère dès lors qu'il s'agit d'une expertise judiciaire et que les parties à la procédure de révision ont pu librement débattre de ce document.

A rapprocher : Article 16 du code de procédure civile ; Article 6 §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; Article R.145-30 du code de commerce ; Cass. civ. 3ème, 23 mars 2005, n°04-11.455, publié au Bulletin ; Cass. civ. 3ème, 3 février 2010, n°09-10.631, publié au Bulletin ; Cass. civ. Mixte, 28 septembre 2012, n°11-18.710, P+B+R+I

Bail commercial : frontière entre les travaux de mise en conformité et l'obligation de délivrance

Cass. civ. 3ème, 11 octobre 2018, n°17-18.553, inédit

Ce qu'il faut retenir :

Le bailleur commercial ne peut transférer au preneur la charge des travaux de mise en conformité qu'en présence d'une clause expresse du bail en ce sens. N'est pas de nature à transférer au preneur la charge de tels travaux la clause par laquelle le preneur déclare « *faire son affaire personnelle de toutes démarches en vue d'obtenir les branchements [des] équipements et installations de toute nature nécessaires à l'exercice de son activité* ».

Pour approfondir :

Le preneur d'un bail commercial avait réalisé à ses frais des travaux de mise en conformité consistant en la pose d'un système d'évacuation des eaux usées ainsi qu'au raccordement des locaux au réseau électrique.

Reprochant au **bailleur** un manquement à son obligation de délivrance, le preneur l'a assigné en remboursement du coût des travaux réalisés.

Le preneur est débouté par les juges du fond. Relevant qu'une clause du bail prévoyait que le preneur déclarait *« faire son affaire personnelle de toutes démarches en vue d'obtenir les branchements [des] équipements et installations de toute nature nécessaires à l'exercice de son activité »*, la Cour d'appel avait estimé que celui-ci avait accepté de supporter les travaux de raccordement, de sorte qu'il ne pouvait pas être reproché au bailleur un manquement à son obligation de délivrance.

La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel au visa de l'article 1719 1° et 2° du code civil.

On rappelle qu'aux termes de cet article, le bailleur est tenu d'une obligation de délivrance et d'entretien de la chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée. Il en résulte qu'en principe les travaux de mise en conformité des locaux loués incombent au bailleur.

Néanmoins, cette disposition n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent convenir de mettre à la charge du preneur la réalisation des travaux de conformité.

En l'espèce, la Cour de cassation considère qu'aucune stipulation expresse du bail mettait à la charge du preneur le coût des travaux de raccordement aux usées et d'installation d'un raccordement au réseau électrique, de sorte que la Cour d'appel a violé les dispositions de l'article 1719 du code civil.

La **solution rendue par la Cour de cassation** s'inscrit dans son courant récent : la jurisprudence considère de façon constante qu'en l'absence d'une clause expresse du bail mettant à la charge du preneur les travaux de mise en conformité, ceux-ci restent à la charge du bailleur. Le preneur ayant payé le coût de ces travaux est alors fondé à en demander le remboursement au bailleur (*Cass. civ. 3ème, 14 septembre 2017, n°16-21.799 ; Cass. civ. 3ème, 5 octobre 2017, n°16-11.470 ; Cass. civ. 3ème, 18 janvier 2018, n°16-25.126*).

La solution rendue en l'espèce confirme également l'appréciation sévère faite par les juges de la notion de « *stipulation expresse* » : la clause par laquelle le preneur déclare faire son affaire personnelle de toutes démarches en vue d'obtenir « *les branchements de toute nature* » ne transfère par la charge des travaux de raccordement prescrits par l'autorité administrative. En ce sens, la Cour de cassation avait déjà jugé que la clause mettant à la charge du locataire le *« ravalement des façades de l'immeuble »* ne déchargeait par le bailleur pour les ravalements imposés par l'autorité administrative (*Cass. civ. 3ème, 5 octobre 2017, n°16-11.470*).

On notera que le présent arrêt a été rendu sous l'empire du droit antérieur à la réforme Pinel. Depuis Pinel, l'article R.145-35 du code de commerce est venu modifier la règle de répartition des charges entre bailleur et preneur en prévoyant notamment que les dépenses relatives aux travaux ayant pour objet de mettre en conformité l'immeuble ou les locaux loués avec la réglementation applicable ne peuvent jamais être mis à la charge du preneur dès lors qu'ils relèvent des grosses réparations au sens de l'article 606 du code civil.

Par conséquent, au regard de la décision commentée, il convient de préciser que pour les baux conclus ou renouvelés depuis le 5 novembre 2014, il sera fait échec à une clause expresse de transfert au preneur de la charge des travaux de mise en conformité toutes les fois que ces travaux seront qualifiés de grosses réparations au sens de l'article 606 du code civil.

A rapprocher : Article 1719 1° et 2° du code civil ; Article R. 145-35 du code de commerce ; Article 606 du code civil ; Cass. civ. 3ème, 14 septembre 2017, n°16-21.799 ; Cass. civ. 3ème, 5 octobre 2017, n°16-11.470 ; Cass. civ. 3ème, 18 janvier 2018, n°16-25.126

Contrôle des engagements souscrits dans les dossiers de demandes d'AEC – Evaluation du dispositif de contrôle des surfaces commerciales illégales

Rép. Min, JO Sénat, 1er novembre 2018, p. 5580

« Exploitation illicite de surfaces par les grandes surfaces »

Ce qu'il faut retenir :

« Le respect des engagements pris par les porteurs de projets dans les dossiers de demandes d'AEC constitue un enjeu économique et juridique majeur auquel le Gouvernement attache une importance particulière. »

Pour approfondir :

Le Ministre de l'économie et des finances avait été saisi, le 12 avril 2018, d'une question de M. Michel Dennemont, relative au contrôle et à la sanction de l'exploitation illicite de surfaces de vente. Plus particulièrement, ce Parlementaire soulignait qu'une « *association [qui] se bat depuis près de 25 ans pour faire respecter les codes du commerce et de l'urbanisme face à certaines grandes surfaces* » avait mis en évidence que l'instauration d'un contrôle effectif en ce domaine permettrait à l'Etat de « *[récupérer] 418 milliards d'euros en se fondant sur l'article L.752-23 du code du commerce, sur la loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie et sur l'article L.480-4 du code de l'urbanisme* » mais également de lutter contre la disparition des petits commerces « *qui ne peuvent lutter face à cette concurrence totalement déloyale* ».

Si le chiffre avancé apparaît très important, et qu'il ne peut être vérifié, le constat avait déjà été fait qu'en pratique, cette procédure administrative semble peu utilisée et le nombre d'arrêtés préfectoraux de fermeture de surfaces de vente illégales pris paraît très limité (pour une précédente question parlementaire sur ce sujet : **Question orale sans débat n° 1622, JOAN, 24 janvier 2017**).

Toutefois, en réponse à cette interpellation, le Ministre de l'économie a, dans une **réponse publiée au Journal Officiel du 1er novembre dernier**, tout d'abord, confirmé que « *le **respect des engagements pris par les porteurs de projets dans les dossiers de demandes d'autorisations** d'exploitation commerciale délivrées par les commissions départementales d'aménagement commercial (CDAC) ou, en cas de recours, par la Commission nationale d'aménagement commercial (CNAC), **constitue un enjeu économique et juridique majeur auquel le Gouvernement attache une importance particulière*** » (sur le contrôle des engagements pris par les porteurs de projet : par exemple, CAA Nantes, 28 décembre 2016, *Mme I... B...et Mme A...F...*, req. n°14NT03298).

Ensuite, il a souligné que le dispositif mis en place par la loi de Modernisation de l'Economie (L.752-23 du code de commerce) faisait l'objet de difficultés d'application, et qu'une **mission *ad hoc* allait donc être créée** en vue d'évaluer le dispositif existant, et « *de recueillir l'avis des administrations déconcentrées et d'opérer des visites « de terrain », afin de de vérifier notamment la conformité des équipements commerciaux ouverts au public avec les éléments figurant dans l'autorisation d'exploitation commerciale délivrée par la CNAC* ».

Enfin, il a rappelé que le projet de loi ELAN, intègre, dans son volet relatif à l'aménagement commercial, des « ***mesures relatives au contrôle du respect des autorisations d'exploitation** commerciale délivrées par les commissions d'aménagement commercial* » (v. notamment Article 54 bis H du projet de loi ELAN et la création d'un « *un certificat (…) attestant du respect de l'autorisation d'exploitation commerciale qui lui a été délivrée ou des articles L.752-1-1 et L.752-2* »).

A rapprocher : CAA Nantes, 28 décembre 2016, *Mme I... B...et Mme A...F...*, req. n°14NT03298

PROPRIETE INTELLECTUELLE & NOUVELLES TECHNOLOGIES

Bouygues Telecom condamné à une amende de 250 000 € par la CNIL pour non-respect de la sécurité des données de ses clients

Délibération n°SAN -2018-012 du 26 décembre 2018

Ce qu'il faut retenir :

La CNIL, dans sa délibération du 26 décembre 2018, rappelle que l'obligation de sécurité des données à caractère personnel qui pèse sur le responsable de traitement est une obligation de moyens, et non de résultat. Cependant, cette obligation peut devenir une obligation de moyens renforcée eu égard aux spécificités du système d'information choisi par le responsable de traitement.

Pour approfondir :

La CNIL a été avisée, le 2 mars 2018, soit quelques mois avant l'entrée en application du RGPD, de ce que les données personnelles des clients de la marque B&You détenue par BOUYGUES TELECOM étaient insuffisamment protégées. La plateforme en cause était destinée à l'édition de factures et à la gestion administrative de leurs contrats par les clients de BOUYGUES TELECOM.

En effet, un simple incident technique avait permis de rendre librement accessibles l'ensemble des données à caractère personnel des clients de ladite marque. Une nouvelle fois, la simple modification d'une adresse URL entraînait l'accès à des contrats et factures de clients.

L'ampleur de la faille de sécurité était notable : elle a duré plus de deux ans, et concerné plus de deux millions d'utilisateurs.

Le 6 mars 2018, la société BOUYGUES TELECOM, conformément à ses obligations, a notifié la faille de sécurité à la CNIL. Une mission de contrôle par les agents de la CNIL s'en est suivie dans les locaux de la société BOUYGUES TELECOM.

Au visa de l'article 34 ancien de la Loi informatique et libertés, lequel dispose « *Le responsable du traitement est tenu de prendre toutes précautions utiles, au regard de la nature des données et des risques présentés par le traitement, pour préserver la sécurité des données et, notamment, empêcher qu'elles soient déformées, endommagées, ou que des tiers non autorisés y aient accès* », la formation restreinte de la CNIL a donc condamné la société BOUYGUES TELECOM à une amende de 250 000 € au motif qu'elle avait gravement manqué à la sécurité des données à caractère personnel de ses clients.

Il ressort de **cette décision** que cette vulnérabilité du système était liée à un simple oubli de réactivation de la fonction d'authentification du client, suite à une opération de tests suivant la fusion de bases de données clients B&You et de clients BOUYGUES TELECOM.

Soulignons que la CNIL a retenu, pour fixer le montant de l'amende administrative, la grande réactivité de la société BOUYGUES TELECOM, laquelle a, dès le 5 mars 2018, mis en place de nombreuses mesures afin d'empêcher l'accès aux données, sans avoir identifié l'origine de la faille. Dès le 9 mars, la CNIL a pu constater qu'il était désormais impossible d'accéder librement aux données.

Ainsi, La CNIL rappelle à la faveur de cette décision, que l'obligation de sécurité pesant sur le responsable de traitement est une obligation de moyens, et non de résultat. Elle précise notamment :

> « *La formation restreinte estime dès lors que, si l'oubli de réactiver le code rendant nécessaire l'authentification des utilisateurs sur le site web de la société est effectivement une erreur humaine, dont la société ne peut se prémunir totalement, le fait de ne pas avoir mis en œuvre, pendant plus de deux années, les mesures efficaces permettant de découvrir cette erreur constitue une violation des obligations imposées par l'article 34 susvisé. Des mesures de revue automatisée du code adaptées aux spécificités du système d'information hérité et une revue manuelle de la partie du code en charge de l'authentification auraient permis de découvrir la vulnérabilité et d'y remédier.*
>
> *La formation restreinte considère, par conséquent, que la société n'a pas porté à la base en question l'attention nécessaire pour assurer la sécurité des données personnelles traitées.* »

Le manquement à l'article 34 de la Loi informatique et libertés est donc constitué, la société BOUYGUES TELECOM n'ayant pas mis en œuvre les moyens suffisants qui s'imposaient compte tenu de la spécificité du système d'information choisi qui aurait mérité des mesures de revue plus adaptées.

A rapprocher : Article 34 de la Loi informatique et libertés

Le marketing émotionnel, une source d'enjeux juridiques
Laboratoire d'Innovation Numérique de la CNIL, 26 novembre 2018

L'utilisation des technologies d'intelligence artificielle ouvre la voie à de nouvelles perspectives dans de nombreux domaines d'activité. Le secteur du marketing souhaite également faire usage d'outils innovants afin de développer des formes de publicités personnalisées et ciblées selon les émotions et le profil psychologique du consommateur. En effet, les techniques de marketing modernes ont pour but de tenir compte de traits de personnalité précis : ouverture d'esprit, organisation, extraversion, agréabilité et sensibilité. Ces informations font ensuite l'objet d'analyses pour dresser un profil individuel.

L'origine des données utilisées pour établir un profil psychologique peut être variée, et située en dehors d'un contexte de consommation. L'analyse des contenus postés ou des réactions des utilisateurs sur les réseaux sociaux permettent d'ores et déjà de cerner les opinons et les préférences des utilisateurs de façon précise.

Au même titre, les smartphones, outils du quotidien, sont des sources précieuses d'informations à exploiter, puisqu'ils permettent d'en savoir tout autant sur les goûts et les habitudes de son utilisateur (applications installées, géolocalisation, historique de recherche, etc.).

Le ciblage psychologique a initialement pour objectif de catégoriser les individus, afin de planifier des stratégies marketing ciblées, plus qualitatives et rentables qu'une campagne marketing de masse. Les futurs outils basés sur l'intelligence artificielle promettent d'affiner d'autant plus ce ciblage en mesurant en temps réel les émotions ressenties par l'individu.

Par exemple, la caméra frontale d'un smartphone pourrait être exploitée à l'aide d'une technologie de reconnaissance faciale afin de déterminer l'état émotionnel de la personne et de lui envoyer directement une publicité adaptée à son humeur, sa localisation et ses centres d'intérêt. Mais cette pratique pourrait être de nature à exploiter les vulnérabilités du consommateur.

Face à ces nouvelles méthodes, plusieurs enjeux juridiques se dégagent, en particulier sous l'angle de la protection des données personnelles et du droit de la consommation.

Tout d'abord, ces pratiques pourraient ne pas être licites en vertu du droit de la consommation. L'article L.121-1 du Code de la consommation prohibe tout pratique commerciale déloyale, qui peut se caractériser lorsqu'elle « *altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service* ».

Le recours à une publicité ciblée selon les émotions du consommateur pourrait même être qualifié de pratique commerciale agressive, en raison de la contrainte morale qu'elle peut représenter, notamment lorsqu'il y a « *exploitation, en connaissance de cause, par le professionnel, de tout malheur ou circonstance particulière d'une gravité propre à altérer le jugement du consommateur, dans le but d'influencer la décision du consommateur à l'égard du produit* », selon l'alinéa 2-3° de l'article L.121-6.

En outre, l'utilisation de technologie d'intelligence artificielle et de personnalisation des annonces publicitaires requièrent une quantité importante de données, qui doivent être préalablement collectées afin de déterminer le profil des individus. Sur ce point, les acteurs devront respecter les dispositions du Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD).

Le recueil d'un consentement libre, spécifique, éclairé et univoque des individus est nécessaire afin d'opérer un traitement ayant pour finalité un ciblage publicitaire, comme l'a rappelé la CNIL le 8 octobre 2018, en mettant en demeure une entreprise de ciblage publicitaire qui exploitait la géolocalisation des internautes, sans avoir préalablement recueilli leur consentement.

La collecte de données faciales et vocales, essentielles pour le ciblage émotionnel, risque également d'être soumise au régime plus protecteur des données sensibles, car elles sont susceptibles d'être qualifiées de données biométriques, en particulier si la finalité du traitement est l'identification de la personne.

La mise en œuvre de ces nouvelles techniques de marketing, toujours plus centrées sur l'individu, risque de trouver ses limites face à la règlementation en vigueur. Si les acteurs du secteur souhaitent tout de même opter pour ces nouvelles solutions, nul doute qu'une régulation sera nécessaire à l'avenir afin d'encadrer ces pratiques.

A rapprocher : Les solutions pour la publicité - CNIL ; Décision n°MED-2018-043 du 8 octobre 2018

Le système de crédit social : un futur standard de la smart city ?
Laboratoire d'Innovation Numérique de la CNIL, 28 novembre 2018

Du 13 au 15 novembre 2018, s'est tenu le Smart City World Congress, à Barcelone. A cette occasion, de nombreuses entreprises se sont affichées pour démontrer leur volonté de proposer des produits et des services innovants répondant aux besoins de la ville de demain. Cet évènement international a permis de dresser un portrait de ce que pourront être, à l'avenir, les principaux outils des villes connectées.

Aux côtés du géant du numérique HUAWEÏ, nombreuses sont les entreprises et villes chinoises à s'être présentées lors de ce salon. Ces entités font du tableau de bord, un système permettant de monitorer en temps réel toute la ville, l'élément central de leur solution.

Dans une version modernisée, comprenant l'Internet, les objets connectés et les technologies basées sur l'intelligence artificielle (reconnaissance faciale en particulier), cet outil est présenté comme étant capable de gérer les principaux problèmes rencontrés par la ville.

Pour permettre ce suivi continu, des outils de mesure doivent préalablement être déployés à des endroits stratégiques de la ville. Toutes les activités sont concernées : pollution, gestion des déchets, flux de transports, de personnes ou d'énergie, etc. Le tout fait enfin l'objet d'analyses prédictives afin de permettre aux villes d'anticiper les difficultés à venir.

Compte-tenu du volume de données collectées par ce système, et de la nature de ces données, l'enjeu de la conformité au Règlement Général sur la Protection (RGPD) des données devra nécessairement être pris en considération. Les solutions proposées par les entreprises chinoises incluent des systèmes de vidéosurveillance qui sont associés à des technologies de reconnaissance faciale. Des telles solutions impliquent la collecte d'un volume important de données personnelles, pour une surveillance continue et en temps réel des citoyens.

Si du côté des collectivités françaises, l'engagement en faveur de la protection des données personnelles est en bonne voie, le respect de la règlementation européenne est principalement vu comme une contrainte aux yeux des différents acteurs du secteur.

L'inquiétude d'une dérive dans le traitement des données personnelles n'est pas infondée. Il est possible d'y voir, de la part des entités chinoises, une tentative d'exportation du modèle de « *Social Credit System* », un système permettant d'attribuer une note aux citoyens selon des critères multiples (opinions politiques, comportements dans l'espace public et sur l'Internet, centres d'intérêt, etc.), et de leur infliger des sanctions ou leur octroyer des avantages en fonction de celle-ci. Une notation que la Chine envisage de généraliser dans l'ensemble de son pays d'ici 2020.

Des acteurs en viennent à se demander si ce système de crédit social ne risque pas de devenir une offre standard de la ville connectée. Mais aucun débat sur la surveillance ne fut organisé au cours du salon, ce qui est bien regrettable.

Sur le plan juridique, la mise en place du modèle chinois risquerait de se heurter à quelques barrières.

Le RGPD octroie aux personnes le droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé qui produirait des effets juridiques ou les affecterait de manière significative. En principe, les individus pourraient refuser de faire l'objet d'une notation entraînant des sanctions sociales ou des discriminations juridiques.

Cependant ce droit ne s'applique pas si le traitement est autorisé par le droit de l'Union Européenne ou de l'Etat-membre, ou si la personne concernée donne son consentement explicite.

Une modification de la législation en vigueur, ou le recueil du consentement de la personne, permettrait de contourner cette limitation. Toutefois, un système de crédit social risquerait d'être contraire aux droits et libertés fondamentaux que se doit de respecter la France.

Quand bien même son instauration serait justifiée par un motif d'ordre public, il serait nécessaire de faire la balance entre les atteintes qu'il engendrerait et les garanties proposées pour les limiter.

A rapprocher : La Chine commence déjà à mettre en place son système de notation des citoyens prévu pour 2020 – Le Figaro

---

L'abonné titulaire d'une connexion internet reste responsable des atteintes aux droits de propriété intellectuelle en cas de téléchargement illicite

CJUE, 3ème ch., 18 octobre 2018, Bastei Lübbe GmbH & Co. KG / M. X.

Ce qu'il faut retenir :

L'utilisateur ne saurait s'exonérer de sa responsabilité en désignant un membre de sa famille comme étant celui qui aurait utilisé sa connexion internet pour porter atteinte à un droit d'auteur.

Pour approfondir :

Une personne de nationalité allemande a partagé un livre audio au moyen de sa connexion internet aux fins de son téléchargement, avec un nombre illimité d'utilisateurs d'une bourse d'échanges sur Internet (peer-to-peer).

Un expert a attribué avec exactitude l'adresse IP concernée à une personne (l'Utilisateur).

Bastei Lübbe, société allemande titulaire des droits d'auteur et des droits voisins sur la version audio du livre, a mis en demeure l'Utilisateur de mettre fin à l'atteinte du droit d'auteur constatée.

Sans retour de l'Utilisateur, le détendeur des droits a assigné l'Utilisateur en sa qualité de titulaire de cette adresse IP, afin d'obtenir une indemnisation pécuniaire.

L'Utilisateur a alors contesté avoir porté lui-même atteinte au droit d'auteur et a soutenu que sa connexion était suffisamment sécurisée. En outre, il fait valoir que ses parents, qui vivent sous le même toit que lui, avaient également accès à cette connexion. L'Utilisateur fait par ailleurs valoir que son ordinateur aurait été éteint au moment où l'atteinte au droit d'auteur a eu lieu.

L'Amtsgericht München, le Tribunal de district de Munich, a rejeté le recours indemnitaire de Bastei Lübbe au motif que l'Utilisateur ne pouvait être tenu pour responsable de l'atteinte au droit d'auteur invoquée, dès lors qu'il avait indiqué que l'adresse IP identifiée par l'expert n'était pas personnellement attribuée à l'Utilisateur dès lors que ses parents disposaient de la même adresse lors de leurs connexions et étaient en conséquence susceptibles d'être également les auteurs de l'atteinte.

Selon la loi allemande, le détenteur d'une connexion internet est présumé être l'auteur d'une atteinte commise via cette connexion dès lors qu'il est identifié par son adresse IP et que personne d'autre n'a la possibilité d'y accéder.

En revanche, s'il désigne un membre de sa famille qui comme lui peut utiliser sa connexion internet (donc avec la même adresse IP), il ne peut voir sa responsabilité engagée et ce, sans avoir à donner davantage d'explications en vertu du droit à la vie privée et des dispositions du droit constitutionnel allemand relatives à protection du mariage et de la famille.

En appel devant le Landgericht München I, le Tribunal régional de Munich a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) des questions préjudicielles tendant à savoir si les sanctions contre les atteintes au droit de mise à disposition du public d'une œuvre et les mesures pour assurer le respect des droits de propriété intellectuelle restent-elles toujours efficaces, dissuasives et effectives lorsque le titulaire d'une connexion à Internet par laquelle des atteintes au droit d'auteur ont été commises par un partage de fichiers ne verra pas sa responsabilité engagée quand il désigne à tout le moins un membre de la famille qui avait comme lui la possibilité d'accéder à cette connexion à Internet, sans donner davantage de précisions tirées de recherches faites sur le moment et la nature de l'utilisation d'Internet par ce membre de la famille ? La Cour a considéré que la décision préjudicielle devait induire une conciliation des différents droits fondamentaux invoqués conduisant à un juste équilibre des droits.

En l'espèce, la protection induite par le droit national, quasi absolue aux membres de la famille du titulaire d'une connexion à Internet, par laquelle des atteintes au droit d'auteur ont été commises au moyen d'un partage de fichiers fait obstacle au respect des droits de propriété intellectuelle.

La CJUE indique néanmoins qu'il en irait autrement si, en vue d'éviter une ingérence jugée inadmissible dans la vie familiale, les titulaires de droits pouvaient disposer d'une autre forme de recours effectif, leur permettant notamment, dans ce cas, de faire reconnaître la responsabilité civile du titulaire de la connexion à Internet en cause.

Dès lors, la Cour a affirmé que « *l'article 8, paragraphes 1 et 2, de la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2001, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, lu en combinaison avec l'article 3, paragraphe 1, de celle-ci, d'une part, et l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, relative au respect des droits de propriété intellectuelle, d'autre part, doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une législation nationale, telle que celle en cause au principal, interprétée par la juridiction nationale compétente, en vertu de laquelle le détenteur d'une connexion à Internet, par laquelle des atteintes au droit d'auteur ont été commises au moyen d'un partage de fichiers, ne peut voir sa responsabilité engagée, dès lors qu'il désigne à tout le moins un membre de sa famille qui avait la possibilité d'accéder à cette connexion, sans donner davantage de précisions quant au moment où ladite connexion a été utilisée par ce membre de sa famille et à la nature de l'utilisation qui a été faite de celle-ci par ce dernier* ».

Il en découle que l'Utilisateur ne saurait s'exonérer de sa responsabilité en désignant un membre de sa famille comme étant celui qui aurait utilisé sa connexion internet pour porter atteinte à un droit d'auteur.

A rapprocher : Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001

INTERNATIONAL

La Loi de l'e-commerce en Chine
Entrée en vigueur le 1er janvier 2019

Ce qu'il faut retenir :

Le 11 novembre 2018, journée de « Global Shopping Festival » en Chine, le géant chinois d'e-commerce « Alibaba » a réalisé plus de 27 milliards d'euros de ventes en 24 heures sur sa plateforme e-commerce « Taobao ».

Le marché en plein essor fait néanmoins aujourd'hui face à un vide juridique. Devant ce marché à forte croissance, les législateurs chinois ont adopté, le 31 août 2018, la loi sur l'e-commerce afin d'encadrer cette activité (中华人民共和国电子商务法) (la « Loi »). La Loi entrera en vigueur le 1er janvier 2019.

Pour mémoire :

En Chine, le 11 novembre, ce n'est pas l'Armistice de la fin de la Première Guerre Mondiale qui est célébrée, mais la « Journée des Célibataires » : les quatre « 1 » alignés (11/11) sont vus comme le symbole de l'individualité. Le géant chinois d'e-commerce « Alibaba » a inventé à l'occasion de cette Journée des Célibataires, la journée de « Global Shopping Festival » et ce depuis le 11 novembre 2009.

Pour approfondir :

❖ **Succès de la Fête des Célibataires**

Cette année, le 11 novembre 2018, Alibaba a enregistré un nouveau record : plus de 27 milliards d'euros de ventes en 24 heures sur sa plateforme e-commerce « Taobao » (634 millions d'utilisateurs, 180.000 marques exposantes).

Ce chiffre de 27 milliards d'euros de ventes correspond à la valeur totale des marchandises achetées sur ces plateformes (en ce compris les frais d'expédition). De quoi pulvériser le record de 22 milliards d'euros (ce qui est supérieur au PIB de l'Islande par exemple) réalisé l'année dernière. Soit une hausse de 21 % entre 2017 et 2018.

Il s'agit de la plus grande foire commerciale sur Internet.

Selon Alibaba, plus de 40 % des consommateurs chinois ont acheté, le 11 novembre 2018, des biens et services de marques internationales. 237 entreprises ont dépassé les 12 millions d'euros de vente comme Apple, Dyson, Nike, L'Oréal, Adidas… Des ventes ont été générées dans 206 pays et dans 27 devises.

Et ce n'est qu'un début. La classe moyenne, qui compte 300 millions de Chinois, devrait doubler dans les 10 ans à venir.

❖ **Industrie florissante de la contrefaçon**

Victime de son succès, la journée de « Global Shopping Festival » ainsi que les plateformes e-commerce en général, subissent de plus en plus les contrefaçons. Parfum « Gogo Chenale » (lire « Coco Chanel »), chaussures « Ababis » (lire « Adidas ») ou boxers « Caiwen Kani » copiés sur Calvin Klein, les contrefaçons continuent à polluer le marché, détériorer la notoriété des marques, et tromper les consommateurs.

Sur la plateforme « Taobao », en 2017, 240.000 cas de contrefaçon ont été signalés. Sur toutes les 10.000 transactions, 1,49 cas de contrefaçon ont été signalés.

La contrefaçon est un fléau qui impacte non seulement les consommateurs chinois mais aussi les pays étrangers.

Selon l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO), la contrefaçon ferait perdre 434 000 emplois en Europe, ainsi que 60 milliards d'euros chaque année.

Les Etats-Unis ont de nouveau placé (fin 2016) Taobao sur leur liste noire des "marchés notoirement réputés" pour vendre des biens contrefaits et violer la propriété intellectuelle.

Alibaba assure que ses méthodes de protection de la propriété intellectuelle sont « parmi les meilleures du secteur » et dit être « en permanence à la recherche de moyens de les améliorer ».

Afin de combler les lacunes de législation dans ce secteur de l'e-commerce, l'Etat chinois a donc décidé de légiférer.

❖ Nouvelle Loi de l'e-commerce en Chine

Les législateurs chinois ont adopté le 31 août 2018 une loi sur l'e-commerce afin d'encadrer cette activité en plein essor.

La Loi entrera en vigueur le 1er janvier 2019.

La Loi définit les réglementations applicables aux exploitants, contrats, litiges et obligations de responsabilité dans l'e-commerce. La Loi, qui vise à « protéger les droits et intérêts juridiques de toutes les parties » et à « maintenir l'ordre du marché », exige que tous les opérateurs d'e-commerce protègent les droits et intérêts des consommateurs, ainsi que les informations personnelles, les droits de propriété intellectuelle, la cybersécurité et l'environnement.

La Loi touche également tous les commerçants qui vendent des marchandises sur leur propre site Internet ou via des réseaux sociaux et Messenger comme WeChat, WhatsApp et Yupoo.

Pour résoudre le problème important de la contrefaçon, la Loi prévoit notamment les engagements de l'organisateur d'une plateforme e-commerce :

- Article 27 : L'organisateur d'une plateforme e-commerce doit enregistrer, vérifier, archiver et vérifier régulièrement les informations relatives à l'exposant sur la plateforme : carte d'identité, extrait Kbis, adresse, coordonnées, etc.

- Article 31 : L'organisateur d'une plateforme e-commerce doit enregistrer les informations (complètes, confidentielles et exploitables) relatives à une transaction faite sur la plateforme pendant 3 ans : description du produit ou du service, description de la transaction.

- Article 37 : L'organisateur d'une plateforme e-commerce, qui est au courant ou devrait être au courant des produits en danger ou en contrefaçon, doit réagir avec des mesures nécessaires conformément à la Loi, sinon l'organisateur d'une plateforme e-commerce prend la responsabilité solidaire avec l'exposant de plateforme en cas d'infraction avérée. Si l'organisateur d'une plateforme e-commerce n'a pas correctement vérifié les informations relatives à l'exposant et au produit, sa responsabilité peut être engagée.

- Article 39 : L'organisateur d'une plateforme e-commerce doit établir un système d'évaluation/notation des exposants dans sa plateforme, afin que les consommateurs puissent avoir des informations sur ces exposants ainsi que le risque de contrefaçon.

- Article 42 : Le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle, victime d'une violation de son droit sur la plateforme, peut forcer l'organisateur d'une plateforme e-commerce, en fournissant la preuve de cette violation, à annuler la transaction et à arrêter de fournir les services à cet exposant.

- Article 80 : les sanctions en cas de violation de l'article 27 & 31 : (1) mis en demeure par l'administration compétente en charge des plateformes e-commerce au sein de l'Administration of Industry and Commerce ; (2) amende entre 20.000 et 100.000 RMB ; (3) amende entre 100.000 et 500.000 RMB pour les cas graves et en cas de récidive.

- Article 84 : les sanctions en cas de violation de l'article 42 : (1) mis en demeure par l'administration compétente ; (2) amende entre 50.000 et 500.000 RMB ; (3) amende entre 500.000 et 2.000.000 RMB pour les cas graves et en cas de récidive.

A rapprocher : le texte de la Loi (en chinois)

ACTUALITÉ SIMON ASSOCIÉS

JANVIER 2019

Quelle solution concrète pour piloter la conformité au RGPD ?
Webinaire organisé par SIMON ASSOCIES et VISIATIV
14 janvier 2019 – Live
En savoir plus et s'inscrire

Quelle solution concrète pour piloter la conformité au RGPD ?
Webinaire organisé par SIMON ASSOCIES et VISIATIV
22 janvier 2019 – Live
En savoir plus et s'inscrire

IPEM 2019
SIMON ASSOCIES participe à la 4ème édition de l'International Private Equity Market
JEAN-CHARLES SIMON interviendra lors d'une conférence sur le thème : « *China's new position in the PE industry* »
22-24 janvier 2019 – Cannes
En savoir plus

FEVRIER 2019

Digitalisation & Data – Les Rencontres de L'Officiel des Réseaux
Matinale organisée par L'Officiel des Réseaux en partenariat avec SIMON ASSOCIES
Avec l'intervention de FRANÇOIS-LUC SIMON et AMIRA BOUNEDJOUM
12 février 2019 – Paris
En savoir plus et s'inscrire

Les contrats de distribution dans le domaine de la restauration
Petit-déjeuner conférence organisé par SIMON ASSOCIES et animé par FRANÇOIS-LUC SIMON
En partenariat avec TERRITOIRES & MARKETING
14 février 2019 – Paris
En savoir plus et s'inscrire

Les clauses financières dans les contrats de franchise
Atelier organisé par la Fédération Française de la Franchise et animé par FRANÇOIS-LUC SIMON