

SOMMAIRE

**PARIS - NANTES
MONTPELLIER - LYON
FORT-DE-FRANCE**

Bureaux intégrés

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

Réseau SIMON Avocats

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

Conventions transnationales

www.simonassociés.com
www.lettre-des-reseaux.com



DISTRIBUTION	
Non-renouvellement du contrat de franchise et abus de droit du franchiseur Cass. com., 4 septembre 2018, n°17-17.891, n°17-18.132, n°17-16.534, n°17-16.535, n°17-16.537 et n°17-16.538	p. 2
Contrat de franchise et « obligations non matérialisées par renvoi explicite » Cass. com., 4 septembre 2018, n°17-17.891	p. 6
Rentabilité du réseau et réticence dolosive CA Paris, 24 octobre 2018, n°16/10932	p. 8
Information précontractuelle et état du réseau CA Douai, 27 septembre 2018, RG n°16/01331	p. 10
Du caractère réaliste de la clause d'objectif minimum CA Paris, 12 septembre 2018, RG n°17/02221	p. 11
Absence de référence du point de vente du distributeur sur le site internet de la tête de réseau CA Paris, 17 octobre 2018, n°16/10582	p. 14
CONCURRENCE & CONSOMMATION	
Le Conseil constitutionnel va devoir prendre parti sur la possibilité pour le juge de contrôler le prix à l'aune de l'article L.442-6, I, 2° C. com Cass. com., 27 septembre 2018, n°18-40.028	p. 15
Distribution des produits alimentaires : publication de la loi dite « EGALIM » Loi « pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et une alimentation saine et durable »	p. 18
Conditions de validité de la clause de non-concurrence post contractuelle CA Paris, 3 octobre 2018, n°16/11454	p. 21
Défaut d'exécution du préavis imputable à la victime de la rupture CA Paris, 19 septembre 2018, RG n°18/08183	p. 23
L'article L.442-6 I 5 du Code de commerce n'est pas applicable au contrat de gérance-mandat CA Paris, 11 octobre 2018, n°16/24228	p. 26
Des propos critiques visant une société relèvent de la diffamation et non du dénigrement Cass. com., 26 septembre 2018, n°17-15.502	p. 28
IMMOBILIER – CONSTRUCTION - URBANISME	
Clause d'indexation et distorsion : le cas du renouvellement du bail Cass. civ. 3 ^{ème} , 13 septembre 2018, n°17-19.525	p. 29
Les contours du droit de préemption du preneur titulaire d'un bail commercial Jurisprudence	p. 30
Obligation au paiement des charges de copropriété : pas d'exception d'inexécution Cass. civ. 3 ^{ème} , 13 septembre 2018, n°17-17.514	p. 31
Obligations de forme et de procédure pesant sur la CNAC en cas d'édiction d'un avis tacite favorable CAA Douai, 27 septembre 2018, n°16DA02179	p. 32
La TEOM ne peut être mise à la charge du preneur qu'à raison d'une stipulation expresse Cass. civ. 3 ^{ème} , 13 septembre 2018, n°17-22.498, inédit	p. 33
PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE & NOUVELLES TECHNOLOGIES	
Phishing : le seul fait de répondre à un email d'hameçonnage constituerait-il une négligence grave ? Cass. com., 3 octobre 2018, n°17-21.395	p. 34
Pas de marque sur l'« iMessage » CA Paris, 25 septembre 2018, RG n°17/19211	p. 35
Action en contrefaçon de droit d'auteur et preuve de la qualité d'auteur Ord. réf., Président TGI Paris, 24 septembre 2018, n°18/57276	p. 37
INTERNATIONAL	
Règlement (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 : Action paulienne et matière contractuelle CJUE, 4 octobre 2018, aff. C-337/17	p. 38
ACTUALITÉ SIMON ASSOCIÉS	p. 39

DISTRIBUTION

Non-renouvellement du contrat de franchise et abus de droit du franchiseur

Cass. com., 4 septembre 2018, n°17-17.891, n°17-18.132, n°17-16.534, n°17-16.535, n°17-16.537 et n°17-16.538 (sept arrêts)

Ce qu'il faut retenir :

Le franchiseur est libre de renouveler ou non le **contrat de franchise**, et n'est pas tenu de motiver sa décision de non-renouvellement. La décision de non-renouvellement du contrat par le franchiseur n'engage sa responsabilité qu'en cas d'**abus de droit**, dont la preuve incombe au franchisé. La preuve d'un tel abus de droit ne peut (notamment) pas résulter de la simple expression d'un refus, du caractère infondé de ce refus, de la proposition de signer un contrat différent, de la seule disproportion de la puissance économique des parties, ou de la volonté du franchiseur de privilégier l'ouverture de succursales au développement en franchise. Enfin, l'abus dans l'exercice du droit de ne pas renouveler le contrat de franchise peut résulter d'une faute intentionnelle du franchiseur.

Pour approfondir :

▪ Dans la première affaire commentée (Cass. com., 4 septembre 2018, n°17-17.891), la banalité des faits soumis à l'appréciation des juges du fond donne à l'arrêt une portée significative.

En l'espèce, un franchisé souscrit le 18 septembre 2009 un emprunt pour l'achat du droit au bail du local d'exercice de son activité, commencée le 1^{er} novembre 2009, au bénéfice d'un contrat de franchise signé le 7 septembre 2009 ; l'article 22 de ce contrat prévoit son **renouvellement** par **tacite reconduction**, par périodes de 5 ans, sauf notification d'une volonté de résiliation par l'une ou l'autre des parties, suivant lettre RAR adressée 6 mois au moins avant chaque terme considéré. Dans ce contexte, le franchiseur fait part à l'un de ses franchisés – plus de 14 mois avant le terme du contrat de franchise, fixé au 6 septembre 2014 – de sa volonté de ne pas renouveler ce contrat. Le franchisé saisit la juridiction compétente et fait notamment valoir que le refus de renouvellement du contrat de franchise doit être considéré comme abusif.

Pour écarter toute notion d'« abus » dans l'exercice par le franchiseur du droit de ne pas renouveler le contrat de franchise, l'arrêt objet du pourvoi (CA Versailles, 12^{ème} ch., sect. 2, 21 février 2017, n°15/00794) retient les constatations et appréciations souveraines suivantes :

- aucun élément n'établit que la société franchiseur ait entretenu la société franchisée dans l'illusion que le renouvellement du contrat était acquis,
- il est dans la nature d'un réseau de franchise de permettre au franchiseur de multiplier les établissements de la marque et d'en établir un maillage serré, sans qu'il ait à en trouver le financement,
- le fait que la décision de non-renouvellement notifiée à la société franchisée ait été concomitante à celles intervenues à destination de nombre de membres du même réseau ne saurait, à lui seul, établir que la société franchiseur s'est employée à utiliser les capacités financières du franchisé à l'unique fin de développer le maillage du territoire et d'assurer la profitabilité de ses succursales intéressées au détriment de ce franchisé,
- aucun des arguments avancés visant à établir la matérialité de fautes délibérées que la société franchiseur aurait, directement et personnellement, commises au préjudice de la société franchisée et, partant, de son associée et gérante, ne se trouve étayé de preuves suffisantes d'une volonté intentionnelle de porter atteinte à la liberté d'action de cette société franchisée, commerçant indépendant,
- 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 franchisées mais également de succursales et cabinets indépendants de l'enseigne.

Le deuxième moyen présenté au soutien du pourvoi soulignait adroitement :

- que le refus de renouvellement du contrat de franchise peut être considéré comme abusif au vu de l'activité déployée par le franchisé et des dépenses faites par lui en exécution du contrat, ainsi que des circonstances dans lesquelles il est susceptible de poursuivre son activité après la cessation du contrat,

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

■ Bordeaux - Chambéry - Clermont-Ferrand - Grenoble - Le Havre - Marseille - Rouen - Saint-Etienne - Saint-Denis (La Réunion) - Strasbourg - Toulouse ■
■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Belgique - Bolivie - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Îles Vierges Britanniques - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

- que le refus de renouvellement du contrat de franchise par le franchiseur avait pour finalité de permettre à un cabinet intégré du groupe du franchiseur de reprendre l'activité développée par le franchisé, en profitant des investissements réalisés, étant souligné que la société franchisée avait développé son activité, en exécution du contrat de franchise, sous l'enseigne du franchiseur, sur un territoire où la marque n'était pas initialement implantée, et qu'elle avait pour cela réalisé un investissement de 124.000 €,
 - que la cessation du contrat de franchise exposait la société franchisée à une cessation d'activité, compte tenu de l'interdiction qui lui était faite de s'affilier à un autre réseau pendant un an,
 - et qu'en s'abstenant de rechercher, comme elle y était invitée, si ces circonstances n'étaient pas de nature à établir un « abus » de la société franchiseur dans l'exercice de son droit au non renouvellement du contrat de franchise, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du Code civil, devenu l'article 1241 du Code civil.
- « que le franchisé reproche en réalité au franchiseur d'avoir, au cours de l'exécution du contrat litigieux, par une approche délibérément discriminatoire et en favorisant outrageusement l'activité des sociétés succursalistes, adopté dès le début des relations contractuelles, un comportement déloyal ayant pris la forme de nombreux manquements contractuels dont l'accumulation est révélatrice d'une intention de nuire, ainsi que soutenu explicitement (dans) ses écritures »,
 - et qu'aucun des arguments avancés visant à établir la matérialité de fautes délibérées que la société franchiseur aurait, directement et personnellement, commises au préjudice de la société franchisée ne se trouve étayé de preuves suffisantes, précises, concrètes, sérieuses et convaincantes d'une volonté intentionnelle de porter atteinte à la liberté d'action de cette société franchisée, commerçant indépendant.

La Cour de cassation retient qu'en déduisant de l'ensemble de ces « constatations et appréciations souveraines » que tout abus dans l'exercice du droit de ne pas renouveler le contrat devait être écarté, la cour d'appel, qui a procédé à la recherche invoquée par le moyen, a légalement justifié sa décision.

■ Dans la deuxième affaire commentée (Cass. com., 4 septembre 2018, n°17-18.132), la solution issue du premier arrêt commenté est reprise en termes quasi-similaires : « qu'en l'état de ces constatations et appréciations souveraines, la cour d'appel, qui a procédé à la recherche invoquée par la première branche et n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ».

■ En revanche, dans les troisième, quatrième, cinquième et sixième affaires commentées (Cass. com., 4 septembre 2018, n°17-16.532, n°17-16.534, n°17-16.535, et n°17-16.537), la décision des juges du fond est cassée.

Ainsi, dans chacune de ces quatre affaires, pour dire que la société franchiseur n'a pas commis d'abus dans l'exercice de son droit de ne pas renouveler le contrat de franchise, l'arrêt attaqué retient :

Le premier moyen pris en sa première branche présenté au soutien du pourvoi faisait valoir qu'en se fondant sur ces motifs, cependant qu'aux termes de leurs écritures, les exposants, loin d'alléguer d'une intention de nuire de leur franchiseur, faisaient expressément valoir que la démonstration d'une telle intention n'était pas nécessaire pour établir son comportement abusif, car déloyal, la cour d'appel les a dénaturées, a méconnu les termes du litige et violé l'article 4 du Code de procédure civile.

Par ces quatre arrêts (n°17-16.532, n°17-16.534, n°17-16.535, et n°17-16.537 : rendus en termes identiques), la Cour de cassation retient « qu'en statuant ainsi, alors que, dans leurs conclusions d'appel, la société [franchisée] et les associés fondateurs soutenaient que la responsabilité contractuelle du franchiseur devait être engagée chaque fois que son attitude avait été dictée par la mauvaise foi, sans qu'il ne soit nécessaire de démontrer une quelconque intention de nuire de sa part, la cour d'appel, qui en a dénaturé les termes clairs et précis, a violé le principe [selon lequel le juge a l'obligation de ne pas dénaturer l'écrit qui lui est soumis] ».

■ Dans la septième affaire commentée (Cass. com., 4 septembre 2018, n°17-16.538), la décision des juges du fond est également cassée – ici encore – pour violation du principe selon lequel le juge a l'obligation de ne pas dénaturer l'écrit qui lui est soumis, dont la Cour de

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Belgique - Bolivie - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie -

Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Îles Vierges

Britanniques - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal

Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

cassation contrôle systématiquement le respect il est vrai (v. par exemple : Cass. civ. 1^{ère}, 10 octobre 2018, n°16-22.478 ; Cass. civ. 1^{ère}, 19 septembre 2018, n°17-22.476 et n°17-23.563 ; Cass. civ. 2^{ème}, 13 septembre 2018, n°17-21.243 ; Cass. civ. 1^{ère}, 5 septembre 2018, n°17-22.085 ; Cass. soc., 15 juin 2018, n°17-14.957 ; Cass. civ. 2^{ème}, 14 juin 2018, n°17-21.603 ; Cass. com., 9 mai 2018, n°17-14.355 ; Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2018, n°16-28.025 ; Cass. civ. 3^{ème}, 22 mars 2018, n°17-17.194 ; Cass. com., 14 mars 2018, n°16-25.850 ; Cass. civ. 1^{ère}, 7 mars 2018, n°17-10.489 ; Cass. civ. 2^{ème}, 28 février 2018, n°17-14.715 ; Cass. com., 14 février 2018, n°16-17.710 ; Cass. civ. 1^{ère}, 25 octobre 2017, n°16-26.390 ; Cass. civ. 1^{ère}, 27 septembre 2017, n°16-22.544 ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 juin 2017, n°16-19.047 et n°16-23.033 ; Cass. civ. 3^{ème}, 20 avril 2017, n°16-13.462 ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 février 2017, n°15-26.054 ; **Cass. civ. 2^{ème}, 24 novembre 2016, n°15-26.187, Publié au Bulletin** (second moyen pris en sa troisième branche) ; Cass. civ. 2^{ème}, 17 novembre 2016, n°15-21.171).

Les sept arrêts rendus par la Cour de cassation ne peuvent surprendre, mais ils suscitent plusieurs séries d'observations.

● **Le franchiseur est libre de renouveler ou non le contrat de franchise**

En premier lieu, sauf stipulations contractuelles contraires, il n'existe ni pour le franchisé ni pour le franchiseur de « droit » au renouvellement du contrat de franchise.

La Cour de cassation affirme régulièrement, en effet, qu'il n'existe pas de droit au renouvellement des contrats de distribution en général (Cass. com., 6 juin 2001, n°99-10.768, inédit ; Cass. com., 23 mai 2000, n°97-10.553, inédit) et des contrats de franchise en particulier (Cass. com., 4 septembre 2018, n°17-18.132 ; Cass. com., 5 juill. 1994, n° 92-17.918, inédit ; v. aussi, Cass. com., 30 juin 1992, n°90-19.935, inédit).

Et, depuis loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, a été introduit un article 1212 nouveau au Code civil, dont l'alinéa 2 dispose : « *Nul ne peut exiger le renouvellement du contrat* ».

Le non-renouvellement est donc par principe un droit pour le franchiseur, lequel n'engage pas sa responsabilité en exerçant ce droit.

● **Le franchiseur n'est pas tenu de motiver sa décision de non-renouvellement**

En deuxième lieu, le franchiseur n'est pas tenu de motiver sa décision de non-renouvellement (Cass. com., 9 juin 1992, n°90-17.101 : Contrats, conc. consom. 1992, comm. 223 ; Cass. com., 4 janv. 1994, n°91-18.170 : Juris-Data n°1994-000055 ; D. 1995, jurispr. p. 355, note G. Virassamy ; Bull. civ. IV, n°13 ; RTD civ. 1994, p. 352, obs. J. Mestre).

Le juge du fond ne peut (et *a fortiori* ne doit) en aucun cas contrôler les motifs ayant conduit le franchiseur à ne pas renouveler le contrat de franchise, quand bien même les motifs que le franchiseur aurait décidé de révéler s'avèreraient fallacieux (Cass. com., 25 avr. 2001, n°98-22.199 : Juris-Data n°2001-009463 ; D. 2001, p. 3237, note D. Mazeaud ; RTD civ. 2002, p. 99, obs. J. Mestre et B. Fages).

● **La décision de non-renouvellement du contrat par le franchiseur n'engage sa responsabilité qu'en cas d'abus de droit, dont la preuve incombe au franchisé**

En troisième lieu, si le franchiseur a le droit de refuser de renouveler un contrat à durée déterminée arrivé à son terme, sa responsabilité pourra être engagée en cas d'« abus de droit » (v. pour une étude d'ensemble sur cette notion : Encyclopédie Dalloz, Abus de droit ; Ch. Jamin, *Typologie des théories juridiques de l'abus*, Rev. conc., juill.-août 1996, n°92).

La jurisprudence considère que la responsabilité du contractant qui abuserait de son droit de ne pas renouveler le contrat est délictuelle (Cass. com., 4 janv. 1994, n°92-11.347, Bull. civ. IV, n°11 : *écartant l'abus au visa de l'article 1382 du Code civil*).

Reste donc au franchisé à qui la décision de refus de renouvellement aura été opposée d'invoquer l'existence d'un « abus » (Cass. com., 18 déc. 2001, Bull. civ. IV, n°201 ; Cass. civ. 1^{ère}, 2 mars 1999, n°96-18.549, inédit).

La preuve de l'abus incombe à celui qui l'invoque soit, en règle générale, au franchisé (CA Paris 12 janv. 2005, Juris-Data n°277027 ; CA Paris, 25 janv. 2006, n°03/07941, inédit ; Cass. com., 5 juill. 1994, n° 92-17.918, inédit). Cette jurisprudence est connue (**F.-L. Simon, Droit au renouvellement du contrat – 1^{er} mars 2013**).

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

■ Bordeaux - Chambéry - Clermont-Ferrand - Grenoble - Le Havre - Marseille - Rouen - Saint-Etienne - Saint-Denis (La Réunion) - Strasbourg - Toulouse ■
■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Belgique - Bolivie - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Îles Vierges Britanniques - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal
Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

- **La preuve d'un tel abus de droit ne peut (notamment) pas résulter de la simple expression d'un refus, du caractère infondé de ce refus, de la proposition de signer un contrat différent, de la seule disproportion de la puissance économique des parties, ou de la volonté du franchiseur de privilégier l'ouverture de succursales au développement en franchise**

Cette preuve est d'autant plus délicate à rapporter en pratique que, selon la jurisprudence, elle ne peut résulter :

- de l'expression d'un simple refus (Cass. civ. 3^{ème}, 3 juin 1998, n°96-22.518),
- du caractère infondé de ce refus (Cass. civ. 2^{ème}, 14 juin 2006, n°04-18.250),
- de la proposition de signer un contrat différent (Cass. com., 11 janv. 2017, n°15-13.780 et 15-17.548),
- de la seule disproportion de la puissance économique des parties (CA Paris, 9 juin 1994, Juris-Data n°023433).

A cette liste, on ajoutera volontiers que l'abus dans le refus de renouvellement ne saurait résulter de la politique d'entreprise du franchiseur, d'une réorganisation du réseau de distribution, comme de la volonté du franchiseur de privilégier l'ouverture de succursales au développement en franchise (Cass. com., 4 septembre 2018, n°17-18.132 et n°17-16.537).

- **Enfin, l'abus dans l'exercice du droit de ne pas renouveler le contrat de franchise peut résulter d'une faute intentionnelle du franchiseur**

A l'instar du droit commun des contrats, le non-renouvellement du contrat de franchise à durée déterminée constitue un abus de droit lorsque la partie ayant décidé de ne pas renouveler le contrat de franchise a commis une faute intentionnelle.

Peut ainsi être abusif le fait pour le franchiseur :

- d'avoir laissé croire au franchisé que son contrat de franchise serait renouvelé (CA Paris 12 janv. 2005, Juris-Data n°277027 (preuve de l'abus non rapportée) ; Cass. com., 5 oct. 2004, rev. Lamy Droit Civil, n°12, janv. 2005, p. 5 et suiv. ; CA Paris, 30 oct. 2003, Juris-Data n°230107 (preuve de l'abus non rapportée)),

- d'avoir fait réaliser au franchisé des investissements importants en vue d'un renouvellement ultérieurement refusé :

- en particulier lorsque ces investissements, incités par le franchiseur lui-même, sont réalisés peu de temps avant le terme du contrat de franchise (Cass. com., 23 mai 2000, n° 97-10.553 : RJDA 2001, n° 973 ; RTD civ. 2001, p. 137, obs. J. Mestre et B. Fages ; LPA, 8 mars 2001, n° 48 ; RTD civ. 2001, p. 137 : un concédant « *a entretenu jusqu'au bout le concessionnaire dans l'illusion que le contrat serait renouvelé* » : dans cette espèce, le concédant avait indiqué expressément au concessionnaire, 4 mois avant la notification du non-renouvellement du contrat, qu'il entendait poursuivre les relations contractuelles ; il a été jugé que constitue une faute intentionnelle du franchiseur caractérisant l'abus de droit le fait pour celui-ci d'avoir entretenu le franchisé dans l'illusion que le contrat serait renouvelé en le lui faisant croire),

- alors que des investissements ne permettent pas de qualifier un tel abus de droit :

- lorsqu'ils émanent de la seule décision du franchisé (Cass. com., 29 janv. 2002, Contrat conc. consom., août-sept. 2002, p. 22 ; CA Paris, 30 oct. 2003, Juris-Data n°230107 (preuve de l'abus non rapportée)),
- ou lorsque, incités par le franchiseur lui-même, ils interviennent à une date trop éloignée de celle du terme du contrat (Cass. com., 12 avr. 2016, n° 13-27.712 : Juris-Data n° 2016-008398 : JCP E 2016, 1474 ; Contrats, conc. consom. 2016, comm. 142, obs. N. Mathey ; Concurrences 2016/3, p. 95, obs. N. Eréséo : approuvant l'arrêt qui « *retient que les demandes et encouragements à investir, l'incitation à recruter un nouveau partenaire avec promesse d'une aide et l'assurance d'un soutien pour la réalisation des animations et événements importants à mettre en œuvre, éléments selon lesquels le concédant aurait donné au concessionnaire des signes forts de continuité des contrats après leur terme, n'étaient pas de nature à*

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Belgique - Bolivie - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Îles Vierges Britanniques - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

laisser croire à ce dernier, 3 ans avant la date d'échéance normale des contrats le 31 août 2012, à la possibilité d'une poursuite de la relation contractuelle après cette date ») ;

- de n'avoir pas avisé le franchisé du non-renouvellement de son contrat dans un délai de préavis insuffisant (cette hypothèse entre dans les prévisions de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce).
- ou encore, de ne pas lui avoir signalé jusqu'au dernier moment que son contrat ne serait pas modifié.

A rapprocher : CA Versailles, 2^{ème} chambre, 6 Mars 2018, n°17/00650 ; v. aussi, Lexique LDR : « Abus de droit »

Contrat de franchise et « obligations non matérialisées par renvoi explicite »

Cass. com., 4 septembre 2018, n°17-17.891

Ce qu'il faut retenir :

Le contenu obligationnel d'un contrat de franchise peut ressortir de documents annexes, dès lors que ce contrat s'y réfère expressément, que les parties ont conscience de la nature contractuelle des documents, et qu'elles ont eu la possibilité d'en prendre connaissance.

Pour approfondir :

En l'espèce, une société franchisée a conclu, le 7 septembre 2009, un **contrat de franchise** avec la société franchiseur, pour une durée de 5 ans, renouvelable par tacite reconduction, lui permettant d'exercer les activités de transaction et de location immobilière, à l'exclusion des activités de gestion locative et de syndic ; le 20 juin 2013, le franchiseur a notifié à la société franchisée le non-renouvellement du contrat de franchise à son **terme contractuel**.

Se considérant victimes d'une inexécution fautive du contrat de franchise, la société franchisée a assigné en responsabilité la société franchiseur et sa société mère, exploitant un ensemble d'agences en succursales.

Pour rejeter les demandes indemnitaires formées par la société franchisée au titre de l'inexécution fautive du contrat de franchise, l'arrêt objet du pourvoi (CA Versailles, 12^{ème} ch., sect. 2, 21 février 2017, n°15/00794) retient que :

- le franchisé, qui reproche au franchiseur d'avoir adopté dès le début des relations contractuelles, puis en cours de contrat, un comportement déloyal par une approche délibérément discriminatoire favorisant l'activité des sociétés dites succursalistes, n'étaye par aucune preuve suffisante et précise les arguments avancés, les seuls éléments justifiés se rapportant à des difficultés ponctuelles d'exécution du contrat litigieux, exprimées sous la forme de doléances très générales, et étant, pour la majorité d'entre eux, inopérants sur le plan probatoire ou directement en contradiction avec d'autres éléments du dossier ;
- le franchisé ne rapporte pas la preuve que, faute d'avoir disposé d'un logiciel suffisamment performant, répondant aux exigences de l'enseigne pour l'exploitation de son agence, il soit fondé à reprocher au franchiseur un manquement à son obligation d'assistance ou de mise à disposition du savoir-faire Foncia lui ayant occasionné un préjudice spécifique ;
- le franchisé n'établit pas davantage que le franchiseur se soit abstenu de faire évoluer l'offre logicielle T... dans un sens permettant de favoriser la synergie inter-agences et de garantir les droits des franchisés sur les lots remis en gestion à la société franchiseur ; il ne démontre pas davantage que le franchiseur a enfreint ses obligations contractuelles en raison d'atteintes précises qui auraient été portées par des agences intégrées ou par d'autres franchisés à l'exclusivité territoriale du franchisé et qu'il lui aurait révélées en cours de contrat sans susciter aucune assistance.

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

■ Bordeaux - Chambéry - Clermont-Ferrand - Grenoble - Le Havre - Marseille - Rouen - Saint-Etienne - Saint-Denis (La Réunion) - Strasbourg - Toulouse ■
■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Belgique - Bolivie - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Îles Vierges Britanniques - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

Le troisième moyen présenté au soutien du pourvoi soulignait :

- que les notes de références diffusées par la société franchiseur, annexées au contrat de franchise conclu par la société franchisee le 7 septembre 2009, avaient une valeur contractuelle et que la méconnaissance des obligations contenues dans ces notes, en particulier dans la note de références datée du 23 juillet 2009, engageait la responsabilité de la société franchiseur, qui n'avait pas pris les mesures nécessaires au bon respect de ces notes par les cabinets intégrés, et qu'en s'abstenant de répondre à ce moyen et de rechercher si une violation de la note de références datée du 23 juillet 2009 ne pouvait pas être retenue, la cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile,
- que la société franchisee avait été privée de la possibilité de réaliser de nombreuses ventes et locations sur son territoire contractuel, faute d'avoir eu accès aux informations sur les biens se trouvant dans ce secteur qui étaient détenues par les agences intégrées, celles-ci ayant soit mis le bien en vente sans l'enregistrer sur le fichier commun du réseau, soit omis d'informer les agences franchisees à proximité desquelles se trouvaient leurs biens, et ce en violation des notes de références ; qu'une liste précise des ventes et locations concernées était produite aux débats, et qu'en s'abstenant de rechercher si, en ne prenant aucune mesure pour mettre un terme aux agissements des cabinets intégrés, la société franchiseur n'avait pas engagé sa responsabilité, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1147 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016 et applicable à la cause,
- que le franchisee se plaint du non-respect des directives du groupe du franchiseur par les cabinets intégrés, qui n'enregistraient pas tous les biens pour lesquels ils disposaient d'un mandat de vendre ou de louer, ou détournaient à leur profit des mandats obtenus par des cabinets franchisees ; qu'en rejetant leurs demandes indemnitaires au

motif que la société franchisee avait signé un contrat de prestation de service informatique avec la société tierce S..., éditeur du logiciel T..., et qu'elle ne justifiait pas avoir fait part à celle-ci de dysfonctionnements précis auxquels il n'aurait pas été remédié, la cour d'appel a modifié l'objet du litige et violé l'article 4 du Code de procédure civile,

- que, malgré l'engagement pris dans les documents publicitaires relatifs à la franchise, le groupe du franchiseur opérait une différence de traitement entre les cabinets intégrés et les cabinets franchisees, en ce qui concerne notamment l'accès aux informations relatives aux biens en location vacants et les fournitures de la marque du franchiseur, et qu'en s'abstenant de répondre à ce moyen, la cour d'appel a violé l'article 455 du Code de procédure civile.

La Haute juridiction casse la décision des juges du fond au vu de la première branche du troisième moyen ; elle retient en effet « *qu'en statuant ainsi, sans répondre aux conclusions du franchisee, qui faisait valoir que la méconnaissance des obligations contenues dans les notes de référence annexées au contrat de franchise conclu par la société [franchisee] le 7 septembre 2009, en particulier dans la note de références [...] datée du 23 juillet 2009, engageait la responsabilité de la société [franchiseur] qui n'avait pas pris les mesures nécessaires au bon respect de ces notes par les cabinets intégrés, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé* ».

La décision commentée appelle les observations suivantes.

En premier lieu, et c'est là une évidence, la décision est cassée au visa de l'article 455 du Code de procédure civile, relatif à l'obligation de motivation, consubstantielle à l'office du juge.

En deuxième lieu, les juges du fond retiennent en l'espèce que des « notes de références » ont valeur contractuelle, pour en tirer la conséquence – on y reviendra – que le non-respect par le franchiseur desdites notes pouvait constituer au cas présent une faute de nature à justifier la mise en œuvre de la responsabilité du franchiseur.

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Belgique - Bolivie - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Îles Vierges Britanniques - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

L'importance donnée ici à ces notes de références soulève la question – plus générale – des « *obligations non matérialisées par renvoi explicite* » (B. Fessard, *Les obligations non matérialisées dans les contrats*, Th. Montpellier, 2015, spéc. p. 62, §. 51 et suiv.).

Tel est le cas, par exemple, lorsque le contrat de franchise oblige le franchisé à respecter le savoir-faire, dont le détail – qui ne figure jamais dans le contrat lui-même – est précisé dans un document séparé (bible du savoir-faire, manuel opératoire, etc.) auquel il est renvoyé ; ce faisant, le contenu obligationnel du contrat de franchise s'apprécie plus ici – et ne peut s'apprécier – à la seule lecture du contrat, mais ressort de l'examen des documents auxquels le contrat de franchise renvoie ; c'est dire qu'en pareille hypothèse le contenu de ces supports n'est pas neutre.

Encore faudra-t-il que les conditions requises pour la validité de la clause par renvoi explicite soient remplies. Or, selon la jurisprudence, la validité d'une clause par renvoi explicite suppose la réunion de trois conditions :

- le contrat doit clairement se référer à l'obligation visée ;
- les contractants doivent avoir conscience que le document fait partie du champ contractuel ;
- les parties doivent avoir eu la possibilité d'en prendre connaissance par la remise du document concerné (v. sur ce point, B. Fessard, *Les obligations non matérialisées dans les contrats*, Th. Montpellier, 2015, spéc. p. 69, §. 60).

Au cas présent, les notes de références en question répondaient à ces trois conditions.

Enfin, il appartiendra à la cour de renvoi de se prononcer sur les conséquences de la méconnaissance par le franchiseur des obligations contenues dans les notes de référence annexées au contrat de franchise.

A rapprocher : sur la notion d'« *obligations non matérialisées par renvoi explicite* », v. F.-L. Simon, *L'instance de dialogue social dans les réseaux de franchise*, spéc. §. 45. Clause par renvoi explicite

Rentabilité du réseau et réticence dolosive
CA Paris, 24 octobre 2018, n°16/10932

Ce qu'il faut retenir :

Est condamné le franchiseur ayant remis un DIP incomplet, transmis un prévisionnel grossièrement erroné, alors que de nombreux points de vente franchisés du réseau se trouvaient en difficulté financière, les obligations du franchiseur consistant à garantir la réitération de son propre succès.

Pour approfondir :

En l'espèce, pour considérer qu'un franchiseur commet une faute de nature à engager sa responsabilité, l'arrêt commenté constate ce qui suit :

- le franchiseur a remis un DIP lapidaire : il est souligné en effet que « *le document d'information pré contractuelle (pièce 101 des appelants) remis à la société (franchisée), est extrêmement succinct (6 pages) et ne mentionne, au titre de la description du marché local, que la mention suivante : « d'après le Cételem les indices de disparité de la consommation (IDC) calculés par cet organisme, la part du département 59 est estimée à 3,92 % et celle du département 62 à 2,18 % du marché français ».* Aucune mention relative aux autres magasins du réseau implantés dans la zone géographique n'y figure. » ;
- le franchiseur a transmis un prévisionnel grossièrement erroné : l'arrêt retient sur ce point que « *la comparaison avec les chiffres prévus dans les prévisionnels met en évidence un écart substantiel de 78,15 % en année 1, et un écart moyen de 49 % pour les années 3 à 5, par rapport aux prévisions pour l'année 3* », que « *la société F. ne tente même pas de démontrer la vraisemblance des chiffres des prévisionnels en produisant les chiffres de ses autres franchisés* », que « *l'écart entre les prévisionnels et les chiffres réalisés par le franchisé dépasse la marge d'erreur inhérente à toute donnée de nature prévisionnelle* », et que « *le franchiseur ne démontre pas par ailleurs que le franchisé aurait été responsable de ces mauvais chiffres* » ;
- de nombreux points de vente du réseau se sont trouvés en difficulté : l'arrêt souligne à ce titre que « *(le franchiseur) n'explique pas que 41 % des points de vente aient fermé* » ;

- l'expérience éprouvée du franchisé dans le secteur ne dispensant pas le franchiseur de lui dispenser des informations sincères, sous peine de vider la loi de tout contenu.

Ce faisant, la motivation de l'arrêt commenté s'articule comme suit :

- le franchiseur a engagé sa responsabilité en fournissant à la société franchisée des données erronées et non significatives, celles-ci ayant provoqué dans l'esprit du franchisé une erreur sur la rentabilité de son activité,
- les chiffres prévisionnels transmis à la société franchisée par le franchiseur, étant exagérément optimistes au regard de l'écart très important qu'ils présentent avec les chiffres d'affaires effectivement réalisés par la société franchisée, à laquelle il n'est reproché aucune faute de gestion, étaient déterminants pour le consentement éclairé du franchisé et portaient sur la substance même du contrat de franchise, pour lequel l'espérance de gain est déterminante. Ce dol a été amplifié par le caractère excessivement succinct du DIP de six pages, muet sur la concurrence locale et l'état du réseau. Le consentement des appelants a donc été trompé par l'absence des informations précontractuelles exigées par la loi et, dans ce contexte de renseignements trop lacunaires sur l'état du marché, par la communication de chiffres exagérément optimistes,
- si le franchisé a le devoir de se renseigner lui-même sur l'état du marché et de réaliser ses propres calculs de rentabilité (**F.-L. Simon, Le devoir du franchisé de « se » renseigner, Etude d'ensemble, Mai 2015**), il ne peut pour autant suppléer à toutes les carences du franchiseur, dont les obligations particulières sont de garantir la réitération de son propre succès, ce qui implique à tout le moins la délivrance d'un DIP aussi complet que possible et de chiffres vraisemblables,
- les chiffres transmis, par leur caractère erroné, et la rétention d'informations essentielles pour apprécier la rentabilité du réseau sont révélateurs de la volonté délibérée du franchiseur de tromper le consentement du franchisé.

Observons qu'en retenant en l'espèce que le franchiseur a engagé sa responsabilité en fournissant à la société franchisée des données erronées et non significatives, « *celles-ci ayant provoqué dans l'esprit du franchisé une erreur sur la rentabilité de son activité* », l'arrêt commenté s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence consacrant la notion d'erreur sur la rentabilité.

Ainsi, la Cour de cassation admet-elle l'erreur sur la rentabilité comme cause de nullité du contrat de franchise (Cass. com., 4 octobre 2011, n°10-20.956) :

« après avoir constaté que les résultats de l'activité du franchisé s'étaient révélés très inférieurs aux prévisions et avaient entraîné rapidement sa mise en liquidation judiciaire, sans rechercher si ces circonstances ne révélaient pas, même en l'absence de manquement du franchiseur à son obligation précontractuelle d'information, que le consentement du franchisé avait été déterminé par une erreur substantielle sur la rentabilité de l'activité entreprise, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

De même, plusieurs arrêts ont par la suite affirmé que l'erreur sur la rentabilité constituait une erreur substantielle justifiant en conséquence l'annulation du contrat de franchise :

- « *ayant retenu que les chiffres prévisionnels contenus dans ce document, fournis par le franchiseur, sont exagérément optimistes au regard de l'écart très important qu'ils présentent avec les chiffres d'affaires réalisés par la société [franchisée], à laquelle il n'est reproché aucune faute de gestion, et relevé que ces données portent sur la substance même du contrat de franchise, pour lequel l'espérance de gain est déterminante, la cour d'appel (...) et qui a fait ressortir le caractère déterminant des chiffres communiqués, a caractérisé le vice du consentement qu'elle a retenu pour prononcer l'annulation du contrat* » (Cass. com., 12 juin 2012, n°11-19.047) ;
- « *la société [franchisée] avait été déterminée à conclure le contrat de franchise sur la base d'informations erronées et trompeuses et d'un prévisionnel non sérieux, laissant escompter des résultats bénéficiaires qui n'étaient pas réalisables, et que son consentement avait dès lors*

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Belgique - Bolivie - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Îles Vierges Britanniques - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

été vicié » (Cass. com., 17 mars 2015, n°13-24.853 et 14-10.365).

A rapprocher : Cass. com., 17 mars 2015, n°13-24.853 et 14-10.365 ; Cass. com., 12 juin 2012, n°11-19.047 ; Cass. com., 4 octobre 2011, n°10-20.956

Information précontractuelle et état du réseau
CA Douai, 27 septembre 2018, RG n°16/01331

Ce qu'il faut retenir :

Les informations relatives à l'état du réseau, telles qu'elles doivent figurer dans le document d'information pré-contractuelle visé aux articles L. 330-3 et R. 330-1 du Code de commerce, peuvent constituer des éléments déterminants du consentement du candidat franchisé.

Pour approfondir :

En 2009, deux sociétés ont conclu un contrat de franchise. Par acte en date du 13 mars 2014, la société franchisée a assigné son franchiseur devant le tribunal de commerce de Douai, au motif que celui-ci n'aurait pas respecté ses engagements contractuels. Le franchisé sollicitait du tribunal le prononcé de la résolution judiciaire du contrat de franchise, ainsi que le remboursement de sommes versées au titre des redevances annuelles.

Par jugement en date du 10 février 2016, le tribunal de commerce de Douai a débouté le franchisé de sa demande de résolution du contrat de franchise, et l'a condamné à payer à son franchiseur les redevances échues et non payées.

Relevant appel de ce jugement, la société franchisée sollicitait de la Cour d'appel de Douai qu'elle infirme entièrement le jugement entrepris. A l'appui de sa demande de résolution du contrat de franchise, le franchisé invoque le caractère erroné ou incomplet du contenu du document d'information pré-contractuelle (DIP).

Ainsi, le franchiseur aurait manqué à son obligation d'information s'agissant :

- de la liste des franchisés du réseau, parmi laquelle figurait un ancien franchisé dont le salon était fermé depuis 2008,
- de la précision des informations relatives aux membres du réseau, la liste ne précisant pas « la date d'entrée de chacun des franchisés, la nature du contrat signé, ... »,
- de la mention qu'aucun franchisé n'a quitté le réseau l'année précédant celle de la remise du DIP au franchisé, alors même que certaines entreprises franchisées avaient été radiées à la même époque,
- de l'absence de communication des deux derniers exercices obligatoires, alors que ceux-ci auraient dû être annexés au contrat de franchise,
- de la mention du chiffre d'affaires du premier franchisé de l'enseigne de 700.000 € au titre de l'année 2004, alors qu'aucun franchisé n'a dépassé les 200.000 € de chiffre d'affaires.

La société franchisée en conclut avoir subi un vice du consentement justifiant la résolution du contrat de franchise conclu en 2009.

Outre les manquements du franchiseur à ses obligations d'information pré-contractuelle, le franchisé invoque également des manquements à ses obligations contractuelles. Plusieurs griefs lui sont ainsi opposés, tels que le défaut d'assistance lors de l'ouverture du salon franchisé, encore l'absence de communication de documents, remise de la bible, ou formation.

A fortiori, le franchiseur aurait manqué à son devoir d'assistance en ne se préoccupant nullement de la réussite de son franchisé durant les six années qu'a duré le contrat de franchise, et ce même lorsqu'il avait eu connaissance des difficultés financières du franchisé.

En réponse, le franchiseur rétorque que la preuve n'est pas rapportée qu'il aurait manqué à ses obligations contractuelles, et que le DIP contenait toutes les informations visées par les articles L. 330-3 et R. 330-1 du Code de commerce.

Il ajoute à titre subsidiaire qu'un tel manquement n'est pas constitutif d'un vice du consentement, la preuve n'en étant pas rapportée par le franchisé, de sorte que la résolution du contrat ne saurait être prononcée, la sanction devant se limiter à l'allocation de dommages-intérêts.

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Belgique - Bolivie - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - États-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Îles Vierges Britanniques - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

Au visa des articles L. 330-3 et R. 330-1 du Code de commerce, la Cour d'appel de Douai rappelle les informations devant être contenues dans le DIP, avant de constater plusieurs manquements du franchiseur à son obligation d'information pré-contractuelle. D'abord, l'état des comptes annuels des deux derniers exercices fait défaut ; ensuite, le DIP comporte bien la mention erronée d'un salon franchisé alors même qu'il avait été radié deux mois avant la remise du DIP. Cette mention étant fautive, l'affirmation selon laquelle aucune entreprise n'a quitté le réseau dans l'année précédant celle de l'année de délivrance du document s'en trouve erronée par voie de conséquence.

Enfin, la Cour d'appel souligne l'absence de mention de la date d'entrée de chacun des franchisés dans le réseau ainsi que la nature du contrat signé. Elle en conclut que toutes ces informations manquantes sont des éléments importants d'appréciation du développement d'un **réseau** dans le temps, permettant au franchisé de déterminer l'attrait potentiel de ce dernier.

En outre, s'agissant du chiffre d'affaires, la Cour d'appel de Douai retient que le franchiseur ne justifie pas de la véracité de la mention inscrite dans le DIP, selon laquelle le premier franchisé du réseau aurait réalisé un chiffre d'affaires de 700.000 €.

Il ressort de tous ces éléments que le franchisé a effectivement bénéficié d'informations incomplètes, mais également erronées dans le document d'information pré-contractuelle. Ce faisant, de telles informations ont nécessairement « *brouillé l'image de ce réseau et l'attrait potentiel qu'il pouvait présenter* » pour la société appelante.

Enfin, s'agissant du grief selon lequel le franchiseur aurait manqué à ses obligations contractuelles, la Cour d'appel de Douai retient que l'intimé ne rapporte pas la preuve d'avoir satisfait à ses obligations.

Par conséquent, la Cour d'appel infirme le jugement attaqué et prononce la résolution du contrat de franchise aux torts du franchiseur, ce dernier ayant gravement manqué à ses obligations, ainsi que le remboursement des sommes versées au titre du droit d'entrée et des redevances annuelles.

En effet, bien que le candidat franchisé, en sa qualité de professionnel indépendant, soit tenu par un devoir de « se » renseigner (Cass. Com., 7 octobre 2014, RG n°13-23.119, et **F.-L. Simon, Le devoir du franchisé de « se »**

renseigner, Etude d'ensemble, Mai 2015), encore faut-il pour ce faire qu'il dispose d'informations complètes et exactes dans le DIP, telles que les coordonnées des autres membres du réseau (CA Paris, 7 octobre 2015, RG n°13/09827 ; CA Paris, 19 mars 2014, n°12-13.346 ; CA Paris, 24 avril 2013, n°10-08318) afin de pouvoir prendre contact avec eux (CA Paris, 11 janvier 2012, n°09/21031).

A rapprocher : Sanction du manquement par le franchiseur à son obligation d'information, CA Bordeaux, 2 juillet 2018, n°16/00666, LDR juillet-août 2018

Du caractère réaliste de la clause d'objectif minimum
CA Paris, 12 septembre 2018, RG n°17/02221

Ce qu'il faut retenir :

Le cocontractant conscient des difficultés d'atteindre des objectifs d'achat, mais s'étant malgré tout engagé à augmenter ses performances, ne peut valablement invoquer le caractère « irréaliste » de la clause d'objectif minimum.

Pour approfondir :

La société X. est spécialisée dans la fabrication de machines d'impression qu'elle distribue notamment au travers d'un réseau de concessionnaires exclusifs.

Le 1^{er} mars 1998, elle a conclu un premier contrat de concession avec la société E. aux termes duquel cette dernière s'engageait, en sa qualité de concessionnaire X., à acheter et revendre des produits et services X. sur son territoire de référence.

Le contrat a été renouvelé à de nombreuses reprises, par périodes triennales, jusqu'à la conclusion d'un dernier contrat de concession à compter du 1^{er} mars 2014.

Par courrier du 16 janvier 2014, la société X. a fait part de ses préoccupations à la société E. s'agissant de ses performances commerciales, s'avérant alors « *très en dessous de [leurs] attentes* ». Toutefois, la société X. a proposé à cette occasion la conclusion d'un nouveau contrat, prenant pour la première fois en compte les objectifs commerciaux de la société concessionnaire.

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Belgique - Bolivie - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - États-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Îles Vierges Britanniques - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

La société X. a assorti ce contrat de réserves, stipulant ainsi que « *le contrat proposé sera automatiquement et de plein droit résilié avec effet au 1^{er} janvier 2015 si vous ne deviez pas être au RDV des engagements affichés* », cette réserve se manifestant au travers de l'article 9.1 du contrat.

Par LRAR du 7 novembre 2014, la société concédante a rappelé à son concessionnaire ses obligations contractuelles, lui reprochant à cette occasion le non-respect de ses objectifs commerciaux, et lui rappelant l'existence de la clause d'objectif minimum entraînant la résolution de plein droit en cas de manquement.

Faisant application de l'article 9.1 du contrat de concession, la société X. a résilié avec un préavis de trois mois le contrat de concession par LRAR du 19 décembre 2014.

La société E., formant une demande reconventionnelle devant le Tribunal de commerce de Paris, a allégué le caractère abusif de la rupture sur le fondement de l'article 1134 ancien du Code civil et, subsidiairement, le caractère brutal de la rupture, sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce.

Par jugement du 24 janvier 2017, le Tribunal de commerce de Paris a débouté la société E., considérant que la résiliation du contrat de concession ne revêtait pas de caractère abusif. La société E. a interjeté appel de ce jugement devant la Cour d'appel de Paris, qui s'est prononcée au fond, par un arrêt du 12 septembre 2018. C'est l'arrêt commenté.

S'agissant de la résiliation du contrat de concession, la société appelante a invoqué les moyens suivants afin de contester la mise en œuvre de la clause résolutoire, que la Cour d'appel a rejetés pour les raisons exposées ci-après.

➤ **L'absence de prise en compte du potentiel commercial de la concession**

La société appelante invoque que les objectifs qui lui ont été fixés l'ont été de façon unilatérale par la société X. en fonction de ses besoins propres, sans tenir compte du potentiel commercial de son concessionnaire.

En défense, la société X. fait valoir que la société E. a accepté les objectifs commerciaux qu'elle devait atteindre, comme cela résulte de l'article 2.6 du contrat de concession. La réalisation de ces objectifs constitue

un élément essentiel du contrat, en l'absence de laquelle la résiliation de plein droit du contrat serait justifiée.

En outre, la Cour d'appel retient que la société concessionnaire avait elle-même repris ces chiffres dans son business plan pour l'année 2014. Aussi la société E. ne peut-elle valablement soutenir que son potentiel commercial n'aurait pas été pris en compte.

➤ **L'éviction injustifiée par les performances du concessionnaire**

La société E. considère que ses performances ne justifiaient pas son éviction, celle-ci se plaçant au 47^e rang sur 100 concessionnaires (v. pour un rappel de la règle selon laquelle les clauses d'objectif doivent être appliquées de façon non discriminatoire, v. Cass. Com., 1^{er} février 1994, n°92-16.021). A l'appui de sa prétention, elle souligne le fait que d'autres concessionnaires, pourtant moins bien placés qu'elle, n'ont pas vu leur contrat résilié, pas plus que les 80% de concessionnaires du réseau n'ayant pas atteint leurs objectifs.

La Cour d'appel de Paris se contente sur ce point de souligner qu'il n'est pas contesté que la société E. n'a réalisé que 54% de ses objectifs commerciaux, et qu'elle connaissait l'existence des conditions résolutoires, de sorte que le seul constat de l'insuffisance des objectifs suffisait à justifier la résiliation du contrat de concession, sans qu'il ne soit besoin d'ordonner au concédant la production du détail du calcul des objectifs qui lui étaient fixés. En effet, le manquement par le concessionnaire à ses objectifs de vente constitue un manquement d'une gravité suffisante, compte tenu des circonstances du litige, où le concédant en a fait une condition déterminante de la conclusion d'un nouveau contrat.

➤ **L'absence de force obligatoire du contrat invoqué**

La société concessionnaire prétend ne pas s'être engagée à atteindre les performances mentionnées dans le courrier de la société X. du 16 janvier 2014. En effet, selon elle, il ne s'agissait que de simples évaluations au titre de son business plan, n'ayant aucune force obligatoire.

En tout état de cause, elle considère ne pas y avoir acquiescé, de sorte qu'aucune obligation de résultat ne pouvait lui incomber sur ce fondement. La société E. va

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Belgique - Bolivie - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Îles Vierges Britanniques - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

même jusqu'à soutenir que son consentement aurait été vicié par contrainte (Sur la question de la sanction d'une clause d'objectif sur le fondement du vice de violence, v. Cass. com., 29 janvier 2008, n°06-20.808, Juris-Data n°042625), la lettre du 16 janvier 2014 ayant selon elle été insérée dans une liasse de documents présentés par son concédant au moment de la signature du contrat.

Or, comme le souligne la Cour d'appel de Paris, le courrier du 16 janvier 2014 était annexé au contrat de concession et y est expressément mentionné comme contenant les conditions résolutives.

En outre, le contrat y fait très clairement et sans ambiguïté référence, et la société E. a signé juste au-dessus de la liste des annexes, de sorte qu'elle ne pouvait prétendre ne pas avoir acquiescé à ce courrier, ni même soutenir que la lettre aurait été subrepticement insérée dans la liste.

Sur ce dernier point, la Cour d'appel précise que la société E. ne rapporte aucunement la preuve que son consentement aurait été vicié par une contrainte l'ayant empêché de se rendre compte de ce qu'elle signait.

➤ La faute du concédant

La société E. prétend également que la société X. aurait contribué à la non réalisation de ses objectifs commerciaux, en ayant contrarié son activité normale par la paralysie temporaire de son activité commerciale.

En effet, en principe, il est des hypothèses dans lesquelles une clause d'objectif minimum ne saurait être appliquée, notamment lorsque la tête de réseau a empêché la réalisation des objectifs (Cass. Com., 9 octobre 2007, n°05-14.118).

Cependant, la Cour d'appel rejette également ce moyen, jugeant que « *la suspension des commandes qui résultait des conditions générales PagePack ne peut suffire à expliquer la très faible performance de [E.]* ».

Dès lors, il n'est pas établi que la société X. aurait empêché la réalisation des objectifs de son concessionnaire ; en tout état de cause, la suspension

provisoire résultait des conventions relatives au service de maintenance (le « PagePack »), et ne suffisait certainement pas à justifier les très faibles performances du concessionnaire.

Dès lors, la société concédante ne saurait être tenue pour responsable de la faible réalisation des objectifs de la société concessionnaire.

➤ Le caractère irréaliste des objectifs fixés

Enfin, la société concessionnaire invoque le caractère irréaliste des objectifs qui lui ont été fixés, alors même que la jurisprudence retient la nécessité d'un caractère réalisable des objectifs (Cass. Com., 1^{er} février 1997, n°95-14.035, Juris-Data n°002082). Elle sollicite ainsi de la Cour d'appel de Paris qu'elle ordonne à son concédant de produire le détail des modalités de fixation de ses objectifs.

Sur ce point, la Cour d'appel souligne que la société E. connaissait la difficulté d'atteindre les objectifs de la société X., dès lors qu'elle n'y était pas parvenue au cours des dernières années. En dépit de cela, elle s'était engagée à augmenter ses performances commerciales afin d'obtenir le renouvellement de son **contrat de concession**. C'est justement pour cette raison qu'une clause d'objectif minimum avait pour la première fois été insérée dans les relations contractuelles des deux parties. En outre, la société concessionnaire avait elle-même repris ces mêmes chiffres deux mois après la conclusion du nouveau contrat, dans un business plan adressé à son concédant et aux termes duquel elle définissait clairement ses objectifs d'achat.

Par ailleurs, le concessionnaire opérait une comparaison entre les objectifs en cause et ceux atteints par l'ensemble des autres concessionnaires du réseau. Ce faisant, il n'était pas question d'une zone de nature comparable permettant de déterminer le caractère réaliste ou non des objectifs fixés.

Dès lors, la société E. ne pouvait valablement contester le caractère réaliste des chiffres, encore soutenir qu'il ne s'agissait que de chiffres prévisionnels ne l'engageant pas. Par conséquent, la Cour d'appel confirme le jugement entrepris en ce qu'il a estimé que la société X. avait légitimement mis fin au contrat de concession dans le respect de la clause résolutoire du contrat.

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Belgique - Bolivie - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Îles Vierges Britanniques - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

En effet, la société E. ayant manqué à ses obligations contractuelles en ne remplissant pas ses objectifs de vente, la société concédante était en droit d'appliquer la clause litigieuse, sans que la rupture revête un caractère abusif.

A rapprocher : Les mystères de la clause d'objectif minimum ; Clauses d'objectif minimum : conditions de validité et sanctions – CA Grenoble, 10 janv. 2013 et CA Paris, 27 fév. 2013

Absence de référence du point de vente du distributeur sur le site internet de la tête de réseau
CA Paris, 17 octobre 2018, n°16/10582

Ce qu'il faut retenir :

Commets une faute contractuelle et ne respecte pas l'exigence de bonne foi posée par l'ancien article 1134 du Code civil (désormais l'article 1104 nouveau du Code civil), le franchiseur qui omet de mentionner un franchisé dans son site internet, quand bien même cette omission surviendrait en cours de préavis.

Pour approfondir :

En l'espèce, le 3 mai 2006, la société concédante a signé avec la société concessionnaire un contrat intitulé « contrat de licence de marque » aux termes duquel elle lui a concédé le droit d'utiliser ses marques moyennant le paiement d'une redevance, en lui accordant une exclusivité territoriale dans la Marne ; la société concessionnaire quant à elle s'est engagée, d'une part à construire ou à vendre un nombre défini de piscines, d'autre part à s'approvisionner auprès de la plate-forme de stockage de la société concédante ; le contrat était conclu pour une durée de trois ans, les parties convenant de se rencontrer quatre mois avant la date d'expiration afin d'envisager son renouvellement. Les relations entre les parties se sont poursuivies après le 3 mai 2009 sans signature d'une

nouvelle convention ; puis par lettre recommandée avec avis de réception du 7 mars 2012, la société concédante a notifié à la société concessionnaire son intention de rompre leurs relations en lui accordant un préavis de six mois.

Le 4 septembre 2014, la société concessionnaire a fait assigner la société concédante et, par jugement rendu le 21 avril 2016 par le Tribunal de commerce de Rennes, celle-ci a été déboutée de toutes ses demandes.

Pour condamner la société concédante au paiement de dommages-intérêts, l'arrêt infirmatif rendu par la Cour d'appel de Paris relève que :

- « *dès le 5 mars 2012, la société (concessionnaire) ne figurait plus sur le site internet de la société (concédante) comme concessionnaire et le 28 août 2012 la société A... y était indiquée comme nouveau concessionnaire pour le département de la Marne* »,
- « *En ne référençant plus la société (concessionnaire) sur son site internet dès mars 2012 et en permettant l'installation d'un nouveau concessionnaire sur le territoire concédé à la société (concessionnaire) avant l'expiration du préavis, la société (concédante) a commis des fautes qui ont causé préjudice à sa cocontractante, soumise à la concurrence d'une autre société pendant son préavis* ».

Cette décision n'est pas sans rappeler une autre décision récente ayant retenu que commets une faute contractuelle et ne respecte pas l'exigence de bonne foi posée par l'ancien article 1134 du Code civil (désormais l'article 1104 nouveau du Code civil), le franchiseur qui omet de mentionner des franchisés dans certaines rubriques essentielles de son site internet (CA Versailles, 3 juillet 2018, n°17/03926).

A rapprocher : CA Versailles, 3 juillet 2018, n°17/03926, LDR juillet-août 2018

CONCURRENCE & CONSOMMATION

Le Conseil constitutionnel va devoir prendre parti sur la possibilité pour le juge de contrôler le prix à l'aune de l'article L.442-6, I, 2° C. com

Cass. com., 27 septembre 2018, n°18-40.028

Ce qu'il faut retenir :

Dans une décision cruciale pour l'avenir notamment de la liberté contractuelle et de la liberté d'entreprendre, la Cour de cassation a accepté de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité relative à la faculté que s'est reconnue la Cour de cassation, à l'aune de l'article L. 442-6, I, 2° C. com., de contrôler – dans une mesure encore inconnue – le prix dans les contrats conclus entre partenaires commerciaux.

Pour approfondir :

Dans le cadre d'un litige opposant le Ministre de l'Économie à plusieurs sociétés du groupe Carrefour, il était demandé à la Cour de cassation de transmettre au Conseil constitutionnel deux questions :

La première question concernait l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce.

« 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 :

i) d'interdire à un partenaire commercial donné d'insérer, à l'avenir, certaines clauses dans ses contrats, quelles que soient la personne du cocontractant à venir ou les adaptations logistiques rendues nécessaires, dans le futur, par l'évolution de la distribution, et/ou

ii) 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 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 reprises dans le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, ainsi qu'au principe d'égalité garanti par l'article 6

de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 reprise dans le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 et de l'article 1er de la Constitution ? »

La seconde question concernait l'article L. 441-7, I du Code de commerce.

« L'article L. 441-7, I du code de commerce qui, tel qu'il est désormais interprété par la Cour de cassation, permet au juge d'exercer, en application de l'article L. 442-6, I, 2° du même code, un contrôle sur les prix, porte-t-il atteinte à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre, respectivement garanties par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 reprise dans le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 ? »

Dans une décision rendue le 27 septembre 2018, la Cour de cassation décide de ne transmettre au Conseil constitutionnel que la première question en son point ii).

Les autres ne le sont pas, comme n'étant pas *sérieuses* (et pas nouvelles) : la première question en son point i) ne l'est pas « en ce que ce n'est pas l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce qui permet de prohiber l'insertion dans des contrats commerciaux de clauses créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties mais l'article L. 442-6, III, alinéa 2 de ce code » et la seconde ne l'est pas davantage « en ce que le contrôle du prix repose sur l'interprétation jurisprudentielle de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce invoquée par la première question et non sur celle de l'article L. 441-7, I du même code ».

S'agissant de la première question en son point ii), transmise au Conseil constitutionnel, la Cour de cassation la considère en revanche comme sérieuse : si l'article L. 442-6, I, 2° a déjà été déclaré conforme à la Constitution par la décision n° 2010-85 QPC rendue le 13 janvier 2011 par le Conseil constitutionnel, il est intervenu depuis cette décision « un changement de circonstance de droit résultant d'un arrêt de cette Cour (Com., 25 janvier 2017, pourvoi n° 15-23.547, Bull. 2017, IV, n° 13), lequel, en énonçant que l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce autorise 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 », « confère une portée nouvelle à cette disposition ».

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Belgique - Bolivie - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - États-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Îles Vierges Britanniques - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

C'est donc la décision du 25 janvier 2017 qui, constituant un « changement de circonstance de droit » quant au sens et à la portée de l'article L. 442-6, I, 2°, a justifié la transmission de la décision. À cet égard, rappelons que la Cour de cassation, dans une décision à la motivation riche mais éclatée – imputable à la structure du pourvoi –, avait considéré :

« 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, laquelle précise les obligations auxquelles se sont engagées les parties et fixe, notamment, les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services, comprenant les réductions de prix, telles qu'elles résultent de la négociation commerciale qui s'opère dans le respect de l'article L. 441-6 de ce code »

« 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 ; qu'en outre(...) la loi du 4 août 2008, en exigeant une convention écrite qui indique le barème de prix tel qu'il a été préalablement communiqué par le fournisseur, avec ses conditions générales de vente, a entendu permettre une comparaison entre le prix arrêté par les parties et le tarif initialement proposé par le fournisseur ; qu'il suit de là que l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce autorise 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 »

« la loi du 4 août 2008, qui a posé le principe de la libre négociabilité des conditions de vente, et notamment des tarifs, a maintenu le principe selon lequel les conditions générales de vente constituent le socle de la négociation commerciale ; (...) la libre négociabilité tarifaire se traduit notamment, pour le fournisseur, par la possibilité, prévue à l'article L. 441-6 du code de commerce, de convenir avec le distributeur de conditions particulières de vente, mais que les obligations auxquelles les parties s'engagent en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale doivent néanmoins être formalisées dans une convention écrite ; (...) la formalisation des engagements des parties dans un document unique doit permettre à l'administration d'exercer un contrôle a posteriori sur la négociation commerciale et sur les engagements pris par les cocontractants ; (...) le principe de la libre négociabilité n'est pas sans limite et que l'absence de contrepartie ou de justification aux obligations prises par les cocontractants, même lorsque ces obligations n'entrent pas dans la catégorie des services de coopération commerciale, peut être sanctionnée au titre de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce, dès lors qu'elle procède d'une soumission ou tentative de soumission et conduit à un déséquilibre significatif »

« les clauses relatives à la RFA, insérées dans les cent dix-huit contrats-cadres examinés, prévoyaient le paiement de cette ristourne, soit en contrepartie de la constatation d'un chiffre d'affaires non chiffré ou d'un chiffre d'affaires inférieur de près de moitié à celui réalisé l'année précédente et l'année durant laquelle la RFA était due, soit sans aucune contrepartie et retient que les fournisseurs ont versé une RFA alors que le distributeur n'avait pris aucune obligation ou aucune réelle obligation à leur égard ; (...) les acomptes dus au titre de la RFA étaient calculés sur un chiffre d'affaires prévisionnel, proche de celui effectivement réalisé et très supérieur au montant du chiffre d'affaires sur lequel la société X s'était engagé envers le fournisseur pour obtenir la réduction du prix et ajoute que l'article V du contrat-cadre permettait au distributeur d'obtenir le paiement des acomptes avant que le prix des marchandises ait été réglé et de bénéficier ainsi d'une avance de trésorerie aux frais du fournisseur ;

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Belgique - Bolivie - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie -

Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - États-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Îles Vierges

Britanniques - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal

Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela ■

(...) la société X n'allègue pas que d'autres stipulations contractuelles permettaient de rééquilibrer la convention ; (...) la cour d'appel a pu retenir que les clauses litigieuses créaient un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce »

« le déséquilibre significatif reproché au Galec ne résultait pas du niveau des prix consentis mais du mécanisme de mise en oeuvre d'une ristourne de fin d'année »

« la loi du 4 août 2008 a posé le principe de la libre négociabilité des conditions de vente, tout en maintenant le principe selon lequel les conditions générales de vente constituent le socle de la négociation commerciale, l'arrêt constate que la ristourne litigieuse ne figure pas dans les conditions générales de vente des fournisseurs et qu'elle est prévue dans l'annexe 2 des contrats-cadres pré-rédigés par le Galec, en 2009 et 2010 ; (...) il relève que les cent dix-huit contrats-cadres et leurs annexes ont été paraphés et signés par tous les fournisseurs, et ce, alors même qu'existait une contradiction entre l'article V des contrats-cadres et l'annexe 2, concernant les délais de paiement de cette ristourne ; (...) il retient que la différence de taux de ristourne entre fournisseurs n'est pas la preuve d'une négociation, dès lors que les différents taux figurent dans l'annexe 2 pré-rédigée par le Galec, lequel n'offre pas de démontrer que des négociations avec les fournisseurs auraient eu lieu sur ce point ; (...) il en déduit que la ristourne a été imposée aux fournisseurs concernés par ces cent dix-huit contrats, qui ont dû signer les contrats-cadres sans pouvoir les modifier ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations souveraines, faisant ressortir que les clauses litigieuses pré-rédigées par la société X constituaient une composante intangible de tous les contrats examinés et n'avaient pu faire l'objet d'aucune négociation effective, la cour d'appel, qui n'a pas inversé la charge de la preuve, a caractérisé la soumission requise par l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce ; que le moyen n'est pas fondé »

Cette décision appelait deux observations.

Primo, il est vrai que l'article L. 442-6, I, 2° C. com., à la différence de l'article L. 212-1 C. conso., n'interdit pas expressément au juge de se livrer à un contrôle du prix.

Il reste que dans sa décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011, le Conseil constitutionnel avait décidé que :

« le législateur s'est référé à la notion juridique de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties qui figure à l'[ancien] article L. 132-1 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 ; 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'en 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 ».

Dès lors que la Cour de cassation estimait que l'article L. 442-6, I, 2° C. com. n'avait pas à être interprété comme l'article L. 212-1 C. conso., on comprend qu'elle ait accepté de soumettre l'article L. 442-6, I, 2° C. com. à un « examen complémentaire » du Conseil constitutionnel. Et ce d'autant plus que le dispositif est désormais également critiqué à l'aune de la liberté contractuelle et de la liberté d'entreprendre.

Secundo, dans quel type de contrat et dans quelle mesure le juge allait-il désormais se livrer au contrôle du prix ?

Deux interprétations de l'arrêt de 2017 étaient permises (v. C. Grimaldi, *in* RDC 2017/3, Lextenso, p. 470). Suivant la première, *maximaliste*, le contrôle est possible dans tout contrat conclu entre des « partenaires commerciaux ». Cette interprétation conduisant à sanctionner la lésion dans un nombre considérable de contrats commerciaux, notamment les contrats de distribution, elle serait à l'origine d'un séisme qui ébranlerait comme aucun autre auparavant la liberté contractuelle et la liberté d'entreprendre. Comment imaginer un instant que le droit français se singularise de la sorte ?

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Belgique - Bolivie - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Îles Vierges Britanniques - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

Il est donc permis de préférer une autre interprétation, suivant laquelle seules sont contrôlées les réductions de prix constatées entre les *conditions générales de vente* et la *convention récapitulative*, dès lors qu'elles n'ont pas donné lieu à des contreparties. Pourraient venir au soutien de cette interprétation les innombrables références dans l'arrêt au processus de négociation commerciale propre aux relations entre fournisseurs et distributeurs.

Quelle que soit l'interprétation que l'on retienne, la décision rendue par la Cour de cassation le 25 janvier 2017 suscitait de graves inquiétudes. 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 pénales, clauses résolutoires, etc.), peut s'entendre. Mais que le juge se reconnaisse le pouvoir de contrôler le cœur du contrat, ce que les parties se sont promis, ce pour quoi elles ont contracté, s'entend nettement moins...

Autant dire que la décision du Conseil constitutionnel est attendue.

A rapprocher : Cass. com., 25 janvier 2017, n° 15-23.547, Bull. 2017, IV, n° 13

Distribution des produits alimentaires : publication de la loi dite « EGALIM »

Loi « pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et une alimentation saine et durable »

Ce qu'il faut retenir :

La loi dite « EGALIM » pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous est désormais publiée.

Pour approfondir :

A la suite de sa validation partielle par le Conseil constitutionnel (décision n°2018-771 du 25 octobre 2018), la 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, dite loi « EGALIM » a été publiée le 1^{er} novembre dernier.

Parmi ses dispositions définitives, figurent celles relatives à la distribution des produits alimentaires, qui influenceront sur les rapports entre fournisseurs et distributeurs.

Malgré le souhait des sénateurs de préciser le contenu du texte, les dispositions finales de la loi sur ces aspects conservent l'esprit de la rédaction initiale du projet de loi soumis au Parlement. En effet, la loi EGALIM se contente, sur plusieurs points structurants et susceptibles d'avoir des impacts majeurs dans les rapports entre fournisseurs et distributeurs, de fixer des règles larges assimilables à de simples objectifs, et s'en rapporte à des ordonnances devant être prises par le Gouvernement pour la mise en œuvre des textes. Tel est notamment le cas des dispositions relatives au rehaussement du seuil de revente à perte, au plafonnement des promotions, ou encore à la refonte de diverses règles du code de commerce pour plus de clarté.

Parmi les dispositions de la loi, peuvent être signalées certaines strictement relatives aux rapports de distribution et aux promotions.

1. Les modifications relatives aux promotions

- Le plafonnement des promotions en valeur et en volume

Dans sa version définitive, la loi maintient le principe du plafonnement des promotions en valeur et en volume portant sur des denrées alimentaires (pour la consommation humaine ou pour les animaux de compagnie), en laissant le soin au Gouvernement de préciser par ordonnance les conditions de ce plafonnement.

Le texte finalement adopté couvre largement tous les types d'opérations promotionnelles destinées aux consommateurs, en précisant qu'il peut s'agir d'opérations financées par le distributeur ou par le fournisseur.

L'ordonnance qui fixera les conditions de cet encadrement devrait – même si cela reste à confirmer au vu du texte qui sera définitivement adopté – plafonner les promotions :

- en **valeur**, à hauteur de **34% du prix de vente consommateur** (ce qui permettra notamment de conserver les mécanismes de 2+1 gratuit) : pour évaluer le taux de réduction accordé au consommateur, seront alors pris en compte cumulativement tous les avantages accordés au consommateur ;
- en **volume**, à hauteur de **25% du chiffre d'affaires prévisionnel** qui devrait être réalisé entre le fournisseur et le distributeur pour l'année en cause (demeure une inconnue à ce jour sur l'assiette exacte de ce chiffre d'affaires : chiffre d'affaires total réalisé entre le fournisseur et le distributeur, chiffre d'affaires réalisé sur la référence de produit en cause, sur sa catégorie, par marque, etc. ? Ces éléments seront capitaux pour la définition de la stratégie promotionnelle 2019 et pour les années suivantes).

Ce double plafonnement sera mis en application pour une durée de deux ans. A l'issue de cette période, selon l'efficacité de la mesure, celle-ci pourrait être pérennisée par un nouveau texte.

- L'interdiction d'utiliser le terme « gratuit »

Pour les promotions relatives aux produits alimentaires, **l'utilisation du terme « gratuit » est désormais interdite**, l'article L.441-2 du code de commerce prohibant l'usage du mot « gratuit » *« comme outil marketing et promotionnel dans le cadre d'une relation commerciale »*.

L'article 16 de la loi EGALIM qui prévoit cette interdiction ne faisant l'objet d'aucun aménagement quant à sa date d'entrée en vigueur, l'interdiction est **d'application immédiate**, ce qui contraint les opérateurs à adapter rapidement leurs opérations promotionnelles et plus généralement leur communication produit.

On notera cependant que, contrairement aux propositions initiales, le texte définitif circonscrit l'interdiction au seul terme « gratuit », laissant ainsi la possibilité aux opérateurs d'utiliser des termes alternatifs et, dès lors, de poursuivre des mécanismes de gratuité dans le cadre de la vente aux consommateurs (dans la limite du plafonnement des promotions en valeur prévu par la loi EGALIM, évoqué précédemment).

2. L'augmentation du seuil de revente à perte

L'article 15 de la loi EGALIM autorise le Gouvernement à rehausser le seuil de revente à perte de 10% pour les denrées alimentaires et les produits destinés à l'alimentation des animaux de compagnie. Ainsi, le seuil de revente à perte serait affecté d'un coefficient de 1,1 pour ces produits.

Sans exclure la possibilité d'une pérennisation ultérieure de la mesure, la loi prévoit pour l'instant une limitation de son application à 2 ans.

En tout état de cause, la mesure demeure soumise à l'interrogation plus générale relative à la conformité de l'interdiction *per se* de la revente à perte au regard du droit communautaire, qui pourrait d'autant plus être remise en cause par les distributeurs du fait du rehaussement du seuil impliqué par la réforme EGALIM.

3. Les clauses de renégociation de prix

Les clauses de renégociation des prix obligatoires en application de l'article L.441-8 du code de commerce sont également modifiées par la loi EGALIM.

On le sait, l'une des premières difficultés pour les opérateurs était l'identification des produits entrant dans le champ de cet article, pour lesquels ils étaient tenus d'insérer dans leurs contrats une clause de renégociation de prix, la liste des produits étant déterminés par le biais de renvois multiples d'articles du code de commerce, qui ne facilitaient pas la lisibilité et donc l'application du texte.

Désormais, en application de l'article 9 de la loi EGALIM, la liste des produits agricoles et alimentaires sera fixée par décret, ce qui devrait renvoyer à un texte unique définissant les types de produits justifiant l'insertion de la clause de renégociation de prix.

Outre le prix des matières premières agricoles et alimentaires, seront désormais prises en compte parmi les causes de fluctuations les hausses des produits agricoles et alimentaires (et non plus seulement des matières premières), ainsi que celles des coûts de l'énergie.

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Belgique - Bolivie - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - États-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Îles Vierges Britanniques - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

La clause de renégociation de prix définira les conditions et les seuils de déclenchement de la renégociation de prix, prenant en compte des indicateurs déterminés (soit ceux mentionnés à l'article L.631-24 du code rural et de la pêche maritime, soit des indicateurs constatés sur le marché en cause).

Le délai maximum de renégociation est divisé par deux, passant de deux mois à un mois.

Au-delà de ce délai d'un mois, si la négociation n'a pas abouti à un accord entre le fournisseur et le distributeur sur le prix du (ou des) produit(s) concerné(s), les parties seront tenues de recourir à une médiation menée par le médiateur des relations commerciales agricoles, sauf si les parties ont prévu le recours à un arbitrage.

4. La possibilité octroyée au Gouvernement de réformer par ordonnance les articles relatifs notamment aux conditions générales de vente, aux conventions entre fournisseurs et distributeurs, à la facturation et aux pratiques restrictives de concurrence

L'article 17 de la loi EGALIM autorise le Gouvernement à procéder par ordonnances, dans un délai de 6 mois (soit jusqu'au 1^{er} mai 2019), à la modification du Titre IV du Livre IV du code de commerce, notamment pour :

- clarifier les dispositions du code (renvois, etc.) ;
- clarifier **les règles de facturation**, en les harmonisant avec les dispositions du code général des impôts, et modifier en conséquence les sanctions relatives aux manquements à ces règles : cette disposition est attendue de longue date par les praticiens, les divergences entre le texte du code général des impôts et le code de commerce rendant difficile la conformité des factures aux dispositions légales, outre qu'elles complexifient la compréhension de leurs obligations en la matière par les entreprises ;
- préciser les dispositions relatives aux **conditions générales de vente**, en imposant notamment la formalisation par écrit, par le distributeur, des motifs de son refus d'acceptation de celles-ci (et de mettre en cohérence les dispositions relatives aux produits agricoles et alimentaires, notamment en ce qui concerne les références applicables aux critères et modalités de

détermination des prix, avec les dispositions du code rural et de la pêche maritime) ;

- simplifier et préciser les dispositions relatives aux **conventions fournisseurs-distributeurs** et fournisseurs-grossistes (visées aux articles L. 441-7 et L. 441-7-1 du code de commerce), et notamment :
 - pour les conventions conclues entre les fournisseurs et les distributeurs ou les prestataires de service ainsi qu'entre les fournisseurs et les grossistes, le régime des avenants à ces conventions
 - pour les conventions conclues entre les fournisseurs et les distributeurs ou les prestataires de services, la prise en compte des obligations réciproques auxquelles se sont engagées les parties afin de déterminer le prix ainsi que la définition du plan d'affaires et du chiffre d'affaires prévisionnel ;
- simplifier et préciser les définitions des **pratiques restrictives** (L. 442-6 du code de commerce), en ce qui concerne notamment la rupture brutale des relations commerciales, les voies d'action en justice et les dispositions relatives aux sanctions civiles ;
- modifier les dispositions de l'article L. 442-9 du code de commerce pour élargir **l'interdiction de céder à un prix abusivement bas** aux produits agricoles et aux denrées alimentaires, tout en supprimant l'exigence tenant à l'existence d'une situation de crise conjoncturelle, et préciser notamment les modalités de prise en compte d'indicateurs de coûts de production en agriculture.

5. Un encadrement plus strict des regroupements à l'achat dans le commerce de détail

La loi EGALIM renforce la procédure de notification préalable des regroupements à l'achat dans le commerce de détail (qui vise notamment les rapprochements des centrales d'achats et de référencement de la grande distribution alimentaire), à double titre :

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Belgique - Bolivie - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Îles Vierges Britanniques - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

- d'une part, en **doublant le délai de notification préalable**, qui passe de 2 à 4 mois de tout regroupement à l'achat entrant dans le champ de l'article L.462-10 du code de commerce ;
 - d'autre part, en prévoyant la réalisation d'un **bilan concurrentiel** de ces rapprochements. Ce bilan est effectué par l'Autorité de la concurrence, cependant cette dernière peut demander aux parties à l'accord de lui transmettre un rapport présentant l'effet de l'accord de regroupement à l'achat sur la concurrence.
- les produits qui bénéficieront d'une dérogation à ces seuils ;
 - les sanctions administratives applicables ;
 - les modifications apportées aux règles de facturation et à leurs sanctions ;
 - les conditions générales de vente ;
 - les conventions récapitulatives annuelles, biennales ou triennales entre fournisseurs et distributeurs ou grossistes (notamment concernant leur date de signature, les avenants, le chiffre d'affaires prévisionnel, etc.) ;
 - les évolutions des règles applicables aux pratiques restrictives de concurrence et notamment celles relatives à la rupture brutale des relations commerciales ;
 - l'interdiction de cession des produits agricoles et denrées alimentaires à un prix abusivement bas (article L.442-9 du code de commerce).

6. Les précisions à venir par voie d'ordonnances

La mise en œuvre précise de plusieurs des textes de la loi EGALIM sera effectuée par les ordonnances prises par le Gouvernement, qui devraient paraître dans les prochaines semaines, et qui fourniront aux acteurs du marché des détails sur l'application pratique des règles prévues par la loi.

Le Gouvernement dispose :

- d'un délai de **4 mois** à compter de la publication de la loi (c'est-à-dire jusqu'au 1^{er} mars 2019) pour la mise en œuvre des dispositions relatives au seuil de revente à perte et à l'encadrement des promotions ;
- d'un délai de **6 mois** (c'est-à-dire jusqu'au 1^{er} mai 2019) pour celles relatives à la modification du titre IV du livre IV du code de commerce (règles de facturation, conditions générales de vente, etc.).

Il est cependant probable – et souhaitable – que les ordonnances paraissent plus tôt, au regard de l'avancement de la rédaction des textes et de la nécessité pour les acteurs d'être fixés rapidement pour mener les négociations annuelles qui ont débuté pour plusieurs d'entre eux, notamment s'agissant des plans d'actions promotionnelles de l'année à venir.

Parmi les informations attendues par le secteur de la distribution pour mener les négociations 2019, figurent les précisions relatives aux éléments suivants :

- les seuils arrêtés pour l'encadrement des promotions (seuil de volume et seuil de valeur) ;
- les assiettes des seuils d'encadrement des promotions (volume global / à la référence / à la catégorie, etc.) ;

A rapprocher : 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

Conditions de validité de la clause de non-concurrence post contractuelle
CA Paris, 3 octobre 2018, n°16/11454

Ce qu'il faut retenir :

Une clause de non-concurrence post-contractuelle contenue dans un contrat de franchise est justifiée par la protection des intérêts légitimes du franchiseur et ne porte pas une atteinte excessive à la liberté du franchisé dès lors que, limitée quant à l'activité, l'espace et le lieu qu'elle vise, elle n'empêche pas le débiteur d'exercer toute activité professionnelle.

Pour approfondir :

La société C., venant aux droits des sociétés P. et I., exploite un réseau de points de vente de cuisines. Les sociétés E., dirigées par M. D., sont exploitées sous l'enseigne de la société C. En 2011, sept contrats de franchise ont été conclus entre ces sociétés et sont arrivés à terme en 2015. Des clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation ont été insérées au sein de ces contrats, produisant leurs effets, d'une part, pendant la durée des contrats, et d'autre part, post-contractuellement.

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Belgique - Bolivie - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Îles Vierges Britanniques - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

Il était également prévu par avenants à l'ensemble des contrats que la clause de non-concurrence ne trouverait pas à s'appliquer durant l'exécution du contrat aux enseignes et sociétés existantes qui seraient exploitées par le franchisé au jour de la signature du contrat de franchise. En février 2015, les franchiseurs ont pris acte de la volonté des franchisés de ne pas renouveler les relations contractuelles au-delà du terme prévu, à savoir le 31 décembre 2015. A ce titre, les franchiseurs ont rappelé aux franchisés le nécessaire respect des clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation post-contractuelles.

Par exploit d'huissier en date du 7 décembre 2015, le gérant des sociétés franchisées a assigné les franchiseurs aux fins de :

- contester la validité des clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation prévues dans les contrats de franchise,
- obtenir la nullité des clauses litigieuses sur le fondement du caractère disproportionné de celles-ci.

Dans l'attente du délibéré, les sociétés franchisées ont poursuivi leur activité de vente de cuisines sous une enseigne concurrente, au mépris des clauses de non-concurrence.

Par jugement du 18 mai 2016, le tribunal de commerce de Paris a :

- débouté les sociétés franchisées de leur demande de nullité des clauses de non-concurrence dans les sept contrats de franchise en cause,
- déclarées nulles les clauses de non-réaffiliation insérées dans les sept contrats de franchise en cause.

Relevant appel de ce jugement, les sociétés franchisées demandaient à la Cour d'appel de Paris de constater le caractère disproportionné des clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation imposées par les franchiseurs.

Partant, il lui était demandé :

- d'annuler les clauses de non-concurrence prévues dans les sept contrats,
- d'annuler les clauses de non-réaffiliation prévues dans les sept contrats.

Afin de déterminer si les clauses litigieuses doivent être annulées, la Cour d'appel va dans un premier temps rappeler les conditions de validité d'une clause de non-concurrence, avant de vérifier point par point si ces critères sont réunis, et terminer par l'examen de la validité des clauses de non-réaffiliation.

S'agissant tout d'abord des conditions de validité de la clause de non-concurrence post-contractuelle, la Cour d'appel de Paris rappelle que cette clause doit être justifiée par la protection des intérêts légitimes de son créancier et ne pas porter une atteinte excessive à la liberté de son débiteur ; en effet, une telle clause portant atteinte au principe de la liberté du commerce, outre la nécessité d'être proportionnée, elle se doit d'être limitée quant à l'activité, l'espace, et la durée qu'elle vise (CA Orléans, 22 mars 2018, n°17/00326 ; CA Bourges, 2 mai 2013, n°12/00818).

S'agissant de l'*objet*, les sociétés franchisées contestent le fait que les clauses soient limitées quant à l'activité concernée, dès lors qu'était visée « *toute activité similaire en tout ou partie* ». Selon les appelantes, une telle imprécision ne permettrait pas de définir les contours de l'application de la clause, offrant ainsi la possibilité au franchiseur de l'interpréter à son bon vouloir. En réponse, les intimées apportent des précisions de définition quant aux notions d'« *activité similaire* » et de « *en tout ou partie* », contestant ainsi le caractère imprécis et ambigu de la clause de non-concurrence.

La Cour d'appel retient que l'objet de l'interdiction (« *s'intéresser à une activité similaire en tout ou partie à celle du franchiseur* ») 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, pour cette activité seulement, même s'il exerce d'autres activités en même temps. Les clauses de non-concurrence visées sont donc bien limitées quant à leur objet.

S'agissant de l'*espace*, les sociétés franchisées soutiennent que l'appréciation du caractère proportionné de la clause doit se faire par son application concrète ; or, en l'espèce, le non renouvellement simultané de la totalité des contrats de franchise portait, selon les appelantes, une atteinte à la limitation de la clause de non-concurrence dans l'espace, étant précisé que celle-ci devait, selon elles, s'exprimer sur la totalité des points de ventes des sociétés appelantes.

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Belgique - Bolivie - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - États-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Îles Vierges Britanniques - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

En réponse, les franchiseurs se contentent de rappeler les termes de la clause, se limitant aux « locaux », de sorte que chacun des franchisés avait la possibilité d'exercer une activité concurrente dans d'autres locaux, réduisant ainsi au minimum la délimitation dans l'espace des clauses litigieuses. La Cour d'appel souligne le caractère indispensable de la non-concurrence dans les mêmes locaux afin d'éviter toute confusion entre les enseignes postérieurement au terme du contrat de franchise. En outre, la limitation en l'espèce contraint simplement le franchisé à déplacer le siège de son activité, au moins temporairement.

S'agissant de la *durée*, bien que les sociétés franchisées ne contestent pas ce critère, les franchiseurs soulignent la limitation à un an à compter du terme du contrat. Une telle durée est en conformité avec la pratique, que la jurisprudence juge proportionnée.

Enfin, sur la question de la légitimité des clauses de non-concurrence, les franchisés considèrent que ces clauses ne sont pas indispensables à la protection du savoir-faire, dès lors que celui-ci est suffisamment protégé par la clause de confidentialité. Ecartant ce grief, la Cour d'appel de Paris souligne la distinction entre l'objet d'une clause de confidentialité et celui d'une clause de non-concurrence, la première visant à préserver le caractère secret du savoir-faire, tandis que la seconde vise à interdire l'exploitation de ce savoir-faire.

La Cour d'appel en conclut que les clauses de non-concurrence sont justifiées par la protection des intérêts légitimes des deux franchiseurs, et ne portent donc pas une atteinte excessive à la liberté des franchisés. En outre, les clauses litigieuses étant limitées quant à l'activité, l'espace et le lieu qu'elles visent, les franchisés ne sauraient prétendre être empêchés d'exercer toute activité professionnelle. Ce faisant, au visa des articles 1134 du Code civil et L. 341-2 du Code de commerce, la Cour d'appel de Paris confirme le jugement rendu le 18 mai 2016 par le tribunal de commerce de Paris en ce qu'il a rejeté les demandes d'annulation des clauses de non-concurrence.

S'agissant ensuite de la validité de la **clause de non-réaffiliation**, les appelantes soutiennent qu'elles sont « *particulièrement étendues géographiquement* », celles-ci trouvant à s'appliquer sur l'ensemble du territoire français.

Elles en concluent que les clauses litigieuses sont manifestement disproportionnées. En réponse, les intimées concluent par référence aux critères applicables aux clauses de non-concurrence, considérant ainsi que les clauses de non-réaffiliation sont « *justifiées et proportionnées* ».

Sur ce point, la Cour d'appel de Paris rappelle qu'à la différence d'une clause de non-concurrence, la clause de non-réaffiliation restreint moins la liberté commerciale du franchisé, dès lors qu'elle se contente de lui interdire l'affiliation à un réseau concurrent ; *a contrario*, le franchisé peut exercer une activité concurrente sous son propre nom ou sa propre enseigne. En outre, la Cour d'appel de Paris prend le soin de préciser qu'à l'instar de la clause de non-concurrence, la clause de non-réaffiliation ne doit pas « *porter une atteinte disproportionnée aux intérêts du débiteur, outrepassant la nécessaire protection du savoir-faire du créancier* ».

Par conséquent, les clauses litigieuses interdisant en l'espèce les franchisés de s'affilier à un réseau concurrent sur l'ensemble du territoire de France métropolitaine, elles s'en trouvaient insuffisamment limitées dans l'espace.

Ce faisant, le caractère disproportionné des clauses étant établi, la Cour d'appel confirme le jugement entrepris en ce qu'il les a déclarées nulles.

A rapprocher : S. Richard, Tour d'horizon sur les clauses de non-concurrence et de non-affiliation post-contractuelles, Juin 2009 ; v. aussi, F.-L. Simon, Clauses de durée et poursuite des relations commerciales dans les contrats de distribution

Défaut d'exécution du préavis imputable à la victime de la rupture

CA Paris, 19 septembre 2018, RG n°18/08183

Ce qu'il faut retenir :

Sauf circonstances particulières, l'octroi d'un préavis suppose le maintien de la relation commerciale aux conditions antérieures. Toutefois, il ne peut être reproché à l'auteur de la rupture de ne pas exécuter le préavis dans les conditions antérieures, si ce défaut d'exécution est imputable à la victime de la rupture.

Pour approfondir :

La société A. (ci-après « le Concédant ») est spécialisée dans la fourniture de matériels agricoles.

Le 2 mai 2006, elle a conclu un **contrat de concession exclusive** à durée indéterminée avec la société S. (ci-après « le Concessionnaire ») qui assure la distribution de matériels agricoles. Le contrat stipulait notamment, à l'article 2, une exclusivité de distribution sur le territoire concédé au Concessionnaire.

L'article 10 du contrat prévoyait, par ailleurs, que "*chacune des parties pourra mettre fin au présent contrat par notification écrite par lettre recommandée avec accusé de réception moyennant un préavis d'au moins un an. Toutefois, à l'expiration des six premiers mois de préavis et en dérogation aux dispositions de l'article 2 du présent contrat, le concessionnaire ne sera plus tenu, vis-à-vis (du Concédant), à son obligation d'exclusivité de marque et (le Concédant) aura en contrepartie la faculté de nommer un ou plusieurs distributeurs ou autres futurs concessionnaires (de la Marque du Concédant) sur le territoire défini à l'annexe 1 du présent contrat pour tout ou partie de la durée du préavis restant à courir*".

Par courrier recommandé du 18 juin 2014, le Concédant a notifié au Concessionnaire la résiliation du contrat de concession avec un préavis de 18 mois, soit une fin des relations au 31 décembre 2015. Dans ce courrier, le Concédant a, par ailleurs, rappelé au Concessionnaire qu'à l'expiration des six premiers mois de préavis, il n'était plus tenu à son obligation d'exclusivité et que, réciproquement, le Concédant avait la faculté de nommer un ou plusieurs distributeurs sur le territoire concédé en vertu de l'article 10 du contrat précité.

A compter du 1^{er} janvier 2015, le Concédant a nommé un nouveau distributeur non-exclusif sur le territoire du Concessionnaire.

Par exploit d'huissier du 29 avril 2015, le Concessionnaire a assigné le Concédant, ainsi que la société P., nouveau distributeur non-exclusif nommé sur son territoire, devant le Tribunal de Commerce de Lyon aux fins de solliciter leur condamnation solidaire à lui payer, à titre principal, la somme de 2.010.306,26 € au titre du préjudice qu'il aurait subi du fait de la rupture abusive du contrat de concession et des actes de concurrence déloyale commis de concert, et, à titre subsidiaire, la condamnation du Concédant à

l'indemniser des préjudices subis du fait de la rupture brutale du contrat de concession.

Par jugement rendu le 27 mars 2018, le Tribunal de Commerce de Lyon a débouté le Concessionnaire de l'intégralité de ses demandes, en jugeant notamment que le préavis de 18 mois accordé au Concessionnaire était suffisant, que la rupture contractuelle n'était ni brutale, ni abusive, que le Concédant était en droit d'annuler et de ne pas donner suite aux commandes du Concessionnaire sans engager sa responsabilité délictuelle, et que le nouveau distributeur nommé sur son territoire n'avait commis aucun acte de concurrence déloyale à son égard. Le Concessionnaire a interjeté appel de ce jugement.

Par arrêt du 19 septembre 2018, la Cour d'appel de Paris a confirmé le jugement en toutes ses dispositions. Notre commentaire portera seulement sur la motivation retenue par la Cour pour caractériser l'effectivité du préavis de rupture accordé au Concessionnaire.

Le Concessionnaire a, en effet, fait valoir que le Concédant n'avait concrètement respecté qu'un préavis d'à peine un mois, puisqu'il a, dès le 18 juin 2014, brutalement rompu les relations commerciales établies entre les parties en :

- refusant d'exécuter les commandes passées par le Concessionnaire et en procédant à la défacturation de véhicules commandés et d'ores et déjà livrés au Concessionnaire,
- cessant de respecter l'exclusivité territoriale de distribution prévue à l'article 2 du contrat de concession.

1) Concernant le refus d'exécuter les commandes du concessionnaire pendant le préavis :

La jurisprudence a déjà eu l'occasion de rappeler que « sauf circonstance particulière, l'octroi d'un préavis suppose le maintien de la relation commerciale aux conditions antérieures » (Cass. com., 10 février 2015, n° 13-26.414 ; CA Paris, 13 juin 2018, n° 15/14893).

Après avoir rappelé cette jurisprudence constante, la Cour précise que :

« Toutefois, il ne peut être reproché à l'auteur de la rupture de ne pas exécuter le préavis dans les conditions antérieures, si ce défaut d'exécution est imputable à la victime de la rupture ».

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Belgique - Bolivie - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Îles Vierges Britanniques - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

En l'espèce, le Concessionnaire avait conclu, le 8 mars 2010, avec une société A. Finance, un protocole d'accord de financement du stock acheté au Concédant, organisant les modalités de recouvrement des créances précédemment cédées par le Concédant à la société A. Finance. Cette dernière payait donc le matériel au Concédant, puis le Concessionnaire la remboursait une fois que le matériel était vendu à l'acquéreur final.

Or, dès le 29 mai 2014, le Concessionnaire ne s'est pas acquitté de ses factures envers la société A. Finance. Sa dette à l'égard de cette société s'élevait en octobre 2014 à plus d'un million d'euros. La société A. Finance a d'ailleurs assigné le Concessionnaire en paiement d'une somme de 1.028.254 € par exploit d'huissier en date du 31 octobre 2014.

Dès lors que ce protocole d'accord de financement ne pouvait plus s'appliquer en raison des impayés du Concessionnaire, les conditions générales de paiement contenues dans les CGV du Concédant s'appliquaient de nouveau. Or, en vertu de celles-ci, les « conditions générales de paiement peuvent être modifiées ou les livraisons peuvent être suspendues, si le Concédant considère que l'évolution de la situation du Concessionnaire le justifie ». Dès la fin septembre 2014, en l'absence d'avance de la société A. Finance, le Concessionnaire devait donc payer lui-même le matériel à la commande.

Compte tenu de ces circonstances, la Cour a considéré que « conscient de la dégradation financière dès le mois de juin 2014 (du Concessionnaire), la société (Concédante) pouvait légitimement ne pas donner suite aux commandes ou suspendre des livraisons, sachant qu'elle ne serait pas payée ».

2) Concernant la perte de l'exclusivité territoriale en cours de préavis :

Le Concessionnaire considérait que le Concédant avait rompu brutalement les relations commerciales établies entre les parties en nommant un nouveau distributeur sur son territoire, cessant ainsi de respecter l'exclusivité territoriale de distribution prévue à l'article 2 du contrat de concession.

La Cour a cependant considéré que « la perte, par le concessionnaire, de son exclusivité territoriale au bout de six mois de préavis, conforme à l'article 10 du contrat de concessionnaire agricole, ne constitue pas en soi une

modification substantielle de l'exécution du préavis, puisque la contrepartie réside dans l'abandon réciproque et concomitant, par (le Concédant), de l'obligation d'approvisionnement exclusif et de non-concurrence pesant sur (le Concessionnaire) ».

Cet arrêt confirme la jurisprudence antérieure de la Cour, qui avait d'ores et déjà validé la même clause contractuelle en considérant « *que cette clause prévoit un abandon réciproque et concomitant par les parties de leurs obligations d'exclusivité territoriale et d'approvisionnement exclusif et constitue l'aménagement contractuel de l'exécution du préavis en cas de rupture du contrat ; qu'elle n'a pas pour effet de déroger aux dispositions impératives de l'article L 442-6 I 5° du Code de commerce et ne s'analyse pas en rupture partielle des relations commerciales* » (CA Paris, 13 janvier 2016, n°13/11338), la même Cour ayant également considéré que l'abandon réciproque de l'exclusivité n'est pas non plus « *assimilable à une rupture brutale des relations commerciales* » (CA Paris, 7 novembre 2016, n°15/10249).

La Cour de cassation a également validé cette clause en rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt précité de la Cour d'appel de Paris du 13 janvier 2016 après avoir considéré « *qu'ayant constaté que (le Concédant) avait exprimé, lors de la notification de la rupture, sa volonté de faire application de l'article 10, alinéa 2, du contrat, afin de permettre aux parties de réorganiser leurs affaires avant la rupture, l'arrêt retient, par motifs adoptés, que cette disposition permet, d'un côté, au concédant de vendre ses produits par l'intermédiaire d'autres revendeurs et, de l'autre, au concessionnaire, de rompre le plus tôt possible l'interdiction de vendre d'autres marques et de se limiter à un territoire donné, afin de faciliter sa reconversion commerciale et, par motifs propres, que cette clause, qui prévoit un abandon réciproque et concomitant, par les parties, de leurs obligations d'exclusivité territoriale et d'approvisionnement exclusif et constitue l'aménagement contractuel de l'exécution du préavis, n'a pas pour effet de déroger aux dispositions impératives de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce* » (Cass. com., 11 mai 2017, n° 16-13.464 ; Cass. com., 9 juillet 2013, n° 12-20.468).

A rapprocher : Cass. com., 10 février 2015, n°13-26.414 ; CA Paris, 13 juin 2018, n°15/14893 ; V. également l'article « **Validité d'une clause stipulant l'abandon réciproque de l'exclusivité en cours de préavis** », LDR de Mai-Juin 2018

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Belgique - Bolivie - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Îles Vierges Britanniques - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

L'article L.442-6 I 5 du Code de commerce n'est pas applicable au contrat de gérance-mandat
CA Paris, 11 octobre 2018, n°16/24228

Ce qu'il faut retenir :

La Cour d'appel de Paris précise le champ d'application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce en rappelant que cette disposition s'applique à toutes les relations commerciales établies, sauf lorsque les relations commerciales sont couvertes par des lois spéciales qui régissent également la rupture des relations contractuelles et prévoient son indemnisation, comme en matière de sous-traitance de transport, d'agence commerciale ou, en l'occurrence, de gérance mandat.

Pour approfondir :

La société B. et la société C. sont en relations depuis 1988, ayant conclu plusieurs conventions de mandat, puis de gérance-mandat, pour différents fonds de commerce de distribution au détail d'articles chaussants ou d'articles textiles.

Elles ont conclu, en dernier lieu, un contrat de gérance-mandat à durée indéterminée le 29 septembre 2008 pour la gestion d'un fonds de commerce situé à Mérignac.

Cette convention faisait expressément référence aux dispositions des articles L. 146-1 et suivants du Code de commerce et prévoyait une possibilité de résiliation avec un préavis d'une durée variant selon la durée de la relation (deux mois pour une relation supérieure à dix ans et trois mois pour une relation supérieure à vingt ans), outre une indemnité de résiliation (dix mois de commissions si la convention a duré plus de vingt-cinq années).

Par courrier recommandé du 17 juillet 2013, le mandant a résilié la convention de gérance-mandat. Il a ensuite procédé au règlement d'une indemnité de rupture d'un montant de 254.913,60 € en application de l'article 3.5.3 du contrat de gérance-mandat.

Le gérant-mandataire a contesté la durée du préavis, réclamant un préavis de vingt-quatre mois, ainsi que le montant de l'indemnité de rupture. Il a ensuite assigné le mandant devant le Tribunal de commerce de Clermont-Ferrand aux fins d'obtenir le paiement des sommes qu'il estimait lui être dues.

Par jugement en date du 21 mai 2015, le Tribunal de commerce de Clermont-Ferrand s'est déclaré incompétent au profit du Tribunal de commerce de Lyon.

Par jugement du 7 octobre 2016, le Tribunal de commerce de Lyon a débouté le gérant-mandataire de l'intégralité de ses demandes.

Le gérant-mandataire a interjeté appel du jugement, en soutenant que les dispositions d'ordre public de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce sanctionnant la rupture brutale de relations commerciales établies sont applicables en l'espèce, et que l'indemnité de l'article L. 146-4 du Code de commerce n'a pas vocation à indemniser un comportement fautif et n'est donc pas exclusif des dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° précité. En réponse, le mandant a soutenu que la gérance-mandat fait l'objet d'un statut particulier régi par l'article L. 146-4 du Code de commerce, prévoyant des règles protectrices et l'indemnisation de la résiliation, de sorte que les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° ne sont pas applicables, ajoutant que la résiliation de la gérance-mandat est déconnectée de toute notion de faute, qu'en outre il n'a commis aucune faute dans l'exécution de la convention, que le préavis contractuellement fixé à trois mois est en conformité avec les dispositions légales, qu'au demeurant le gérant-mandataire a lui-même souhaité l'écourter, tout en étant payé, et qu'enfin le gérant-mandataire a bénéficié d'une indemnité de résiliation correspondant à dix mois de commissions.

Par arrêt du 11 octobre 2018, la Cour d'appel de Paris a confirmé le jugement en toutes ses dispositions, en considérant que les dispositions relatives à la rupture brutale des relations commerciales établies prévues par l'article L. 442-6, I, 5° du Code de Commerce ne s'appliquent pas dans le cadre de la rupture d'un contrat de gérance-mandat.

Après avoir rappelé les dispositions de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de Commerce, la Cour a jugé :

« Que l'article L.442-6, I, 5° précité s'applique à toutes les relations commerciales établies, sauf lorsque les relations commerciales sont couvertes par des lois spéciales qui régissent également la rupture des relations contractuelles et prévoient son indemnisation, comme en matière de sous-traitance de transport ou d'agence commerciale ;

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Belgique - Bolivie - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Îles Vierges Britanniques - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

Considérant que les conventions de gérance-mandat sont désormais régies par une loi spéciale n° 2005-882 du 2 août 2005 qui a codifié le mécanisme de la gérance-mandat, issu de la pratique, et qui précise dans son exposé des motifs que le but du mécanisme était de « combler un vide juridique, confortant ainsi la situation des gérants-mandataires qui disposent d'une très grande latitude dans la conduite de leur activité sans être cependant propriétaires de leur outil de travail ».

Que les articles L.146-1 et suivants du code de commerce introduits par cette loi définissent les règles applicables aux contrats de gérance-mandat, y compris les règles spécifiques à la fin du contrat.

Qu'il résulte de ces dispositions spécifiques attachées à ce type de contrat que :

- *le gérant-mandataire ne supporte pas les risques liés à l'exploitation du fonds ;*
- *dans la gestion du fonds, le gérant-mandataire agit au nom et pour le compte du propriétaire du fonds ;*
- *il n'y a pas de transfert des employés attachés au fonds ;*
- *le gérant-mandataire a droit à une indemnité en fin de contrat.*

Que l'article L.146-4 dudit code qui régit la rupture des relations contractuelles prévoit notamment que « le contrat liant le mandant et le gérant-mandataire peut prendre fin à tout moment dans les conditions fixées par les parties » puis détaille les modalités d'indemnisation du gérant-mandataire en cas de résiliation du contrat par le mandant en l'absence de faute grave du gérant-mandataire.

Qu'il en résulte que la cessation des relations contractuelles ayant existé entre un gérant-mandataire et son mandant, spécifiquement prévue par des dispositions spéciales protectrices qui fixent les modalités de la rupture et son indemnisation, bénéficie d'un régime propre et n'est pas soumise aux dispositions de l'article L.442-6, I, 5° du code de commerce ».

La Cour a donc considéré que les premiers juges ont écarté à juste titre l'application de l'article L. 442-6, I, 5° au profit de la loi spéciale régissant les conventions de

gérance-mandat choisie par les parties et correspondant à la réalité des fonctions exercées par la société C., cette dernière bénéficiant d'une grande autonomie, sans toutefois en prendre les risques, la rupture étant encadrée et permettant au mandataire de s'organiser pour reprendre une autre activité ou un autre fonds.

La Cour a, par ailleurs, considéré que le préavis de trois mois et l'indemnisation de dix mois de commissions prévus par la convention remplissent complètement les conditions légales et que la brièveté alléguée du préavis n'est pas établie, puisque la loi ne fixe aucune durée, et que les parties avaient conventionnellement prévu un préavis de trois mois qui a été respecté.

Pour rappel, l'article L. 146-4 du Code de commerce dispose que :

« Le contrat liant le mandant et le gérant-mandataire peut prendre fin à tout moment dans les conditions fixées par les parties. Toutefois, en cas de résiliation du contrat par le mandant, sauf faute grave de la part du gérant-mandataire, le mandant lui verse une indemnité égale, sauf conditions plus favorables fixées par les parties, au montant des commissions acquises, ou à la commission minimale garantie mentionnée à l'article L.146-3, pendant les six mois précédant la résiliation du contrat, ou pendant la durée d'exécution du contrat si celle-ci a été inférieure à six mois ».

Cet arrêt a été rendu dans la droite ligne de la jurisprudence antérieure de la Cour d'Appel de Paris, qui avait d'ores et déjà considéré que :

« L'article L 442-6, I, 5° du Code de commerce ne s'applique pas lors de la cessation des relations ayant existé entre un gérant-mandataire et son mandant pour lesquelles les modalités de la rupture sont déterminées d'abord par la loi, et plus précisément par l'article L.146-4 précité, qui laisse la liberté aux parties d'organiser la fin du contrat, et qui prévoit que celle-ci peut intervenir à tout moment et sans préavis, en l'absence de faute grave, sous réserve du paiement d'une indemnité spécifique en application des règles spéciales instaurées par la Loi du 2 août 2005 » (CA Paris, 17 janvier 2018, n° 15/04973 ; CA Paris, 17 janvier 2018, n° 15/04976 ; Cf. également CA Paris, 23 septembre 2016, n° 16/08899).

Cet arrêt s'inscrit également dans la logique des solutions précédemment retenues lorsque des règles spéciales régissent la rupture des relations, et notamment en matière d'agence commerciale pour laquelle la durée de préavis devant être respectée est fixée par l'article L. 134-11 du Code de commerce (Cass. com., 3 avril 2012, n° 11-13.527) ou en matière de transport public routier de marchandises pour lequel un contrat-type prévoit la durée des préavis de rupture (Cass. com., 22 janvier 2008, n° 06-19.440 ; Cass. com., 4 octobre 2011, n° 10-20.240).

A rapprocher : CA Paris, 17 janvier 2018, n° 15/04973 ; CA Paris, 17 janvier 2018, n° 15/04976 ; CA Paris, 23 septembre 2016, n° 16/08899 ; v. aussi, à propos du contrat de gérance-mandat : F.-L. Simon, Des risques de requalification du contrat de gérance-mandat en contrat de travail (Approche pratique et aperçu jurisprudentiel)

Des propos critiques visant une société relèvent de la diffamation et non du dénigrement

Cass. com., 26 septembre 2018, n°17-15.502

Ce qu'il faut retenir :

Des propos critiques diffusés dans la presse visant une personne morale, et non pas ses produits ou services, ne peuvent être sanctionnés sur le fondement de la concurrence déloyale par dénigrement, mais seulement sous l'angle du délit de diffamation édicté par l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

Pour approfondir :

La société G., spécialisée dans la mise à disposition de contenus numériques à usage du grand public, a fait l'objet d'une plainte pour abus de confiance déposée par M. X, gérant de la société H., avec laquelle elle entretenait des relations commerciales. M. X. a, par ailleurs, fait publier dans le journal La Dépêche un article intitulé "Accusation d'arnaques aux connexions", repris sur le site internet LaDépêche.fr, dans lequel il s'expliquait sur les agissements faisant l'objet de sa plainte.

Par exploit d'huissier en date du 13 mai 2014, la société G. a assigné M. X devant le Tribunal de Grande Instance de Paris aux fins de solliciter la réparation de son

préjudice résultant de la publicité donnée à une enquête pénale en cours sur le fondement de l'article 1382 ancien du Code civil (devenu l'article 1240 du même code). M. X. lui a opposé la nullité de l'assignation sur le fondement des articles 29, 53 et 54 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

Par jugement du 27 août 2014, le Tribunal a rejeté l'exception de nullité de l'assignation et a condamné M. X. à payer la somme de 8.000 € à la société G. à titre de dommages et intérêts et a ordonné la publication d'un communiqué judiciaire sous astreinte. M. X. a interjeté appel de ce jugement.

Par arrêt du 2 février 2017, la Cour d'Appel de Paris a infirmé le jugement, constaté la nullité de l'assignation et rejeté toutes les demandes de la société G.

La société G. a formé un pourvoi en cassation en développant le moyen selon lequel la divulgation d'une information de nature à jeter le discrédit sur un concurrent constitue un dénigrement, peu important qu'elle soit ou non exacte ; qu'un tel dénigrement, constitutif de concurrence déloyale, est sanctionné sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle.

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi de la société G. en considérant que :

« hors restriction légalement prévue, la liberté d'expression est un droit dont l'exercice, sauf dénigrement de produits ou services, ne peut être contesté sur le fondement de l'article 1382, devenu 1240, du code civil ; que l'arrêt relève que les passages incriminés de l'article litigieux indiquent que M. X..., qui avait porté plainte contre son ancien partenaire, la société G., s'était aperçu rapidement que tout l'argent qui lui était dû ne lui avait pas été reversé, qu'il avait estimé son préjudice à plus de 500.000 euros sur deux ans, et qu'il n'était pas la seule victime "puisque pour certains c'étaient des millions d'euros" ; qu'en l'état de ces constatations, faisant ressortir que les imputations litigieuses, qui portaient sur des faits constitutifs d'infractions pénales, visaient uniquement la société G., personne morale, à l'exclusion de ses produits ou services, la cour d'appel a, sans méconnaître les termes du litige, exactement retenu que le passage incriminé constituait l'imputation de faits précis et déterminés de malversations portant atteinte à l'honneur et à la considération de cette société et que cette atteinte s'analysait en une diffamation dont la réparation ne peut être poursuivie que sur le fondement de la loi du 29 juillet 1881 ».

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Belgique - Bolivie - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - États-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Îles Vierges Britanniques - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

Cet arrêt confirme une jurisprudence constante, dont il ressort que toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne (physique ou morale) ne peut être appréhendée que sous l'angle du délit de diffamation édicté par l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, si les conditions cumulatives définies par ce texte sont remplies, mais ne peut pas constituer un dénigrement sanctionné par l'article 1240 du Code civil s'il caractérise un acte de concurrence déloyale (CA Paris, 29 avril 2014, n° 13/14437).

La jurisprudence ne permet donc pas de recourir à la responsabilité civile générale (articles 1240 et suivants du Code Civil) pour contourner le régime spécial de la loi du 29 juillet 1881.

A l'inverse, la jurisprudence considère que « *dès lors qu'elles ne concernent pas la personne physique ou morale, les appréciations, même excessives, touchant les produits, les services ou les prestations d'une entreprise industrielle ou commerciale n'entrent pas dans les prévisions de l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881* » (Cass. crim., 12 avril 2016, n° 14-87.959 ; Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2006, n° 05-16.437 ; Cass. civ. 2^{ème}, 16 juin 2005, n° 03-18.625 ; Cass. civ. 2^{ème}, 7 octobre 2004, n° 02-18.995 ; Cass. civ. 2^{ème}, 23 janvier 2003, n° 01-12.848 ; Cass. civ. 2^{ème}, 5 juillet 2000, n° 98-14.255).

A rapprocher : CA Paris, 29 avril 2014, n° 13/14437 ; v. aussi, **Lexique LDR, « Clause de non-dénigrement »**

IMMOBILIER – CONSTRUCTION URBANISME

Clause d'indexation et distorsion : le cas du renouvellement du bail

Cass. civ. 3^{ème}, 13 septembre 2018, n°17-19.525

Ce qu'il faut retenir :

Le preneur ne peut pas demander au juge de réputer non écrite une clause d'indexation au motif qu'elle conduirait, à raison de la date de prise d'effet du renouvellement qui ne correspond pas à la date anniversaire de l'indexation du bail initial, à une

distorsion prohibée au sens du code monétaire et financier.

Pour approfondir :

En application de l'article L.112-1 alinéa 2 du code monétaire et financier, une clause d'indexation doit être réputée non écrite lorsque la période de variation de l'indice n'est pas identique à la durée s'écoulant entre chaque révision.

La Cour de cassation considère ainsi que doit être invalidée la clause d'indexation créant une distorsion temporelle entre la période de variation de l'indice et la durée s'écoulant entre deux indexations (pour un exemple récent, voir Cass. civ. 3^{ème}, 9 février 2017, n°15-28.691).

Mais qu'en est-il lorsque la distorsion ne résulte pas de la clause elle-même ?

Dans la présente affaire, des locaux avaient été donnés à bail commercial. Le bail contenait une clause d'indexation du loyer au 1^{er} janvier de chaque année selon la variation de l'ICC sur une période de douze mois.

Le preneur ayant sollicité le renouvellement du bail, le bailleur avait dans un premier temps opposé un refus, pour finalement exercer son droit de repentir et offrir le renouvellement du bail à effet du 1^{er} février 2006.

Le bailleur a par la suite assigné le preneur en fixation du loyer révisé au visa de l'article L.145-39 du code de commerce, arguant que par le jeu de la clause d'indexation le loyer avait augmenté de plus de 25 % par rapport au loyer retenu lors du renouvellement.

Reconventionnellement, le preneur a sollicité que la clause d'indexation soit réputée non écrite au motif qu'elle créait une distorsion temporelle prohibée par l'article L.112-1 alinéa 2 précité. En application de la clause d'indexation, le bailleur avait procédé à la première indexation du loyer du bail renouvelé le 1^{er} janvier 2007, soit seulement onze mois après le renouvellement du bail, et par comparaison de la variation de l'ICC sur une période de douze mois.

Les juges du fond ont accueilli la demande du preneur, au motif que la période de variation de l'indice (douze mois) était supérieure à la durée s'étant écoulée entre la prise d'effet du bail renouvelé et la première indexation (onze mois).

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Belgique - Bolivie - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Îles Vierges Britanniques - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

L'arrêt d'appel est cassé : **la Cour de cassation valide la clause d'indexation** en considérant que la distorsion constatée ne résultait pas de la clause d'indexation elle-même, mais du décalage entre la date de renouvellement du bail et la date prévue par la clause pour l'indexation annuelle du loyer.

Autrement dit, la clause d'indexation ne peut être réputée non écrite qu'à la condition que la distorsion temporelle constatée résulte intrinsèquement du texte de la clause. Au contraire, si la distorsion a été créée par une circonstance extérieure à la clause, en l'espèce la date fixée pour le renouvellement du bail, la clause d'indexation doit être validée.

Cette solution, pour la première fois énoncée en matière de renouvellement du bail, s'inscrit dans le droit fil d'une précédente décision rendue récemment par la Cour de cassation en matière de révision du loyer (Cass. civ. 3^{ème}, 17 mai 2018, n°17-15.146). Dans cette affaire, la Cour de cassation avait retenu que si le loyer, dans le cadre de sa révision à la valeur locative, est fixé à une date différente de celle prévue par la clause d'indexation, le juge doit adapter le jeu de ladite clause car la révision du loyer ne peut elle-même organiser la distorsion prohibée par la loi.

On notera qu'en l'espèce, et à l'inverse de l'arrêt du 17 mai 2018, la Cour de cassation ne tranche pas la question du traitement de la distorsion constatée, à savoir s'il convient de maintenir le jeu de l'indexation en violation de l'article L.112-1 du code monétaire et financier ou s'il revient au juge de décaler l'indice de référence à la date du renouvellement du bail.

A rapprocher : Article L.112-1 alinéa 2 du code monétaire et financier ; Article L.145-39 du code de commerce ; Cass. civ. 3^{ème}, 9 février 2017, n°15-28.691 ; Cass. civ. 3^{ème}, 17 mai 2018, n°17-15.146

Les contours du droit de préemption du preneur titulaire d'un bail commercial Jurisprudence

Ce qu'il faut retenir :

Le droit de préférence du preneur instauré par la loi Pinel étant d'ordre public, les professionnels de l'immobilier et les rédacteurs ont grand intérêt à pouvoir appréhender les contours de celui-ci, toute vente conclue en violation du droit de préemption encourant la nullité. Focus sur les enseignements tirés de la jurisprudence rendue depuis ladite loi.

Pour approfondir :

Depuis la loi n°2014-626 « Pinel » du 18 juin 2014, le **preneur** d'un local à usage commercial ou artisanal dispose, en vertu de l'article L.145-46-1 du code de commerce, du droit de se porter acquéreur, par préférence, dudit local, lorsque son propriétaire envisage de le vendre.

Ces dispositions ont, dès leur adoption, fait l'objet de nombreuses critiques à raison de la difficulté pour appréhender leur champ d'application au regard des exceptions également prévues, et pour cause :

« Le présent article n'est pas applicable en cas de cession unique de plusieurs locaux d'un ensemble commercial, de cession unique de locaux commerciaux distincts ou de cession d'un local commercial au copropriétaire d'un ensemble commercial. Il n'est pas non plus applicable à la cession globale d'un immeuble comprenant des locaux commerciaux ou à la cession d'un local au conjoint du bailleur, ou à un ascendant ou un descendant du bailleur ou de son conjoint ».

Les rédacteurs de baux ont parfois été tentés de faire renoncer les preneurs à tout droit de préemption afin d'éviter la difficulté.

Toutefois, ces renonciations sont désormais inopérantes puisque la Cour de cassation a souhaité récemment préciser que ce droit, institué pour protéger le locataire commercial, était d'ordre public, ce alors même que l'article L.145-46-1 du code de commerce n'est pas visé dans la liste donnée par l'article L.145-15 des dispositions auxquelles les parties ne peuvent pas déroger (Cass. civ. 3^{ème}, 28 juin 2018, n°17-14.605).

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Belgique - Bolivie - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Îles Vierges Britanniques - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

L'intérêt de connaître les contours du droit de préférence ressurgit dès lors de plus fort. Nous présentons ci-après les cas dans lesquels la jurisprudence a pu affirmer que le droit de preneur peut être valablement exclu.

Une première exclusion est relative à l'opération dans laquelle s'inscrit la vente, exclusion visée directement par le texte en son alinéa 6 : la cession globale d'un immeuble comprenant des locaux commerciaux ne permet pas au preneur de ces derniers de se prévaloir du droit (**Cass. civ. 3^{ème}, 17 mai 2018, n°17-16.113**).

Dans une réponse du 14 août 2018, le Ministre de la cohésion des territoires a précisé que le droit de préférence n'avait pas vocation à s'appliquer lorsque l'immeuble vendu ne comprend qu'un seul et unique local commercial (**Rép. min. n° 5054 : JOAN Q 14 août 2018**).

Nous observons qu'une seconde exclusion peut être déduite de la destination des locaux : seuls ceux ayant un usage commercial ou artisanal sont concernés de sorte que les locaux à usage de bureaux, à usage industriel, les entrepôts ou les terrains nus par exemple seraient exclus du dispositif (CA Aix-en-Provence, 30 janv. 2018, n°16/19016) de sorte qu'une grande partie des preneurs ne bénéficieraient du droit.

Une troisième exclusion concerne les ventes qui ne résultent pas de la volonté du propriétaire. Seule la vente de locaux dont le prix a été déterminé par le propriétaire envisageant cette vente étant soumise au droit de préférence du preneur. La jurisprudence a été riche d'enseignement à ce titre :

- Le droit de préférence du preneur est exclu en cas de liquidation amiable de la bailleuse (CA Aix-en-Provence, 14 fév. 2017, n°15/13116) ;
- La jurisprudence a confirmé son exclusion en cas de vente judiciaire des locaux (**Cass. civ. 3^{ème}, 17 mai 2018, n°17-16.113**).

On pourrait alors en déduire que les cessions suivantes sont également exclues : vente par adjudication, cessions réalisées dans le cadre de procédures collectives, vente par l'administration des domaines dans le cadre de successions vacantes.

La sanction prévue par le texte étant sévère, à savoir la nullité de la vente, il est recommandé aux rédacteurs de baux de s'en tenir à la lettre de l'article L.145-46-1 et de purger le droit de préemption en cas de doute.

A rapprocher : Le droit de préférence du locataire est d'ordre public ; l'offre de vente au locataire ne peut inclure des honoraires de négociation

Obligation au paiement des charges de copropriété : pas d'exception d'inexécution

Cass. civ. 3^{ème}, 13 septembre 2018, n°17-17.514

Ce qu'il faut retenir :

Le vice de construction de l'immeuble, à le supposer caractérisé, n'exempte pas les copropriétaires de leur obligation au paiement des charges de copropriété.

Pour approfondir :

Dans cette affaire, un couple a acquis un appartement situé au dernier étage d'un immeuble soumis au statut de la copropriété, dont l'accès se faisait par une voie intérieure de la copropriété voisine.

Par jugement du 13 mai 2013, les copropriétaires se sont vu interdire d'emprunter la voie d'accès partie commune de la copropriété voisine. Par décision du 24 novembre 2011, l'assemblée générale des copropriétaires de leur propre immeuble a refusé d'aménager aux frais du syndicat un accès à leur lot par les parties communes de l'immeuble et a donné pouvoir au **syndic** d'obtenir de la copropriété voisine une servitude de passage dont l'entretien resterait à la charge du lot concerné. Le syndicat n'a pas donné suite à cette décision et les copropriétaires se sont retrouvés dans l'impossibilité d'accéder à leur lot.

Dans ce contexte, les copropriétaires ont cessé de payer les charges de copropriété leur incombant. Le **syndicat des copropriétaires** de l'immeuble les a donc assignés en paiement des charges. En défense, ces derniers ont opposé l'exception d'inexécution de leurs obligations.

La Cour d'appel a considéré que les copropriétaires avaient soulevé à juste titre l'exception d'inexécution de leurs obligations, considérant que le syndicat était responsable de plein droit des dommages causés aux copropriétaires par le vice de construction.

Toutefois, la Cour de cassation, suivant sa jurisprudence classique, sanctionne cette position en rappelant tout d'abord, qu'en application des dispositions des articles 10 et 43 de la loi du 10 juillet 1965, les copropriétaires sont tenus de participer aux charges entraînées par les services collectifs et les éléments d'équipement commun, ainsi qu'aux charges relatives à la conservation, à l'entretien et à l'administration des parties communes.

Ainsi, il résulte du caractère d'ordre public de cette obligation, que l'exception d'inexécution n'est pas admise en la matière et que les copropriétaires ne peuvent faire valoir une telle exception pour refuser de payer les charges de copropriété leur incombant.

Dès lors, en l'espèce, la Cour de cassation précise ensuite que le vice de construction de l'immeuble, à le supposer caractérisé, n'exempte pas les copropriétaires de leur obligation au paiement des charges de copropriété.

A rapprocher : Cass. civ. 3^{ème}, 3 novembre 2016, n°15-24.793

Obligations de forme et de procédure pesant sur la CNAC en cas d'édition d'un avis tacite favorable
CAA Douai, 27 septembre 2018, n°16DA02179

Ce qu'il faut retenir :

Par un arrêt en date du 27 septembre 2018, la Cour administrative d'appel de Douai est venue rappeler que, lorsque la CNAC émet un avis tacite favorable, elle ne peut pas pour autant s'affranchir des obligations de forme et de procédure, prévues par le code de commerce.

Cette juridiction a en effet considéré que, d'une part, la circonstance que cette commission se prononce tacitement sur un projet ne la soustrait ni à l'obligation de motiver ses avis, ni à l'obligation, prévue par l'article R.752-36 du code de commerce, de consulter préalablement les ministres en charge de

l'urbanisme et du commerce, et que, d'autre part, de telles irrégularités ne peuvent faire l'objet d'une régularisation, dans le cadre de la procédure prévue l'article L.600-5-1 du code de l'urbanisme.

Pour approfondir :

La SNC LIDL a déposé, le 22 décembre 2015, une demande PCVAEC en vue d'étendre un de ses magasins, sur le territoire de la commune de Fourmies. Ce projet a fait l'objet d'un avis favorable de la Commission départementale d'aménagement commercial du Nord le 18 mars 2016, tacitement confirmé par la **CNAC** le 6 septembre suivant, à la suite du recours exercé par une société concurrente.

Le Maire de la commune de Fourmies ayant délivré le PCVAEC le 19 septembre 2016, l'auteur du recours, après avoir sollicité la CNAC d'une demande de communication des motifs de son avis, a donc demandé la Cour administrative d'appel de Douai d'en prononcer l'annulation, en tant qu'il vaut AEC. Il était notamment fait grief à la CNAC de n'avoir pas motivé son avis, et de s'être abstenue de consulter les ministres en charge du commerce et de l'urbanisme.

La Cour administrative d'appel de Douai a accueilli ces deux moyens, rappelant ainsi que les avis tacites restent soumis à des règles de forme et de procédure requises par les textes.

D'une part, en effet, la Cour administrative d'appel de Douai a rappelé la règle, désormais codifiée à l'article R.752-38 du code de commerce, suivant laquelle les décisions ou avis pris par la CNAC doivent être motivés

S'agissant d'un avis tacite, elle a fait application des principes généraux relatifs à la motivation des décisions implicites, posés par l'article L.232-4 du code des relations entre le public et l'administration, précisant que les « avis » émis par cette Commission doivent « être assimilés à des décisions au sens du code des relations entre le public et l'administration » (cons. N°12).

Il en résulte que l'obligation de motivation des décisions de la CNAC ne saurait faire obstacle à la survenance d'un avis tacite. Toutefois, dans cette hypothèse, et dès lors qu'elle a été saisie, dans le délai de recours, d'une demande de communication des motifs de son avis, l'absence de réponse dans un délai d'un mois suivant cette demande, est de nature à entacher d'illégalité l'avis tacite qu'elle a émis.

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Belgique - Bolivie - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie -

Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - États-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Îles Vierges

Britanniques - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal

Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

D'autre part, la Cour administrative d'appel de Douai pose également, par cet arrêt, que le caractère tacite de l'avis ne dispense pas la CNAC de se conformer aux obligations résultant de l'article R.752-36 du code de commerce, lequel impose au commissaire du Gouvernement de recueillir et de présenter à la Commission nationale les avis de l'ensemble des ministres intéressés avant d'exprimer son propre avis (Conseil d'Etat, 16 mai 2011, communauté d'agglomération du bassin d'Aurillac et autre, req. n°336104).

Elle estime plus particulièrement qu'en l'espèce, « *le défaut de production [par la CNAC] des avis au dossier doit ainsi être regardé comme un défaut de consultation des ministres concernés* » (cons. n°8).

Surtout, la Cour relève que cette omission ne peut être neutralisée sur le fondement de la jurisprudence « Danthony » (Conseil d'Etat, Assemblée, 23 décembre 2011, Danthony et autres, n°335033 ; Conseil d'Etat, 25 mars 2013, société Ecran Sud et autre, n°353427 ; Conseil d'Etat, 15 mai 2013, Groupement d'intérêt économique des commerçants du centre commercial régional Rosny 2, req. n°358727) dès lors que « *l'absence de ces avis a été, à tout le moins, susceptible d'exercer une influence sur le sens de l'avis tacite qui est réputé confirmer l'avis favorable de la commission départementale* » (cons. n°8).

A rapprocher : CE, 29 octobre 2012, société Bouche Distribution, n°354689 ; CE, 16 mai 2011, 4^{ème} et 5^{ème} sous-sections réunies, Communauté d'agglomération du Bassin d'Aurillac, n°336105

La TEOM ne peut être mise à la charge du preneur qu'à raison d'une stipulation expresse

Cass. civ. 3^{ème}, 13 septembre 2018, n°17-22.498, inédit

Ce qu'il faut retenir :

La clause suivant laquelle le preneur est redevable des « charges et taxes (...) de toute nature afférentes à l'immeuble » ne transfère pas utilement au preneur la charge de la taxe d'enlèvement des ordures ménagères.

Pour approfondir :

Il était stipulé au terme d'un bail commercial que le preneur était redevable « *d'une quote-part du total des charges, taxes et dépenses de toutes natures afférentes à l'immeuble.* »

Le preneur contestait devoir, en application de cette clause, supporter la taxe d'enlèvement des ordures ménagères. La Cour d'appel saisie a retenu que ladite taxe ne pouvait pas être mise à la charge du locataire compte tenu de l'absence de stipulation expresse en ce sens.

Le bailleur a formé un pourvoi, soutenant que la clause visait sans distinction toutes les taxes afférentes à l'immeuble de sorte que la taxe d'enlèvement de surcroît enrôlée avec l'impôt foncier devait être supportée par le preneur.

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi considérant que les charges ou taxes afférentes à l'immeuble n'incluent pas la taxe d'enlèvement des ordures ménagères et que seule une stipulation expresse aurait permis au bailleur de la refacturer au preneur.

Cette position n'est pas nouvelle : le bailleur étant le redevable légal de la TEOM, il doit, s'il souhaite en transférer le coût au preneur, le faire suivant une disposition expresse visée au bail (Cass. civ. 3^{ème}, 13 juin 2012, n°11-17.114) et ce quand bien même le preneur supporterait la taxe foncière puisque la TEOM n'est pas une composante de la taxe foncière mais une taxe additionnelle à celle-ci, facultative et ne pouvant être mise à la charge du preneur que par une clause expresse (Paris, 25 octobre 2017, n°15/23774).

Dans cette présente décision, la Cour de cassation rappelle une fois de plus la nécessité de stipuler des clauses claires et précises afin d'imputer des charges exorbitantes au preneur et limite ainsi le pouvoir d'appréciation des clauses « balai ».

Il est à noter que cet arrêt a été rendu avant l'application de la réforme Pinel qui a réglementé le sort des charges récupérables sur le preneur. A ce titre, le décret du 3 novembre 2014 autorise par exception de mettre à la charge du preneur « *les impôts, taxes et redevances liés à l'usage du local ou de l'immeuble ou à un service dont le locataire bénéficie directement ou indirectement* » (article R.145-35 du Code de commerce). Tel est précisément le cas de la taxe d'enlèvement des ordures ménagères.

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Belgique - Bolivie - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Îles Vierges Britanniques - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

La taxe d'enlèvement d'ordures ménagères relève d'un service (article L.2224-13 et suivants du Code général des collectivités territoriales) dont le preneur bénéficie (et non d'une charge afférente à l'immeuble) et dont le bail doit prévoir effectivement son imputation au preneur.

A rapprocher : Cass. civ. 3^{ème}, 13 juin 2012, n°11-17.114 ; CA Paris, Pôle 5, Chambre 3, 25 octobre 2017, n°15/23774 ; Article R.145-35 du Code de commerce ; Article L.2224-13 et suivants du Code général des collectivités territoriales

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE & NOUVELLES TECHNOLOGIES

Phishing : le seul fait de répondre à un email d'hameçonnage constituerait-il une négligence grave ?

Cass. com., 3 octobre 2018, n°17-21.395

Ce qu'il faut retenir :

La Cour de cassation, dans cet arrêt du 3 octobre 2018, a censuré les juges du fond qui s'étaient contentés de constater l'absence de négligence grave d'un client pour condamner la Banque à lui rembourser les sommes indument prélevées sur son compte. En effet, il ressortait des éléments versés aux débats, que le client lui-même avait reconnu, à l'occasion d'un courrier adressé à la Banque, avoir répondu à un email de type hameçonnage. La Cour a considéré qu'il appartenait aux juges du fond, compte tenu de l'existence d'un tel mail, de rechercher si dans les circonstances de l'espèce, le comportement du client de la Banque n'était pas constitutif d'une négligence grave.

Elle a jugé au visa des articles L.133-16 et L.133-19 du code monétaire et financier : « *Qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher, au regard des circonstances de l'espèce, si le fait, qu'elle avait constaté, que M. X avait répondu à un courriel d'hameçonnage ne résultait pas d'un manquement de celui-ci, par négligence grave, à ses obligations mentionnées au premier des textes susvisés, la juridiction de proximité a privé sa décision de base légale.* »

Pour approfondir :

Selon l'arrêt en date du 3 octobre 2018, et poursuivant son œuvre de définition des contours de la négligence grave de la victime d'hameçonnage la privant de solliciter le remboursement des sommes indument prélevées sur son compte, la Cour de cassation a annulé le jugement de la juridiction de proximité de Béthune qui avait condamné l'établissement bancaire à rembourser le client victime.

Son préjudice matériel s'élevait alors à la somme de 1 568,56 € en principal, correspondant au montant des paiements frauduleux non autorisés.

La Cour de cassation a ainsi annulé la décision du juge du fond, au motif que ce dernier n'avait pas recherché si le comportement du client ne pouvait recevoir la qualification de négligence grave au sens de l'article L.133-19 du code monétaire financier qui dispose :

« IV. – Le payeur supporte toutes les pertes occasionnées par des opérations de paiement non autorisées si ces pertes résultent d'un agissement frauduleux de sa part ou s'il n'a pas satisfait intentionnellement ou par négligence grave aux obligations mentionnées aux articles L.133-16 et L.133-17 [du code monétaire et financier] ». »

Les articles L.133-16 et L.133-17 précités imposent, en effet, à l'utilisateur de services de paiement une obligation de moyens, à notre sens désormais renforcée, d'assurer la sécurité des données liées à l'instrument de paiement mis à sa disposition.

Dans les faits, le titulaire d'un compte dans les livres d'une banque, constatant l'existence de prélèvements frauduleux sur son compte, a assigné l'établissement bancaire afin d'être remboursé des sommes indument débitées.

Le premier juge a écarté la négligence grave telle que soulevée par la banque afin d'échapper à son obligation de règlement, fondant son argumentation sur la combinaison des articles L.133-16 et L.133-19 du code monétaire et financier.

L'établissement bancaire, pour sa part, avait en effet, fait état de l'existence d'une correspondance émanant de la victime elle-même, à la faveur de laquelle elle reconnaissait expressément avoir répondu à un mail de phishing.

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Belgique - Bolivie - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - États-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Îles Vierges Britanniques - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

La juridiction de proximité a écarté tout manquement commis par le client, après avoir soulevé un moyen d'office (selon lequel « *le numéro de téléphone de M. X étant celui d'une ligne fixe, il ne pouvait recevoir le code de validation permettant de terminer l'achat sur internet* ») sans l'avoir au préalable soumis à la discussion contradictoire des parties.

La Cour de cassation a donc annulé le jugement, au motif qu'il appartenait à la juridiction de proximité de rechercher l'éventuel manquement, par négligence grave, de l'utilisateur de moyens de paiement compte tenu de l'existence établie d'un mail de phishing.

La Cour de cassation continue de façonner une jurisprudence sévère envers les clients des banques, en matière de phishing, et impose désormais aux juges du fond de procéder systématiquement à un examen minutieux des faits, face à une escroquerie menée sur internet par l'envoi de mails frauduleux, permettant de caractériser ou non la négligence grave de l'internaute.

Rappelons, par ailleurs, qu'il appartient à la banque de rapporter par tous moyens la preuve de la négligence fautive de l'utilisateur, qui pourrait malheureusement être constituée par le simple fait établi de répondre à un mail de type phishing.

Encore et à nouveau, nous ne pouvons qu'inviter les titulaires de compte en banque à redoubler de vigilance.

A rapprocher : Art. L.133-16 du code monétaire et financier ; Art. L.133-19 du code monétaire et financier ; Cass. com., 18 janv. 2017, n°15-18.466 ; Cass. com., 25 oct. 2017, n°16-11.644 ; Cass. com., 28 mars 2018, n°16-20.018

Pas de marque sur l'« iMessage »

CA Paris, 25 septembre 2018, RG n°17/19211

Ce qu'il faut retenir :

L'obtention d'un droit à titre de marque implique que le signe présente un caractère distinctif, qualité refusée à la dénomination « iMessage ».

Pour approfondir :

Le caractère **distinctif** d'un signe est une condition de sa protection à titre de marque, le signe doit être apte à remplir la fonction de la marque d'identifier l'origine des produits et services qu'il désigne. L'article L.711-2 du code de la propriété intellectuelle prévoit que sont dépourvus de caractère distinctif les signes qui sont exclusivement la désignation nécessaire, générique ou usuelle du produit ou du service, ceux pouvant servir à désigner une caractéristique du produit ou du service, et notamment l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, la provenance géographique, l'époque de la production du bien ou de la prestation de service, le texte réservant la possibilité d'acquérir ce caractère par l'usage.

C'est précisément en raison de l'absence de caractère distinctif que le signe « iMessage » pour désigner les produits et services suivants : « *logiciels (programmes enregistrés) ; diffusion de matériel publicitaire (tracts, prospectus, imprimés, échantillons) ; Télécommunications ; informations en matière de télécommunications ; communications par terminaux d'ordinateurs ou par réseau de fibres optiques ; communications radiophoniques ou téléphoniques ; services de radiotéléphonie mobile ; services d'affichage électronique (télécommunications) ; agences de presse ou d'informations (nouvelles) ; émissions radiophoniques ; services de téléconférences ; services de messagerie électronique ; location de temps d'accès à des réseaux informatiques mondiaux ; Evaluations, estimations et recherches dans les domaines scientifique et technologiques rendues par des ingénieurs ; conception et développement de logiciels ; recherche et développement de nouveaux produits pour des tiers ; études de projets techniques ; élaboration (conception), installation, maintenance, mise à jour ou location de logiciels ; programmation pour ordinateur ; services scientifiques et technologiques ainsi que services de recherches et de conception y relatifs ; services d'analyses et de recherches industrielles* », a été refusé à l'enregistrement.

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Belgique - Bolivie - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Îles Vierges Britanniques - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

Le directeur général de l'INPI avait estimé que le signe « *phonétiquement identique à l'expression « e-message », sera compris par le consommateur pertinent comme désignant un message électronique, plus précisément l'objet ou la qualité des produits et services désignés et par là-même leur caractéristique, que le signe déposé ne permet pas de distinguer les produits et services du déposant de ceux d'une autre entreprise et ne remplit donc pas la fonction essentielle de la marque qui est de garantir l'identité d'origine du produit ou du service et qu'il est dépourvu de caractère distinctif* ».

En conséquence, la demande d'enregistrement de la marque avait été rejetée.

La société APPLE a donc formé un recours devant la Cour d'appel (compétente pour statuer sur les recours formés contre les décisions du directeur de l'INPI), à l'appui duquel elle formulait deux arguments :

- tout d'abord, elle avançait que le signe « iMessage » a un caractère intrinsèquement distinctif, faisant partie d'une famille de marques à préfixe « I » déposées et exploitées de manière intensive et jouissant d'une renommée pour les produits et services en cause et étant reconnu par le public pertinent comme faisant partie de cette famille de marques à préfixe « I » et comme identifiant des produits et des services multimédias informatiques et électroniques émanant d'APPLE ;
- ensuite, elle prétendait que le signe a acquis un caractère distinctif par l'usage, en raison de la publicité qui lui a été donnée juste avant et juste après le dépôt, ainsi que de l'intensité de l'usage qui en a été fait très rapidement après ce dépôt.

Par cet arrêt, la Cour approuve l'INPI qui a estimé que le signe sera ainsi aisément compris par le consommateur pertinent, soit le consommateur moyen de la catégorie des produits en cause, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, comme désignant un message transmis par voie électronique, c'est à dire un message envoyé au moyen de réseaux informatiques et notamment d'Internet, et que, de ce fait, le signe ne permet pas de distinguer les produits et les services proposés par la déposante en relation avec l'informatique et les télécommunications de ceux d'autres entreprises, au sens de l'article L.711-1 du code de la propriété intellectuelle.

En outre, le signe « iMessage » peut servir à désigner une caractéristique d'une partie des produits et services visés à l'enregistrement, soit en décrivant l'objet des produits et services soit en définissant le moyen utilisé pour fournir les services et qu'ainsi il est dépourvu de caractère distinctif pour les produits et services en cause au sens de l'article L.711-2 du code de la propriété intellectuelle.

L'argument avancé par APPLE selon lequel le signe appartiendrait à une famille de marques à préfixe « I » ne va pas davantage prospérer. Elle faisait ainsi valoir que ces marques, déposées et exploitées de manière intensive et jouissant d'une renommée à l'échelle planétaire (iPad, iPod, iPhone, iMac, iBooks, iTunes...), de sorte que le public pertinent serait apte à reconnaître le signe « iMessage » comme faisant partie de cette famille de marques ajoutant que toute marque d'APPLE à préfixe « I » est automatiquement reconnaissable comme une indication de l'origine commerciale des produits et services et qu'une marque telle qu'« iMessage » remplit ainsi *ab initio* la fonction essentielle de la marque.

Or, selon la Cour, une partie des marques dont se prévaut la société requérante débutent par un « i » minuscule, différent du « I » majuscule entrant dans la composition du signe contesté, et que seuls quelques documents parmi ceux produits par la requérante font état de la lettre « i » (et non la lettre « I ») comme un signe de reconnaissance de la société APPLE.

Aussi, il n'est pas démontré que la présence, au sein du signe « iMessage », de la lettre « I » en attaque amène le consommateur pertinent à identifier les produits et services couverts par la demande d'enregistrement comme provenant de la société APPLE.

La société APPLE tentait également de justifier de l'acquisition du caractère distinctif du signe litigieux par l'usage qui en avait été fait. Cela nécessite d'établir un usage continu, intense et de longue durée, à titre de marque - c'est à dire pour identifier les produits et services concernés comme provenant d'une entreprise déterminée auprès du public pertinent (en l'espèce le public français).

Le caractère distinctif doit avoir été acquis par l'usage de la marque avant le dépôt de la demande d'enregistrement.

La Cour va considérer que les pièces produites à l'appui de cet argument ne démontrent pas l'usage du signe « iMessage » à titre de marque, ni la capacité d'une partie significative du public pertinent à identifier les produits et services concernés comme provenant de la société APPLE, et approuve la décision de refus d'enregistrement de la marque dès lors que l'usage du signe « iMessage » à la date du dépôt n'était pas suffisamment établi pour compenser l'absence de distinctivité intrinsèque de ce terme.

L'arrêt confirme ainsi que la dénomination « iMessage » ne pouvait constituer une marque valable.

A rapprocher : Article L.711-1 du code de la propriété intellectuelle ; Article L.711-2 du code de la propriété intellectuelle

Action en contrefaçon de droit d'auteur et preuve de la qualité d'auteur

Ord. réf., Président TGI Paris, 24 septembre 2018, n°18/57276

Ce qu'il faut retenir :

La recevabilité de l'action en contrefaçon de droit d'auteur est subordonnée à la preuve de la qualité d'auteur et de la titularité des droits.

Pour approfondir :

Dans cette affaire, le juge des référés était saisi dans le cadre d'une action en contrefaçon de droit d'auteur pour de prétendues atteintes tant aux droits patrimoniaux qu'au droit moral. L'action était exercée par un célèbre artiste designer à l'encontre de la société avec laquelle il avait collaboré pendant plusieurs années une fois que celle-ci eut repris les actifs de la société qu'il avait fondée.

L'action en contrefaçon, en matière de droit d'auteur, suppose d'établir en premier lieu sa qualité pour agir comme pour toute action en justice.

En matière de contrefaçon, cela signifie que la personne qui agit doit être titulaire des droits patrimoniaux si elle fait état d'une atteinte à ceux-ci, et établisse sa qualité d'auteur si elle fait état d'une atteinte au droit moral dès lors que ce droit appartient au seul auteur. Il s'agit là d'une condition de recevabilité de l'action.

Ajoutons que, dans le cadre d'une action en référé, cela doit ressortir avec l'évidence attendue dans ce type de procédure. Or, dans cette affaire, les pièces versées aux débats ne permettaient pas au demandeur de justifier, précisément de sa qualité d'auteur. En outre, il ne justifiait pas davantage de la date de création des œuvres revendiquées. Or, en l'espèce, ce point était d'autant plus essentiel que les parties avaient par le passé été en relations contractuelles et que le contrat organisait la cession des droits de propriété intellectuelle. Egalement, préalablement à la conclusion de ce contrat, elle avait repris l'intégralité des actifs, en ce compris la propriété intellectuelle, de la société dans laquelle l'artiste avait exercé ses activités professionnelles et à laquelle il avait cédé ses droits.

Reprenant des principes constants, le Juge des référés relève dans son ordonnance :

« Il importe donc de déterminer la date et les circonstances de création de chacune des œuvres opposées ... Ce à quoi ne peut se livrer avec l'évidence requise, le juge des référés (...) En l'état, à défaut de date certaine de création des œuvres opposées et eu égard aux incertitudes relatives au périmètre des droits cédés, la titularité de Jean-Charles de Castelbajac sur les dessins qu'il revendique n'est pas établie. L'action en contrefaçon de droit d'auteur, tant patrimonial que moral, est irrecevable ».

A rapprocher : Article 122 du code de procédure civile ; Article L.111-1 du code de la propriété intellectuelle ; Article L.113-1 du code de la propriété intellectuelle

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Belgique - Bolivie - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Îles Vierges Britanniques - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

INTERNATIONAL

**Règlement (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 :
Action paulienne et matière contractuelle
CJUE, 4 octobre 2018, aff. C-337/17**

Ce qu'il faut retenir :

L'action d'un créancier tendant à lui rendre inopposable l'acte de disposition réalisé par son débiteur en fraude de ses droits relève de la « matière contractuelle » au sens du Règlement (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 du Parlement européen et du Conseil de l'UE concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

Pour approfondir :

En l'espèce, une société polonaise F. (agissant en qualité d'investisseur) avait été contrainte de s'acquitter d'une partie des dettes d'une autre société polonaise C. (agissant en qualité d'entrepreneur général) avec laquelle elle avait signé un contrat de travaux de construction dans le cadre d'un projet d'investissement immobilier en Pologne, et ce par application des dispositions du Code civil polonais portant sur les conditions de mise œuvre de la responsabilité solidaire de l'investisseur. La société F. était ainsi devenue créancière de la société C.

Par actes conclus en 2012, la société C. a vendu à une société A., de droit espagnol, un immeuble situé à Szczecin (Pologne), en procédant à la compensation partielle de créances antérieures détenues par la société A. Toutefois, cette dernière restait devoir à la société C. une somme de l'ordre de 260 K €. Ce faisant, en l'absence d'actifs dans le patrimoine de la société C., la société F. a donc engagé une action paulienne à l'encontre de la société A. devant le tribunal régional de Szczecin (Pologne), sur le fondement du Code civil polonais, afin de voir déclaré le contrat de vente litigieux inopposable à son égard, qu'elle estimait avoir été conclu par son débiteur, la société A., en fraude de ses droits.

C'est dans ce contexte que ce tribunal a décidé de surseoir à statuer afin d'interroger la CJUE sur le point de savoir si une action paulienne relève (ou non) de la « matière contractuelle » au sens du règlement

concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

Par exception à la règle générale de la compétence des tribunaux de l'État du défendeur, une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être atraite dans un autre État membre devant la juridiction du lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande ; cette compétence spéciale implique l'existence d'une obligation juridique librement consentie par une personne à l'égard d'une autre et sur laquelle l'action du demandeur se fonde.

Selon l'arrêt commenté, le droit de gage dont dispose la société F. sur le patrimoine de son débiteur ainsi que l'action en inopposabilité de la vente conclue par ce dernier avec un tiers trouvent leur source dans les obligations librement consenties par la société C. à l'égard de la société F., obligations elles-mêmes issues du contrat relatif à ces travaux de construction. Ainsi, selon la Cour de Justice, pour le cas où l'action paulienne est fondée sur des créances nées d'obligations souscrites par la conclusion d'un contrat, il est loisible au titulaire de ces droits d'introduire son action devant la juridiction du « lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande » ; autrement dit celui où, en application de ce contrat, ces travaux ont été effectivement réalisés, soit en l'espèce en Pologne.

La CJUE estime en outre qu'une telle solution répond d'autant plus à l'objectif de prévisibilité des règles de compétence qu'un professionnel ayant conclu un contrat d'achat immobilier peut, lorsqu'un créancier de son cocontractant prétend que ce contrat est réalisé en fraude des droits de ce créancier à l'égard de ce cocontractant, raisonnablement s'attendre à être attrait devant la juridiction du lieu d'exécution de ces obligations.

Cette solution doit être approuvée dans la mesure où elle permet d'éviter au créancier de se trouver contraint d'introduire son action devant la juridiction du domicile du défendeur, ce qui pouvant, le cas échéant, être exempt de tout lien avec le lieu des obligations du débiteur à l'égard de son créancier.

A rapprocher : Règlement (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 du Parlement européen et du Conseil de l'UE concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Belgique - Bolivie - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - États-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Îles Vierges Britanniques - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

ACTUALITÉ SIMON ASSOCIÉS

NOVEMBRE 2018

Congrès de la Franchise et des Réseaux

SIMON ASSOCIÉS est partenaire du 5^{ème} rendez-vous des têtes de réseaux et franchiseurs, organisé par LSA

FRANÇOIS-LUC SIMON et SANDRINE RICHARD interviendront sur le thème :

« *Le juridique comme outil stratégique : un contrat adapté à chaque besoin* »

6 novembre 2018 – Paris

En savoir plus

Échanges entre la France et l'Argentine : aspects juridiques et pièges à éviter

Petit-déjeuner conférence organisé par SIMON ASSOCIÉS et PATELIN CONSEIL

9 novembre 2018 – Paris

En savoir plus – S'inscrire

Cocktail A 2 Pas du Palais

SIMON ASSOCIÉS, INLEX IP EXPERTISE, LINKAPITAL et TERRITOIRES & MARKETING organisent un cocktail

après la première journée du MAPIC

14 novembre 2018 – Cave 1862 Wines & Spirits, Cannes

En savoir plus

Le délégué à la protection des données : profil, missions et ressources

Petit-déjeuner entreprises organisé par SIMON ASSOCIÉS et ZIWIT

23 novembre 2018 – Montpellier

En savoir plus et s'inscrire

L'Officiel des Réseaux

L'Officiel des Réseaux est le seul support dédié à 100 % aux décideurs des réseaux de franchises, retail et distribution.

Consulter le dernier numéro – Recevoir le dernier numéro par mail

■ Paris - Nantes - Montpellier - Lyon - Fort-de-France ■

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

■ Algérie - Argentine - Arménie - Azerbaïdjan - Bahamas - Bahreïn - Belgique - Bolivie - Brésil - Bulgarie - Cambodge - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie -

Corée du Sud - Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Îles Vierges

Britanniques - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - République Dominicaine - Sénégal

Singapour - Thaïlande - Tunisie - Uruguay - Venezuela ■