SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

SOMMAIRE

DISTRIBUTION

Poursuite du contrat de franchise et *intuitu personae* p. 2
Tour d'horizon

Résiliation d'un contrat sans mise en demeure et sans application de la clause résolutoire p. 6
Cass. com., 9 juillet 2019, n°18-14.029

Simplification du régime de la cession de fonds de commerce p. 7
Loi n°2019-744 du 19 juillet 2019

Mise en location-gérance et suppression du délai d'exploitation de 2 ans p. 9
Loi n°2019-744 du 19 juillet 2019

Difficultés du franchisé et rôle du franchiseur p. 10
CA Limoges, 9 juillet 2019, RG n°17/00909

L'exclusivité d'activité du franchisé p. 11
Conseils pratiques

CONCURRENCE & CONSOMMATION

Quelle durée pour un approvisionnement exclusif ? p. 12
Tour d'horizon

Franchise participative et restriction de concurrence p. 14
TC Lyon, 4 juillet 2019, RG n°2018J00298

Conventions fournisseurs-distributeurs p. 15
Les nouvelles règles à intégrer

Absence d'entente malgré des comportements parallèles de refus de contracter dans le secteur du commerce électronique p. 17
Décision de l'Autorité de la concurrence n°19-D-18 du 31 juillet 2019

Refus de renouvellement d'agrément dans un réseau de distribution sélective p. 19
CA Paris, 31 juillet 2019, n°16/20683

L'objet principal du contrat échappe à l'appréciation du caractère abusif d'une clause p. 20
Cass. com., 4 juillet 2019, n°18-10.077

PROPRIETE INTELLECTUELLE & NOUVELLES TECHNOLOGIES

Le cybercommerçant qui intègre un bouton « j'aime » de Facebook sur son site internet est un responsable conjoint de traitement p. 21
CJUE, 2ème ch., 29 juillet 2019, *Fashion ID GmbH & Co. KG / Verbraucherzentrale NRW eV, Facebook Ireland Ltd et autre*

Contrefaçon sur internet et protection des données personnelles : le caractère licite de la collecte des données des présumés contrefacteurs est le préalable incontournable p. 22
TGI Paris, ordonnance de référé du 2 août 2019, *Mile High Distribution / Orange*

IMMOBILIER - CONSTRUCTION - URBANISME

Nouveau cas de régularisation en cours d'instance d'un vice affectant la procédure suivie devant la CNAC p. 23
CAA Bordeaux, 11 juillet 2019, *société Issoudun Distribution*, req. n°17BX03415

Absence de mention sur le procès-verbal du nom du copropriétaire opposant p. 24
Cass. civ. 3ème, 11 juillet 2019, n°18-18.615

Bail commercial et désamiantage : étendue de la responsabilité du preneur en cas d'incendie p. 25
Cass. civ. 3ème, 11 juillet 2019, n°18-15.424

Saisie immobilière et vente d'un bien occupé : indemnité d'occupation due à compter du jugement d'adjudication p. 26
Cass. civ. 2ème, 6 juin 2019, n°18-12.353

INTERNATIONAL

Accord économique et commercial global (AECG ou CETA – *Comprehensive Economic Trade Agreement*) p. 27
Ratification en 1ère lecture par l'Assemblée nationale le 23 juillet 2019

ACTUALITÉ SIMON ASSOCIÉS p. 31

PARIS - NANTES
MONTPELLIER - LYON
PERPIGNAN

Bureaux intégrés

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

Réseau SIMON Avocats

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

Conventions transnationales

www.simonassocies.com
www.lettredesreseaux.com

DISTRIBUTION

Poursuite du contrat de franchise et *intuitu personae*
Tour d'horizon

Ce qu'il faut retenir :

La jurisprudence de la Cour de cassation nous semble parfaitement claire, logique et cohérente sur la question de l'*intuitu personae* dans les contrats de franchise, ce qui nous conduit à envisager trois séries d'hypothèses.

***Primo*, en cas de changement de la personnalité morale du franchiseur (ou du franchisé), notamment lorsque le franchiseur (ou le franchisé) est absorbé par suite d'une fusion-absorption ou lorsque le franchiseur (ou le franchisé) a cédé le contrat à un tiers, la poursuite du contrat de franchise doit être soumise à l'accord du cocontractant ; cet accord peut valablement être donné par avance dans le contrat de franchise lui-même.**

***Secundo*, en l'absence de tout changement de la personnalité morale du franchiseur (ou du franchisé), notamment en cas de modification du capital social du franchiseur (ou du franchisé), le principe susvisé s'inverse : l'accord du cocontractant ne saurait être requis ; ce principe connaît une exception lorsque le contrat de franchise comporte une clause y dérogeant, par exemple en prévoyant de mettre fin à la relation contractuelle en cas de changement de contrôle au sein de la société franchiseur.**

***Tertio*, selon nous, reste indifférente la circonstance que le contrat de franchise comporte une telle clause tout en permettant la résiliation du contrat de franchise en cas de changement de contrôle au sein de la société franchisée.**

Pour approfondir :

1. Situations. – La place qu'occupe l'*intuitu personae* dans les problématiques liées à la circulation du contrat de franchise conduit à distinguer deux grandes familles d'hypothèses : celles où la personnalité morale de l'un des contractants change **(I°)**, puis celles où la personnalité morale des contractants demeure inchangée **(II°).** L'hypothèse de la clause d'*intuitu personae* dite « unilatérale » doit être envisagée distinctement enfin **(III°).**

I°/ En cas de changement de la personnalité morale du franchiseur (ou du franchisé), la poursuite du contrat de franchise doit être soumise à l'accord du cocontractant, lequel peut être donné par avance dans le contrat de franchise

2. Hypothèse. – L'hypothèse envisagée concerne ici tous les cas dans lesquels la personnalité morale de l'un des contractants change. Tel est le cas notamment lorsque le franchiseur (ou le franchisé) disparaît en raison d'une fusion-absorption, ou lorsque son activité fait l'objet d'un apport partiel d'actifs, ou encore lorsque le franchiseur (ou le franchisé) cède le contrat de franchise.

3. Fusion. – Depuis un arrêt de principe, rendu au visa de l'article 1844-4 du Code civil (Cass. com., 3 juin 2008, n°06-18.007, Bull. IV, n°111), et abondamment commentée, la Cour de cassation retient que « ***le contrat de franchise, conclu en considération de la personne*** *du franchiseur, ne peut être transmis par fusion-absorption à une société tierce, qu'avec l'accord du franchisé ».*

4. Apport partiel d'actifs. – Depuis un autre arrêt de principe, rendu (le même jour) au visa des articles 1134 du Code civil et L.236-3 et L.236-22 du Code de commerce (Cass. com., 3 juin 2008, n°06-13.761, Bull. IV, n°110), lui-même abondamment commentée, la Cour de cassation retient que *« le contrat de franchise, conclu en considération de la personne du franchiseur, ne peut, sauf accord du franchisé, être transmis par l'effet d'un apport partiel d'actif placé sous le régime des scissions ».*

Dans la même affaire, la Cour de cassation, statuant sur renvoi après cassation, devait retenir une solution analogue quelques années plus tard : *« Mais attendu, d'une part, qu'ayant retenu qu'en raison du caractère "intuitu personae" du contrat de franchise conclu par la société Sodico, celui-ci ne faisait pas partie des contrats transférés de plein droit aux sociétés Prodim et CSF au titre des apports partiels d'actifs, la cour d'appel qui a ainsi répondu en les écartant aux conclusions invoquées, a satisfait aux exigences du texte suscité »* (Cass. com., 12 octobre 2010, n°09-70.116).

Cette solution a logiquement été consacrée dans d'autres contentieux, par la Cour de cassation (Cass. com., 7 janvier 2014, n°10-18.319 ; Cass. com., 24 novembre 2009, n°08-16.428 ; Cass. civ. 2ème, 5 mars 2009, n°08-10.008) et les juridictions du fond (v. par ex., CA Versailles, 12ème chambre, 18 mars 2010, n°09/02750).

5. Cession du contrat de franchise. – Toute cession de contrat de franchise suppose l`accord du cédé, peu important à cet égard que le contrat objet de la cession ait été conclu *intuitu personae* (Cass. com., 31 janvier 2012, n°10-27.603). Subordonner la validité de la cession d'un contrat à l'absence de caractère *intuitu personae*, comme on le voit dans le raisonnement adopté par certains plaideurs, constitue donc une erreur puisque – sauf cas contraire prévu par la loi – l'accord du cédé est nécessairement requis. Or, en matière de contrat de franchise, faute de loi en ce sens, l'accord du cédé est toujours requis (qu'il s'agisse du franchiseur s'agissant d'une cession réalisée par le franchisé ou – à l'inverse – du franchisé s'agissant d'une cession réalisée par le franchiseur).

Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations – applicable à tous les contrats conclus depuis le 1er octobre 2016 – la cession du contrat est organisée par les articles 1216 à 1216-3 du Code civil. Ces textes sont évidemment applicables à la cession du contrat de franchise.

6. Accord du cocontractant. – Comme on vient de le voir (§§. 3 à 5), quel que soit le cas de figure considéré – fusion-absorption, apport partiel d'actifs, ou cession du contrat de franchise – l'accord du cocontractant est requis.

S'agissant de cet accord, quatre observations doivent être formulées.

Primo, la preuve de cet accord incombe à celui qui s'en prévaut, conformément au droit commun de la preuve (CPC, art. 9 : *« Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention »*).

Secundo, l'accord du cocontractant peut intervenir au cours de l'une des trois phases suivantes :

- *a priori*, dans le contrat de franchise lui-même ; c'est de loin la solution que nous préconisons.
- concomitamment à l'opération,
- *a posteriori*, par l'exécution du contrat de franchise ; aussi, la jurisprudence retient-elle qu'en exécutant le contrat de franchise à l'égard du cessionnaire du contrat, le cocontractant cédé donne valablement son consentement à la cession (v. en présence d'un contrat de franchise : CA Montpellier, 5 septembre 2017, n°15/04903 – v. pour d'autres types de contrats : Cass. com., 11 mai 2017, n°15-15.867 [cession de contrat de location de matériel informatique] ; Cass. com., 14 sept. 2010, n°09-13.508 [cession d'un contrat de concession] ; Cass. com., 6 juill. 1999, n°96-20.495 [cession d'un contrat de distribution exclusive]).

Aussi, la cour d'appel de Lyon (CA Lyon, ch. civ. 3ème, sect A., 19 janvier 2010, n°08/08929) a-t-elle indiqué, de manière parfaitement didactique, que *« la cession de contrat est possible dès lors que le cédé a donné son accord soit par avance, au moyen d'une clause de substitution figurant dans le contrat, soit au moment de la cession, soit ultérieurement »* (**v. sur la jurisprudence, F.-L. Simon, *Cession du contrat de distribution et consentement du cédé*, LDR 6 mars 2018**).

Tertio, la charge de la preuve de l'accord du cocontractant, qui incombe à celui qui l'invoque, peut être rapportée au besoin par tous moyens.

Quarto, quant à l'éventuelle clause d'*intuitu personae* incluse dans le contrat de franchise, elle peut être interprétée par le juge, s'agirait-il du juge des référés (Cass. com., 23 avril 2003, n°00-12.167), et peut être écartée en cas d'abus (CA Rennes, 7 mars 2005, inédit).

II°/ En l'absence de tout changement de la personnalité morale du franchiseur (ou du franchisé), l'accord du cocontractant n'est pas requis ; ce principe connaît une exception lorsque le contrat de franchise comporte une clause mettant fin au contrat de franchise en cas de changement de contrôle au sein du capital social du franchiseur (ou du franchisé)

7. Hypothèse. – L'hypothèse envisagée concerne tous les cas dans lesquels la personnalité morale des contractants est inchangée. Tel est le cas notamment lorsque l'un des contractants fait l'objet d'un changement qui survient au sein de sa direction (par exemple un changement de gérant) ou de la répartition de son capital social (par exemple un changement de contrôle). Or, ici, le changement qui affecte la société franchiseur (ou la société franchisée) est sans effet sur la poursuite du contrat de franchise, sauf clause contraire.

8. Juridictions du fond. – Ce principe et cette exception sont, comme on va le voir, le reflet du droit positif. A cet égard, on ne résistera pas à la tentation de citer le jugement rendu le 9 mars 2012 par le tribunal de commerce de Lyon (TC Lyon, 9 mars 2012, RG n°2011J2224) qui rayonne par la clarté de sa motivation :

> « *Attendu […] que si la société C… a bien fait l'objet d'un changement de contrôle, celui-ci était possible au regard de son contrat de franchise. Attendu qu'en l'espèce, la cession du contrôle d'une société n'affecte pas l'intuitu personae, les personnalités morales jouant leur rôle normal d'écran.*
>
> *Attendu alors, que le changement de contrôle qui affecte la société C… est sans effet sur le caractère intuitu personae du contrat, sauf clause contraire mentionnée dans le contrat de franchise. Attendu alors, que le Tribunal constatera que faute d'une clause interdisant expressément tout changement de contrôle au sein du capital social du franchiseur, les sociétés [franchisées] ne peuvent sérieusement invoquer une modification de l'intuitu personae liée à la prise de contrôle de la société C…par la société A…et rejettera alors leurs arguments à ce titre* » (souligné par nous).

Les décisions analogues rendues par les juridictions du fond abondent (v. par ex. : CA Lyon, 27 octobre 2016, n° 15/05204, et en première instance : TC Lyon, 12 juin 2015, n°2014J01221, et **notre commentaire : LDR, 29 juin 2015** ; CA Paris, 1er décembre 2010, Pôle 5 – chambre 1, n°09/05624 ; CA Riom, 9 mars 2005, n°03/02932).

9. Cour de cassation. – Le principe d'autonomie de la personne morale prévalant, la rupture d'un contrat avant échéance ne peut être justifiée par la cession de la totalité des parts ou actions d'une société, ou le changement de ses dirigeants, faute de stipulation particulière du contrat l'autorisant (Cass. com., 29 janvier 2013, n°10-27.603, Bull. civ. IV, n°19, et **pour un commentaire : S. Richard, LDR, 1er avril 2013** ; Cass. civ. 1ère, 5 avril 2012, n°11-12.285).

10. Doctrine. – Il n'est donc pas étonnant que cette solution soit approuvée par la doctrine qui, sur ce point, indique en effet : « *En principe, la cession du contrôle d'une société n'affecte pas l'intuitu personae, la personnalité morale jouant son rôle normal d'écran, sauf clause expresse en sens contraire, le transformant en intuitu socii* » (Ph. Le Tourneau, Juris-Classeur, 1er juillet 2011, Contrats-Distribution, Fascicule n°1050, §.172 ; v. aussi, C. Prieto, *La société contractante,* PUAM, 1994, n° 705 ; v. aussi : *Evénements affectant la personne de la société contractante, in La cessation des relations contractuelles d'affaires,* PUAM 1997, p. 81 - D. Mainguy, *Cession de contrôle et sort des contrats de la société cédée,* Rev. Soc. 1996, p. 17 - J. Mestre, *La spécificité juridique des contrats conclus par les sociétés,* RDC 2004, n° 1, p. 41).

III/ Le contrat de franchise peut comporter une clause par laquelle il est mis fin à la relation contractuelle en cas de changement de la personnalité morale de la société franchisée ou de contrôle au sein du capital social de la société franchisée

11. Positionnement du problème. – Se pose la question de savoir si la clause d'*intuitu personae* dite « unilatérale » est susceptible de relever de la notion de déséquilibre significatif, prévu à l'article L.442-1, I, 2° du Code de commerce (anciennement l'article L.442-6, I, 2° du même code).

12. Unilatéralité et absence de déséquilibre significatif. – La faculté offerte à une seule des parties contractantes est souvent admise en jurisprudence ; on songe notamment à la clause résolutoire permettant au franchiseur de résilier le contrat de franchise après envoi d'une mise en demeure de payer les redevances, sans qu'une disposition analogue en sens inverse n'existe en l'absence de reversement par le franchiseur des frais d'inscription revenant au franchisé (CA Paris, 3 mai 2017, n°12/23530), la clause de résiliation unilatérale reposant sur des objectifs de vente essentiels pour un contractant qui avait accordé une exclusivité à son partenaire (CA Paris, 8 oct. 2015, n°13/22006), à la clause pénale (CA Paris, 3 avril 2015, n°13/07413).

13. Clause d'*intuitu personae* dite « unilatérale » et absence de déséquilibre significatif. – Le caractère unilatéral d'une clause d'*intuitu personae* n'a jamais été retenu en jurisprudence comme constituant un déséquilibre significatif.

Tout au contraire, selon une première décision (CA Paris, 21 octobre 2011, n°10/12570), un preneur-cédé se prévaut d'un déséquilibre significatif tenant selon lui à la faculté conférée au seul bailleur de céder son contrat. Un tel argument est rejeté au motif que, d'une part, le bail litigieux est un contrat de crédit qui, à ce titre, présente pour le bailleur un *intuitu personae* justifiant l'incessibilité par le preneur, pour lequel la personne du bailleur est indifférente et, d'autre part, aucune autre clause n'est invoquée au soutien de la thèse du déséquilibre significatif.

Selon une deuxième décision (CA Paris, 2 avril 2015, n°13/17628), la cour d'appel de Paris, dans le cadre d'un contrat de franchise, a ainsi jugé que :

> « *Considérant qu'aux termes de l'article 9 du contrat, celui-ci a été conclu « en considération de la personne de Mme Monique Satre et des garanties que MS Conseil présente. Son transfert, à des tiers à quelque titre que ce soit, ou le recours à des sous-traitants, sera soumis à l'accord exprès et préalable de Casino. A contrario, le présent contrat n'est pas, à l'égard de Casino, conclu « intuitu personae » ; Considérant que le contrat ayant dès lors été conclu intuitu personae, il est pleinement justifié que la société Distribution Casino France ait souhaité que le contrat soit exécuté par la société MS Conseil avec laquelle elle avait décidé de contracter, sauf à donner son accord au transfert de ce contrat ou au recours à la sous-traitance ; que le fait que les parties n'aient pas prévu de stipulation équivalente à l'égard de la société Distribution Casino France est sans effet ; Considérant que des constatations qui précèdent, il résulte que les clauses ci-dessus ne peuvent, ni séparément ni ensemble, être considérées comme créant, au détriment de la société MS Conseil, un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ; que la société MS Conseil sera donc déboutée de sa demande et que le jugement sera confirmé* ».

14. Fédération Française de la Franchise. – La Fédération Française de la Franchise indique sur ce point précis que :

> *« La plupart des contrats de franchise contiennent une clause d'intuitu personae au bénéfice du seul franchiseur (clause d'intuitu personae dite « unilatérale »). Cette clause se justifie par le fait que ce dernier a accepté de confier l'exploitation de son concept à une personne dont il a pu précisément juger les aptitudes, la personnalité, le parcours professionnel, le financement… L'intérêt de cette clause, et de son corollaire, la clause d'agrément, est pour le franchiseur de choisir le successeur de son franchisé afin de s'assurer qu'il présente les qualités requises pour devenir franchisé du réseau. Une fois agréé, le successeur devra ensuite évidemment respecter les termes du contrat de franchise. La CJCE dans l'arrêt PRONUPTIA a validé ce dispositif considérant que « l'interdiction pour le franchisé de céder les droits et obligations résultant du contrat sans l'accord du franchiseur sauvegarde le droit pour celui-ci de choisir librement les franchisés dont les qualifications professionnelles sont une condition pour établir et préserver la réputation du réseau » (§20) (soulignements ajoutés). A l'inverse, le franchisé a lui fait le choix de rejoindre le réseau du franchiseur, non en considération de la personnalité des dirigeants personnes physiques, mais du concept de franchise, de la notoriété de la marque, de la solidité de la tête de réseau, des perspectives de développement de l'enseigne, etc. On parle ici d'intuitu « firmae ». Dès lors, le franchiseur pourra céder ou fusionner son réseau sans avoir à recueillir l'accord préalable de tous les franchisés, mais restera évidemment tenu de respecter l'ensemble de ses engagements contractuels à leur égard. Ces clauses d'intuitu personae et d'agrément sont stipulées non seulement dans l'intérêt du franchiseur mais également dans celui du réseau. Elles permettent en effet de s'assurer que l'ensemble des franchisés du réseau ont les aptitudes pour exploiter le concept avec succès »* (**Site internet FFF : Les fondamentaux juridiques de la franchise**).

15. Doctrine. – De même, Monsieur Ewann Kergelen, ancien inspecteur de la DGCCRF et actuellement rapporteur à l'Autorité de la concurrence dans son Ouvrage : « *Les pratiques restrictives – L'application de l'article L.442-6 du Code de commerce au travers de la jurisprudence* », rappelle que la réciprocité n'est pas une référence absolue si elle se justifie par la nature du contrat. Il cite pour exemple le caractère non bilatéral d'une clause de cession de contrat dans un contrat de crédit-bail (CA Paris, 21 octobre 2011, RG n°10/12570, préc.).

A rapprocher : CA Limoges, 28 janvier 2019, n°17/01340

Résiliation d'un contrat sans mise en demeure et sans application de la clause résolutoire
Cass. com., 9 juillet 2019, n°18-14.029

Ce qu'il faut retenir :

La résiliation d'un contrat sans mise en demeure préalable par l'une des parties au contrat est justifiée par le comportement gravement fautif de son cocontractant. L'auteur de la résiliation n'est pas tenu de caractériser une situation d'urgence, ni de respecter la procédure particulière prévue par la clause résolutoire du contrat.

Pour approfondir :

Dans un précédent article, nous commentions la décision rendue par la cour d'appel de Versailles qui a donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation aujourd'hui examiné (CA Versailles, 28 novembre 2017, n°16/04524, et notre commentaire sous LDR 6 mars 2018 : *Résiliation unilatérale du contrat pour manquement grave indépendamment du contenu de la clause résolutoire*). La cour d'appel de Versailles avait donné raison au franchiseur dans un cas de **résiliation** du contrat par notification et à ses risques et périls (donc sans avoir mis en application une clause résolutoire ni attendu qu'un juge ne prononce la résolution judiciaire du contrat) pour manquement grave de son franchisé, ce alors même que le **contrat de franchise** en cause prévoyait une **clause résolutoire** exigeant l'envoi d'une mise en demeure préalable.

Insatisfait de cette décision, la société franchisée a formé un pourvoi en cassation. Celle-ci soutenait notamment que la cour d'appel aurait dû :

- constater l'envoi d'une mise en demeure, ou à défaut, caractériser une situation d'urgence pour dire bien fondée la résiliation unilatérale du contrat par la société franchisée et,
- à titre subsidiaire, la procédure prévue par la clause résolutoire stipulée au contrat aurait dû être suivie par le franchiseur.

Par arrêt du 9 juillet 2019 (n°18-14.029), la chambre commerciale ne suit pas le raisonnement de la société franchisée et confirme ainsi la position des juges du fonds. La Haute cour rejette le pourvoi formé par la société franchisée au motif suivant :

« *Mais attendu, d'une part, que la cour d'appel a exactement retenu que la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de manière unilatérale à ses risques et périls, sans être tenue de mettre préalablement son cocontractant en demeure de respecter ses obligations ni de caractériser une situation d'urgence ;*

Attendu, d'autre part, qu'ayant relevé que la société Grandvision n'avait pas invoqué la clause résolutoire stipulée au contrat, mais s'était prévalue de la faculté de résiliation unilatérale du contrat pour manquement grave telle que définie par la jurisprudence, la cour d'appel en a déduit, à bon droit, que cette société n'était pas tenue de respecter les modalités formelles de résiliation contractuelle ».

La Haute cour répond ainsi successivement aux deux branches de l'argumentaire développé par la société franchisée, en énonçant successivement :

1. qu'il n'est pas nécessaire de caractériser une situation d'urgence de nature à justifier le choix du cocontractant de prononcer une résiliation unilatérale du contrat de franchise pour manquement du franchisé sans mise en demeure préalable.
2. que, en cas de manquement grave du franchisé, le franchiseur n'est pas tenu de suivre la procédure de résiliation unilatérale prévue au contrat.

S'agissant de l'exigence d'une mise en demeure préalable, il convient de noter que la solution n'aurait pas été la même selon la date de conclusion (ou de renouvellement) du contrat :

- depuis 1998 et l'arrêt de principe Tocqueville rendu par la Cour de cassation le 13 octobre 1998, une partie peut toujours résoudre un contrat pour manquement grave de son cocontractant ;
- par la suite, cette faculté de résiliation pour manquement grave a été précisée par la jurisprudence (avec ce que la jurisprudence comprend d'instable). C'est le cas de notre décision du 9 juillet 2019 qui précise (i) qu'une urgence n'est pas nécessaire et (ii) que l'existence d'une clause résolutoire n'exclue pas le droit de résiliation par notification pour manquement grave.

- depuis la réforme du droit des contrats (Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016), applicable aux contrats conclus ou renouvelés à compter du 1er octobre 2016, cette faculté de résiliation par notification a été strictement encadrée, parfois en revenant sur les acquis jurisprudentiels.

En effet, depuis la grande réforme du droit des contrats (qui a modifié substantiellement le Code civil), un contrat peut être résilié, soit en mettant en œuvre la clause résolutoire, soit en sollicitant la résolution judiciaire, soit en choisissant la résolution unilatérale à ses risques et périls. L'idée selon laquelle ce droit d'option subsiste même en la présence d'une clause résolutoire prévoyant des modalités conventionnelles de rupture précises, avait déjà été admise à plusieurs reprises par la chambre commerciale (v., en ce sens, M. Mekki, Dalloz, 2019, p. 279 ; Cass. com., 20 octobre 2015, n°14-20.416 ; CA Versailles, 28 novembre 2017, n°16/04524) et est confirmée dans l'arrêt commenté.

Toutefois, il convient de souligner que depuis cette réforme, même en cas de résiliation pour manquement grave, l'urgence est requise afin de pouvoir s'abstenir de mettre en demeure préalablement le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable, à moins que l'inexécution ne soit irrémédiable (v., en ce sens C. Grimaldi, *Clause résolutoire et résolution unilatérale*, RDC 2018, n°114, p.71). L'article 1226 du Code civil, qui prévoit la résolution unilatérale du contrat en cas d'inexécution suffisamment grave, précise en effet que « *[l]e créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification.* ***Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure*** *le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable.* »

Il en résulte qu'en présence d'un contrat conclu après l'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats, une solution différente de celle du présent arrêt commenté devrait être retenue : l'urgence devra être démontrée afin de justifier de l'absence de mise en demeure préalable du débiteur.

S'agissant par ailleurs de la gravité des manquements pouvant justifier une résiliation unilatérale, celle-ci fait l'objet de l'appréciation souveraine des juges du fonds, qui ne peut être remise en cause en cassation.

Les griefs du demandeur au pourvoi, qui conteste la gravité de ses manquements, sont donc écartés par la Cour de cassation, qui précise logiquement « *qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le moyen, pris en ses troisième et quatrième branches, qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation* ».

Ceci étant précisé, s'agissant de la question de l'appréciation de la gravité des manquements par les juges, il sera conseillé de se rapporter à la jurisprudence en matière de résolution judiciaire, offrant un panel d'illustration de manquements jugés suffisamment graves pour justifier une telle résolution.

En l'espèce, les manquements du franchisé, spécialisé dans le domaine de l'optique, consistaient notamment en des pratiques mises en place afin d'obtenir des remboursements indus de la part des mutuelles complémentaires, de sorte que le sujet de la gravité des manquements n'aurait de toute façon pas vraiment fait débat…

En définitive, il convient aux praticiens d'être vigilants, tant s'agissant de la rédaction de contrat (en encadrant toutes les possibilités de résiliation du contrat : judiciaire, par application d'une clause résolutoire, par notification pour manquement grave), que s'agissant de la mise en œuvre de la faculté de résiliation par notification pour manquement grave (en agissant vite pour prouver l'urgence et ainsi éviter l'envoi d'une mise en demeure préalable).

A rapprocher : CA Versailles, 28 novembre 2017, n°16/04524, et notre commentaire sous LDR 6 mars 2018

Simplification du régime de la cession de fonds de commerce

Loi n°2019-744 du 19 juillet 2019

Ce qu'il faut retenir :

La loi du 19 juillet 2019 a abrogé l'article L.141-1 du Code de commerce qui imposait à peine de nullité de l'acte de vente des énonciations obligatoires dans l'acte de cession d'un fonds de commerce.

Pour approfondir :

Issu de la loi du 29 juin 1935 relative au règlement du prix de vente des fonds de commerce, **l'article L.141-1 du Code de commerce** obligeait le vendeur à formuler les énonciations suivantes dans l'acte de cession de fonds de commerce :

> « *1° Le nom du précédent vendeur, la date et la nature de son acte d'acquisition et le prix de cette acquisition pour les éléments incorporels, les marchandises et le matériel ;*
>
> *2° L'état des privilèges et nantissements grevant le fonds ;*
>
> *3° Le chiffre d'affaires qu'il a réalisé durant les trois exercices comptables précédant celui de la vente, ce nombre étant réduit à la durée de la possession du fonds si elle a été inférieure à trois ans ;*
>
> *4° Les résultats d'exploitation réalisés pendant le même temps ;*
>
> *5° Le bail, sa date, sa durée, le nom et l'adresse du bailleur et du cédant, s'il y a lieu.* »

Le paragraphe II de l'article L.141-1 du Code de commerce disposait que l'omission des énonciations ci-dessus prescrites pouvait, sur la demande de l'acquéreur formée dans l'année, entraîner la nullité de l'acte de vente.

Désormais, depuis le 21 juillet 2019, lendemain de la promulgation de la loi n°2019-744 du 19 juillet 2019 de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés, les dispositions de l'article L.141-1 du Code de commerce sont abrogées dans leur intégralité.

Pour autant, cela ne signifie pas que le vendeur de fonds de commerce n'est plus tenu de fournir les informations ci-dessus pour que la cession soit valable.

En effet, **l'article 1112-1 du Code civil** s'applique obligatoirement à tout contrat, or il institue une obligation précontractuelle d'information à la charge du vendeur puisqu'il dispose :

> « *Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.*
>
> *Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.*
>
> *Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.*
>
> *Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.*
>
> *Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir.*
>
> *Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants.* »

Par conséquent, le vendeur reste tenu à peine de nullité de la cession de fournir à l'acheteur les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties, soient les informations suivantes :

- la preuve de la propriété du fonds de commerce,
- l'état des privilèges et nantissements grevant le fonds,
- les informations relatives au bail commercial,
- les informations relatives aux salariés transférés,
- les informations relatives aux actifs cédés,
- les informations relatives aux contrats repris.

A la différence de l'ancien régime de l'article L.141-1 du Code de commerce, ces informations ne devront pas nécessairement être énoncées dans l'acte de cession mais le vendeur devra néanmoins être en mesure de démontrer qu'il a bien fourni ces éléments préalablement à la conclusion de la cession.

A défaut, l'acte de cession pourra être annulé à la demande de l'acheteur si ce dernier démontre avoir subi un vice de son consentement du fait du manquement du vendeur à son obligation d'information.

En application du droit commun des obligations, la nullité de la cession de fonds de commerce pourra être demandée par l'acheteur dans un délai de 5 ans à compter de la découverte du vice ; le délai pendant lequel la validité de l'acte de cession peut être remise en cause du fait du défaut de fourniture d'une information essentielle se trouve donc rallongé par rapport à l'ancien régime.

En pratique, la fourniture par le vendeur des informations ci-dessus pourra être contractualisée dans la promesse de cession de fonds de commerce comme une condition suspensive de la cession.

A rapprocher : Cession du fonds de commerce

Mise en location-gérance et suppression du délai d'exploitation de 2 ans
Loi n°2019-744 du 19 juillet 2019

Ce qu'il faut retenir :

La loi n°2019-744 du 19 juillet 2019 de « *simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés* » a abrogé l'article L.144-3 du Code de commerce imposant à toute personne physique ou morale d'avoir exploité pendant deux années au moins son fonds de commerce avant de le mettre en location-gérance.

Pour approfondir :

La **location-gérance (aussi appelée « gérance-libre »)** est le contrat par lequel le propriétaire ou l'exploitant d'un fonds de commerce en concède totalement ou partiellement la location à un gérant qui l'exploite à ses risques et périls (article L.144-1 du Code de commerce). La location-gérance est régie par les articles L.144-1 à L.144-13 du Code de commerce.

Depuis 1956, la Loi imposait aux personnes désireuses de placer leur fonds en location-gérance d'avoir exploité le fonds en question pendant au moins 2 années. Cette condition d'exploitation minimum de 2 ans était encore, il y a peu, imposée par l'article L.144-3 du Code de commerce et sanctionnée par la nullité absolue du contrat (Cass. com., 13 septembre 2017, n°16-15.049, et **notre commentaire sous LDR 30 mars 2018**).

Cette condition préalable à la mise en location-gérance connaissait cependant deux principales exceptions :

- selon l'article L.144-4 du Code de commerce, le délai d'exploitation de 2 ans pouvait être supprimé ou réduit sur requête de l'intéressé présentée devant le Président du TGI.

  Les fondements d'une telle requête étaient variés. Bien que l'article L.144-4 visait un seul exemple (l'impossibilité d'exploiter le fonds personnellement ou par l'intermédiaire d'un préposé), l'adverbe « notamment » laissait bien entendre que toute (autre) justification sérieuse pouvait permettre de se soustraire à l'exigence d'une exploitation minimum de 2 ans.

- selon l'article L.144-5 du Code de commerce, certaines personnes n'étaient pas soumises au respect du délai d'exploitation minimum de 2 ans (Etat, collectivités publiques, etc.).

L'article n°2 de la loi n°2019-744 du 19 juillet 2019 de « *simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés* », comme son nom ne l'indique pas forcément, a modifié le régime applicable à la location-gérance en supprimant ces articles L.144-3 à L.144-5 (et en adaptant la rédaction d'autres articles qui renvoyaient à cette exigence de l'exploitation minimum de 2 ans, tels que les articles L.144-8 du Code de commerce sur les contrats de location-gérance passés par des mandataires de justice et L.642-14 du même code sur la cession d'entreprise).

La loi du 19 juillet 2019, publiée au Journal officiel de la République française du 20 juillet 2019, est entrée en vigueur le lendemain de cette publication de sorte que tout contrat de location-gérance conclu à compter du 21 juillet 2019 n'encourt plus la nullité pour défaut d'exploitation du fonds par le bailleur pendant 2 ans au moins avant sa mise en location-gérance.

L'objectif recherché est de simplifier et faciliter le recours à la location-gérance du fonds de commerce.

C'est au demeurant un objectif efficacement poursuivi ces dernières années puisque :

- en 2004, l'exigence imposée au bailleur du fonds d'avoir été commerçant pendant sept années ou d'avoir exercé pendant une durée équivalente les fonctions de gérant ou de directeur commercial ou technique avait été supprimée (cette exigence était d'ailleurs posée à cet article L.144-3 du Code de commerce, article réduit à l'époque et totalement supprimé aujourd'hui) ;
- en 2016, la durée de la responsabilité solidaire entre le bailleur et le locataire gérant a été réduite : désormais, le bailleur cesse d'être responsable solidairement des dettes contractées par le locataire gérant dès la publication du contrat de location-gérance alors qu'avant il l'était jusqu'à 6 mois après la publication du contrat (modification de l'article L.144-7 du Code de commerce).

A noter enfin que cette suppression de l'exigence d'une exploitation minimum de 2 ans ne permet pas de mettre en location-gérance un fonds qui n'aurait pas du tout été exploité : la mise en location-gérance suppose toujours la mise à disposition d'une clientèle certaine, réelle, actuelle, indépendante et propre au fonds de commerce. Sans clientèle attachée au fonds, pas de fonds de commerce, donc pas de location-gérance, ainsi que cela a notamment été rappelé par le Rapport n°657 de la commission des lois du 1er juin 2016.

A rapprocher : Article L.144-7 du Code de commerce ; Rapport n°657 de la commission des lois du 1er juin 2016

Difficultés du franchisé et rôle du franchiseur
CA Limoges, 9 juillet 2019, RG n°17/00909

Ce qu'il faut retenir :

Le franchisé engage une action à l'encontre du franchiseur aux fins d'obtenir la résiliation du contrat de franchise aux torts exclusifs du franchiseur, en faisant état d'un certain nombre de manquements commis par la tête de réseau. Or, le fait de faire état de difficultés n'est pas suffisant : il est nécessaire que le franchisé puisse établir la réalité des manquements commis par son co-contractant.

Pour approfondir :

En mars 2012, la société M signe un contrat de franchise avec la société P, laquelle est à la tête d'un réseau de restauration.

Cinq années après la signature du contrat de franchise entre les parties, le franchisé assigne le franchiseur aux fins d'obtenir la résiliation dudit contrat aux torts exclusif du franchiseur ainsi que le versement d'indemnités en découlant. Le franchisé fait état d'un certain nombre de griefs à l'égard du franchiseur et lui reproche notamment : un manque d'assistance lorsqu'il a rencontré des difficultés économiques avec son bailleur, un manquement à son obligation de réussite commerciale, et un modèle économique non viable.

En première instance, le tribunal de commerce déboute le franchisé de ses demandes.

Les juges du fond confirment la position retenue par les premiers juges.

S'agissant du manque d'assistance : les juges du fond relèvent tout d'abord les comptes-rendus de visites réalisés par la tête de réseau, les recommandations de cette dernière, et les propositions de formation, qui établissent que cette dernière a réalisé un accompagnement de son partenaire. Les juges du fond soulignent ensuite que, si le contrat de franchise indique que le franchiseur assistera le franchisé « *pour tout problème pouvant être rencontré dans le cadre de l'exploitation du concept (…)* », cela ne peut inclure « *les difficultés de trésorerie auxquelles le franchisé peut être le cas échéant confronté au cours de son exploitation* ». Il convient en effet de rappeler que si le franchiseur est tenu à un devoir d'assistance à l'égard du franchisé dans le cadre de l'exercice de son activité sous l'enseigne, il n'est pas tenu pour autant à un soutien financier à son égard, contrairement à ce que tente une nouvelle fois d'obtenir un franchisé.

S'agissant du manquement à l'obligation de réussite commerciale, les juges du fond rappellent ce qui suit :

> *« Si le principe de la franchise consiste en la reproduction par les franchisés du modèle de réussite du franchiseur, le contrat de franchise ne comporte à la charge de ce dernier aucune obligation de réussite commerciale de son co-contractant, puisqu'il se caractérise par la transmission d'un savoir-faire original effectuée par une assistance technique et commerciale et l'octroi d'un droit d'user d'une marque tout au long de l'exécution du contrat, moyennant le paiement d'une redevance, et que le bon usage de ce savoir-faire afin d'atteindre la réussite commerciale attendue repose sur la propre aptitude du franchisé à développer son activité commerciale par sa capacité à reproduire et respecter ce savoir-faire ».*

En effet, le franchisé est un commerçant indépendant auquel le franchiseur transmet son savoir-faire afin qu'il puisse le reproduire et l'exploiter au mieux. Si le franchisé rencontre des difficultés dans l'exercice de son activité, il ne peut, de ce seul fait, en faire peser la charge intégrale sur le franchiseur, il est pour cela nécessaire qu'il puisse démontrer de réels manquements commis par la tête de réseau.

S'agissant du modèle économique non viable : le franchisé produit divers documents (notamment des échanges de mails entre franchisés du réseau, et entre le franchiseur et la société M) mais les juges du fond rappellent que « *si ces documents établissent l'existence d'une contestation (…), ils ne sont pas suffisamment probants de l'absence de viabilité du modèle économique en ce qu'ils ne sont pas objectifs (…)* ».

Le franchisé fait encore état de franchisés n'ayant pas renouvelé leur contrat de franchise sous l'enseigne, tombés en procédures collectives, ou ayant déposé l'enseigne et, si les juges du fond relèvent que ces éléments démontrent une baisse des résultats, ils ne permettent pas de considérer que « *les difficultés d'exploitation, même à considérer qu'elles sont généralisées, sont, même partiellement, générées par l'absence de viabilité du modèle économique franchisé.* »

Cet arrêt est ainsi l'occasion de rappeler que, si un franchisé rencontre des difficultés dans l'exploitation de son activité sous enseigne, il ne peut pas, de ce seul fait, faire peser la charge de ses difficultés sur le franchiseur.

Il est nécessaire, pour cela, qu'il puisse démontrer des manquements réels commis par la tête de réseau, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce.

A rapprocher : CA Paris, 20 décembre 2017, n°17/00909

L'exclusivité d'activité du franchisé

Conseils pratiques

Ce qu'il faut retenir :

Au-delà de l'engagement de non-concurrence, il est conseillé de préciser contractuellement que le franchisé est tenu à une exclusivité d'activité dans le local objet du contrat : la bonne application du savoir-faire suppose que tout le savoir-faire – et seulement le savoir-faire – soit appliqué dans le lieu de vente des biens ou prestations offerts au public.

Mais cette exclusivité doit être légitimement limitée à ce qui est indispensable à la préservation du savoir-faire et au respect de l'enseigne.

Pour approfondir :

En pratique, les contrats de franchise sont des contrats jonchés d'« exclusivités », en faveur du franchisé et du franchiseur. Ainsi, les franchisés bénéficient bien souvent (mais pas systématiquement) d'une exclusivité territoriale (leur garantissant qu'aucun tiers ne viendra les concurrencer dans leur zone de chalandise en proposant la même offre sous la même marque) mais sont astreints à diverses exclusivités. Ces exclusivités contraignant les franchisés sont justifiées par l'impérieuse nécessité de protéger le savoir-faire. Le non-respect du savoir-faire représente un risque pour tous : le franchiseur, les autres membres du réseau qui officient sous la même enseigne mais également le franchisé lui-même.

Parmi les **clauses d'exclusivité** contraignants les franchisés, on trouve notamment :

- l'obligation de non-concurrence par laquelle le franchisé s'interdit, pendant la durée du contrat, d'exercer ou de s'intéresser à une activité similaire à celle qui est couverte par le savoir-faire du franchiseur ;

- l'obligation de respecter les normes d'approvisionnement par laquelle le franchisé s'oblige à acheter les produits conformément aux procédures du franchiseur. Cela se matérialise par l'obligation de s'approvisionner totalement ou majoritairement (selon ce qui est justifiable) auprès du franchiseur lui-même ou auprès des fournisseurs qu'il aura sélectionnés.

Cependant, il y a une exclusivité à laquelle on songe rarement tant elle paraît induite par la conclusion d'un contrat de franchise : l'exclusivité d'activité. Par cette clause, le franchisé s'interdit d'exploiter une autre activité (donc de vendre d'autres produits ou de proposer d'autres services) dans le même magasin, la même agence, etc. Par exemple, le franchisé d'un réseau de produits électroménagers ne doit pas pouvoir vendre dans le même magasin des vêtements.

Aussi, il est préconisé de penser à cette exclusivité lors de la rédaction du contrat de franchise. Cela peut être prévu assez logiquement sous l'obligation générale du concept du franchiseur ou, si le risque de violation paraît plus évident (selon l'activité), dans une clause isolée dédiée intégralement à cette obligation.

Cette préconisation ne signifie pas pour autant que faute d'être prévue, le franchisé sera libéré d'une telle contrainte.

En effet, à l'instar de l'obligation de non-concurrence, l'obligation générale de **bonne foi** inhérente à tous les contrats devrait pouvoir servir de fondement à l'interdiction d'exercer une double activité sous l'enseigne du franchiseur.

Attention toutefois. L'exclusivité d'activité ne pourra pour autant s'étendre de façon disproportionnée ; la liberté d'entreprendre (du franchisé) ne peut être limitée que pour préserver l'intérêt légitime du franchiseur et du réseau.

Notamment, il ne paraît pas légitime d'interdire au franchisé d'exploiter une autre activité même en dehors des locaux sous l'enseigne franchisée. Il pourrait également paraître illégitime (selon les cas) d'interdire à un franchisé d'exploiter dans les mêmes locaux une activité complémentaire si cette activité seconde reste en marge de son activité principale (le franchisé ouvrant une franchise dans l'hôtellerie doit pouvoir présenter des prestations touristiques ou vendre des petits souvenirs).

A rapprocher : la notion d'exclusivité en franchise

CONCURRENCE & CONSOMMATION

Quelle durée pour un approvisionnement exclusif ?
Tour d'horizon

Ce qu'il faut retenir :

Lorsque l'approvisionnement est exclusif, sa durée n'est pas libre et doit respecter plusieurs règles, qui relèvent les unes du droit commercial général, les autres du droit de la concurrence.

Pour approfondir :

I/ Les règles du droit commercial général

1. Durée maximale. D'après l'article L.330-1 du Code de commerce, *« est limitée à un maximum de dix ans la durée de validité de toute clause d'exclusivité par laquelle l'acheteur, cessionnaire ou locataire de biens meubles s'engage vis à vis de son vendeur, cédant ou bailleur, à ne pas faire usage d'objets semblables ou complémentaires en provenance d'un autre fournisseur. »*

Ce texte fixe donc un plafond à la durée des engagements d'approvisionnement exclusif à dix ans. Un engagement excessif serait *a priori* réduit et non annulé (Com. 1er décembre 1981, B. 423).

2. Durée étalonnée. D'après l'article L.341-1 du Code de commerce, « *l'ensemble des contrats conclus entre, d'une part, une personne physique ou une personne morale de droit privé regroupant des commerçants, autre que celles mentionnées aux chapitres V et VI du titre II du livre Ier du présent code, ou mettant à disposition les services mentionnés au premier alinéa de l'article L.330-3 et, d'autre part, toute personne exploitant, pour son compte ou pour le compte d'un tiers, un magasin de commerce de détail, ayant pour but commun l'exploitation de ce magasin et comportant des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité commerciale prévoient une échéance commune. La résiliation d'un de ces contrats vaut résiliation de l'ensemble des contrats mentionnés au premier alinéa du présent article. Le présent article n'est pas applicable au contrat de bail dont la durée est régie par l'article L.145-4, au contrat d'association et au contrat de société civile, commerciale ou coopérative.* ».

Ce texte à, la différence du précédent, ne fixe pas un plafond absolu. Il exige seulement que la durée de l'exclusivité d'approvisionnement soit identique à celle des autres engagement liant le distributeur à son fournisseur.

II/ Les règles du droit de la concurrence

3. Une entente. Un accord d'approvisionnement exclusif est susceptible de constituer une entente restrictive de concurrence dès lors qu'il limite la concurrence entre les fournisseurs.

Toutefois, un tel accord est valable s'il est exempté ou s'il constitue une restriction accessoire de concurrence.

4. Exemption. D'après l'article 5, 1, a) du Règlement n° 330/2010 :

> *« 1. L'exemption prévue à l'article 2 ne s'applique pas aux obligations suivantes contenues dans des accords verticaux :*
>
> *a) toute obligation directe ou indirecte de non-concurrence dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans*
>
> *(…) »*

Or d'après l'article 1, d) dudit Règlement, constitue une *« obligation de non-concurrence », « toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou les services contractuels, ou toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur l'obligation d'acquérir auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables sur le marché en cause, calculés sur la base de la valeur ou, si cela est de pratique courante dans le secteur, du volume des achats qu'il a effectués au cours de l'année civile précédente ».*

Le dispositif fixe donc un plafond à la durée des engagements d'approvisionnement exclusif à **cinq ans**.

Un engagement excessif serait non exempté et aurait toutes les chances d'être nul comme constituant une entente (art. 101 TFUE et art. L. 420-3 C. com.)

Les Lignes directrices qui accompagnent le Règlement explicitent le domaine de l'exemption quant aux biens concernés.

Il est en effet indiqué au point 66 : « *Tel que défini à l'article 1er, paragraphe 1, point d), du règlement d'exemption par catégorie, les obligations de non-concurrence sont des arrangements qui imposent à l'acheteur l'obligation d'acquérir auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par celui-ci plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables, calculés sur la base des achats effectués au cours de l'année civile précédente. Elles empêchent ainsi l'acheteur d'acquérir des biens ou services concurrents, ou limite leur volume à moins de 20 % du total de ses achats. Au cours de la première année qui suit la conclusion de l'accord, en l'absence de données concernant les achats effectués par l'acheteur l'année précédant la conclusion du contrat, il est permis d'utiliser ses estimations les plus précises de ses besoins totaux annuels. (…)* »

Sont donc *a priori* concernés tous les biens, spécifiques ou non au « réseau » et au « concept », dès lors qu'ils sont définis contractuellement, qu'ils sont des « biens contractuels ».

5. Restrictions accessoires. Dans son fameux arrêt *Pronuptia* (CJCE, 17 déc. 1986, n° C-161/84), la Cour de justice avait jugé que la franchise (de distribution), « *qui permet au franchiseur de tirer parti de sa réussite, ne porte pas atteinte en soi à la concurrence* » (pt. 15) et que, pour fonctionner, elle suppose que le franchiseur transmette aux franchisés savoir-faire et assistance sans risquer qu'ils profitent aux concurrents (pt. 16) et prenne des mesures propres à préserver l'identité et la réputation du réseau qui est symbolisé par l'enseigne (pt. 17). Dès lors, les clauses « indispensables » à la protection du savoir-faire et de l'assistance, de même que les clauses qui organisent le contrôle « indispensable » à la préservation de l'identité et de la réputation du réseau ne constituent pas des restrictions de concurrence (pt. 16 et s.).

S'agissant en particulier de la « *clause prescrivant au franchisé de ne vendre que des produits provenant du franchiseur ou de fournisseurs sélectionnés par lui* », c'est-à-dire la clause d'approvisionnement exclusif, elle peut, suivant le contexte, « *être considérée comme nécessaire à la protection de la réputation du réseau* » (pt. 21).

En droit français de la concurrence, le Conseil de la concurrence, dans sa décision *Zannier* (Cons. conc.,28 mai 1996, déc. n° 96-D-36), reprendra la substance de l'arrêt *Pronuptia*.

Ces décisions font une application de la théorie des restrictions accessoires à la franchise. La notion de restriction accessoire couvre toute restriction de concurrence « *qui est directement liée et nécessaire à la réalisation d'une opération principale non restrictive de concurrence et qui lui serait proportionnée* » (Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, § 3,

du traité, pt 29. – *Adde* TPICE, 18 sept. 2001, aff. 112/89, *M6 et a.* c/ *Commission*, pt 104)

Les Lignes directrices qui accompagnent le Règlement sont également dans ce sens.

De règle générale, elles indiquent que « *la plupart des obligations figurant dans les accords de franchise peuvent être considérées comme nécessaires à la protection des droits de propriété intellectuelle ou au maintien de l'identité commune et de la réputation du réseau franchisé et ne relèvent pas de l'article 101, paragraphe 1* » (pt 191), et prévoient en particulier qu' « *une obligation de non-concurrence relative aux biens ou services achetés par le franchisé ne relèvera pas de l'article 101, paragraphe 1, lorsqu'elle est nécessaire au maintien de l'identité commune et de la réputation du réseau franchisé.*

Dans de tels cas, la durée de l'obligation de non-concurrence n'est pas un facteur pertinent au regard de l'article 101, paragraphe 1, pour autant qu'elle n'excède pas celle de l'accord de franchise lui-même ») (pt. 190)

Autrement dit, s'agissant des biens qui participent de « *l'identité commune et de la réputation du réseau franchisé* », que l'on pourrait voir comme des produits spécifiques au « réseau » ou au « concept », la question de l'exemption ne se pose même pas, en conséquence de quoi la limite de cinq ans est sans application (et v. Cass. com., 20 déc. 2017, n° 16-20500 et 16-20501).

Franchise participative et restriction de concurrence
TC Lyon, 4 juillet 2019, RG n°2018J00298

Ce qu'il faut retenir :

Le schéma consistant au sein d'une franchise à, d'une part, conclure un contrat de franchise de 5 ans et, d'autre part, à prendre, via une autre société de son groupe, une participation minoritaire dans la société franchisée en prévoyant que l'objet social de celle-ci, modifiable par décision des associés votée au 3/4 des parts sociales, est l'exploitation d'un supermarché sous l'enseigne franchisée à l'exclusion de toute autre enseigne, pose des préoccupations de concurrence qui justifient la saisine de l'Autorité de la concurrence sur la conformité d'un tel montage avec l'article L.420-1 du Code de commerce.

Pour approfondir :

Les faits de l'espèce sont simples : une société franchisée, détenue à 26 % par une société appartenant au groupe du franchiseur, a conclu un **contrat de franchise** avec une enseigne de la grande distribution alimentaire d'une durée de 5 ans. La société franchisée a notifié à son franchiseur le non-**renouvellement du contrat de franchise** après son terme, droit le plus strict en application d'une jurisprudence désormais bien connue (*Cass. com., 4 septembre 2018, arrêts n° 17-16.532, 17-16.534, 17-16.535, 17-16.536, 17-16.537, 17-16.538, 17-17.891, 17-18.132*). Toutefois, l'associé minoritaire de la société franchisée a contesté cette décision, en ce qu'elle est contraire à l'objet social de la société franchisée, l'objet social étant strictement limitée à l'exploitation de l'enseigne franchisée en vertu du contrat de franchise, à l'exclusion de toute autre : tout changement d'enseigne emportant un changement de l'objet social implique une décision unanime des associés de la société franchisée.

L'affaire revenait ici devant de le tribunal de commerce de Lyon après avoir donné lieu à un première épisode judiciaire en référé : le président de tribunal de commerce de Lyon, confirmé par la cour d'appel de Lyon, avait suspendu (anéanti ?) les effets de la dénonciation du contrat de franchise opéré par la société franchisée, considérant que cette dénonciation emportait une violation des statuts de la société franchisée constitutive d'un **trouble manifestement illicite**.

Portée devant le juge du fond, la société franchisée et son dirigeant, appuyés par une intervention volontaire de Monsieur le ministre de l'Economie et des Finances, ont formé une demande avant dire droit tendant à la saisine de l'Autorité de la concurrence sur la conformité des pratiques mises en œuvre au sein du Groupe de distribution alimentaire avec les dispositions de l'article L.420-1 du Code de commerce, que le juge peut saisir pour avis en application de l'article L.462-3 du Code de commerce. Pour contester cette demande, l'associé minoritaire de la société franchisée, filiale du groupe du franchiseur, soutenait que les demandes de la société franchisée et de son dirigeant étant nulles, il n'y avait donc pas lieu de saisir l'Autorité de la concurrence. Il considérait que les critiques portées à l'objet social de la société franchisée, limitant l'exploitation du fonds de commerce appartenant à celle-ci à l'exploitation d'une seule enseigne, à l'exclusion de toute autre constituait en réalité une demande de nullité des statuts, enferrant

leur action dans un délai de prescription acquis de 3 ans. Le tribunal de commerce de Lyon ne s'est pas laissé convaincre par cette analyse.

Il a considéré que « *la prescription triennale de l'article L.235-0 du Code de commerce soulevée par l'associé minoritaire, est impropre à s'appliquer au présent litige, dans la mesure où les moyens de défenses soulevés par la société franchisée ne portent pas sur la nullité de la société ou d'un acte de délibération mais bien sur la nullité de dispositions statutaires spécifiques et détachables : que la sanction encourue ne consiste pas en la nullité de la société, son objet social n'étant pas anéanti, dans la mesure où il consiste en l'exploitation d'un fonds de commerce de supermarché, la référence à l'enseigne ne constituant qu'un accessoire* ».

Au surplus, le tribunal relève que la demande de la société franchisée et de son dirigeant tend à voir écartées ou réputées non écrites les clauses litigieuses des statuts, en ce que ces clauses sont contraires à l'ordre public économique et « *en ce sens de cause illicite* », qui ne s'analyse pas en demande de nullité, non soumise en conséquence à la prescription applicable en la matière.

Il appartient désormais à l'Autorité de la concurrence de se prononcer.

Considèrera-t-elle que l'objet social ainsi libellé dans le contexte exposé est en lui-même anticoncurrentiel ?

Cela semble *a priori* peu probable, faute d'intervention du législateur par suite de l'avis déjà rendu par l'Autorité de la concurrence le 7 décembre 2010 (Avis 10 A 26).

Toutefois, la pratique pourrait être épinglée sous l'angle des concentrations ou de l'abus de position dominante.

Un autre axe mériterait à notre sens d'être mise en lumière : la question de la violation des dispositions de l'article L.330-1 du Code de commerce qui limite à 10 ans les accords d'exclusivité.

En effet, l'effet cumulé des stipulations du contrat de franchise et des statuts de la société franchisée conduit à un engagement de la société franchisée au-delà des 10 ans susvisés, la liberté de la société franchisée de quitter le réseau de franchise étant annihilée par ses statuts rendant indispensable l'accord de son associé minoritaire, filiale du groupe du franchiseur.

A rapprocher : CA Amiens, 28 juin 2018, RG n°15/04797 ; Avis 10 A 26 de l'Autorité de la concurrence du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire ; Cass. com., 30 mai 2012, n°11-18.024

Conventions fournisseurs-distributeurs
Les nouvelles règles à intégrer

Ce qu'il faut retenir :

La réforme « EGALIM » impose aux fournisseurs et aux distributeurs de nouvelles règles, qui devront impérativement être intégrées dans les conventions dont la négociation débute en cette fin d'année.

Pour approfondir :

La loi n°2018-938 dite « EGALIM » et surtout l'ordonnance qui a été prise pour son application le 24 avril 2019 (ordonnance n°2019-359) ont remanié les conditions applicables aux conventions récapitulatives conclues entre les fournisseurs et les distributeurs ou prestataires de services et contraignent les entreprises à mettre leurs processus de négociation et leurs modèles de convention en conformité avec les nouvelles règles désormais prévues aux articles L.411-3 et suivants du Code de commerce (en lieu et place des articles L.441-7 et suivants sous l'empire de la précédente réglementation).

1. Deux types de convention : l'un pour les produits de grande consommation, l'autre pour les autres types de produits. – La réforme EGALIM a conservé le principe de deux types de conventions distincts, qui existait auparavant (la distinction était alors réalisée entre une convention de droit commun et une convention réservée aux grossistes). La distinction est désormais opérée entre :

- une convention relative spécifiquement aux produits de grande consommation (régie par l'article L.441-4 du Code de commerce), définis comme les produits *« non durables à forte fréquence et récurrence de consommation »*, dont la liste sera fixée par décret ; elle est inapplicable aux grossistes qui sont soumis au régime simplifié de la convention de droit commun ;

- une convention unique de droit commun, qui s'applique aux autres produits et aux conventions conclues par les grossistes (relevant de l'article L.441-3 du Code de commerce).

Si relativement peu de choses sont modifiées s'agissant de la convention de droit commun, par rapport aux dispositions de l'ancien article L.441-7 du Code de commerce (qui les régissait avant la réforme EGALIM), des évolutions notables sont apportées concernant les conventions portant sur les produits de grande consommation.

2. La mention des prix, rémunérations et chiffres d'affaires prévisionnels. – L'obligation expresse de mentionner le barème des prix unitaires (ou les modalités de consultation de ce barème) n'est plus prévue que pour les conventions portant sur les produits de grande consommation.

Cependant, l'obligation de mention de ce barème est maintenue s'agissant des conditions générales de vente. Dès lors, en pratique, il est probable que ce barème soit mentionné dans toutes les conventions, dont la négociation demeure basée sur les CGV, qui en constituent le socle unique.

Le « prix convenu » correspond au « trois fois net », en intégrant notamment les services de coopération commerciale et les autres services destinés à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le distributeur.

Lorsque la convention est conclue pour 2 ou 3 ans (ce qui demeure rare en pratique), elle mentionne les modalités selon lesquelles le prix convenu est révisé, avec la possibilité de prendre en compte un ou plusieurs indicateurs disponibles reflétant l'évolution du prix des facteurs de production.

Pour les services de coopération commerciale, la réforme a par ailleurs introduit la nécessité de mentionner la rémunération globale afférente à l'ensemble de ces services. S'agissant des produits de grande consommation, l'article L.441-4, IV du Code de commerce impose désormais la mention d'un chiffre d'affaires prévisionnel, constituant – avec l'ensemble des obligations mentionnées à l'article L.441-3, III du Code de commerce – le plan d'affaires de la relation commerciale.

Ce chiffre d'affaires prévisionnel a notamment pour objet de permettre le contrôle du respect des nouvelles règles applicables en matière de promotions opérées sur les denrées alimentaires.

En cas de convention pluriannuelle, la convention devra alors mentionner les modalités selon lesquelles le chiffre d'affaires prévisionnel sera révisé.

3. Le changement de délai de communication des conditions générales de vente. – La réforme a également assoupli les conditions de délai pour la communication de ses conditions générales de vente par le fournisseur.

Seuls les fournisseurs concernés par la conclusion d'une convention portant sur les produits de grande consommation demeurent tenus par le délai de 3 mois avant le 1er mars (ou le délai de 2 mois suivant le point de départ de la période de commercialisation, pour les produits soumis à un cycle de commercialisation particulier).

Pour les fournisseurs ayant vocation à conclure une convention de droit commun, la loi n'impose plus de date précise mais prévoit la communication des CGV dans un délai « raisonnable » avant le 1er mars (ou, pour les produits soumis à un cycle de commercialisation particulier, avant le point de départ de la période de commercialisation).

En pratique, les acteurs sont bien entendus incités à maintenir un objectif de communication suffisamment en amont de la conclusion de la convention, pour éviter tout risque de tardiveté.

Néanmoins, la souplesse intégrée par la réforme pourra par exemple permettre des communications fin décembre ou mi-janvier pour les conventions n'entrant pas en vigueur avant le 1er mars, laissant ainsi un délai suffisant à la négociation desdites conditions.

4. La justification des dérogations aux conditions générales de vente. – S'agissant des conventions portant sur les produits de grande consommation, l'un des points ayant le plus d'impact pratique est l'obligation (nouvelle) pour le distributeur de se positionner, dans un délai « raisonnable » à compter de la réception des CGV du fournisseur, sur le contenu desdites CGV.

Le distributeur est en effet tenu de notifier au fournisseur, dans un délai « raisonnable » à compter de la communication des CGV :

- son acceptation des CGV ;
- son refus des CGV dans leur intégralité, accompagné du motif d'un tel refus (par exemple, leur illicéité) ;
- ou son souhait de soumettre à la négociation certaines dispositions des CGV, en visant les dispositions concernées.

En pratique, on peut légitimement anticiper que la troisième option – la négociation des dispositions des CGV – sera celle largement adoptée par les distributeurs. D'un point de vue opérationnel, cela impliquera, d'une part, pour les distributeurs, d'anticiper le temps et les moyens humains nécessaires à l'analyse détaillée des CGV de l'ensemble de leurs fournisseurs et, d'autre part, pour les fournisseurs, de disposer de CGV permettant la négociation, notamment en privilégiant une rédaction claire et en formant les équipes de vente à la maîtrise de ce document.

5. L'encadrement des avenants à la convention. – Bien que la modification de la convention ait toujours été possible, l'évolution des conditions commerciales en cours d'année n'avait pas les faveurs de l'Administration, qui a toujours souhaité éviter que les modifications en cours d'année constituent en réalité le résultat des négociations qui se seraient poursuivies au-delà de la date butoir de conclusion fixée au 1er mars.

La réforme introduit donc des conditions supplémentaires pour les modifications postérieures à la conclusion de la convention, en imposant que ces dernières soient réalisées par voie d'avenant écrit, et que cet avenant mentionne l'élément nouveau le justifiant. En d'autres termes, les parties devront justifier des circonstances ou évènements nouveaux fondant la renégociation des conditions préalablement fixées dans la convention initiale (ou dans un précédent avenant), ce qui devrait réduire à l'avenir le recours aux avenants en cours d'exécution des conventions.

A rapprocher : Ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées

---

Absence d'entente malgré des comportements parallèles de refus de contracter dans le secteur du commerce électronique
Décision de l'Autorité de la concurrence n°19-D-18 du 31 juillet 2019

Ce qu'il faut retenir :

Des comportements parallèles de ruptures de contrat et de refus de contracter par la plupart des acteurs du marché ne constituent pas nécessairement une entente anticoncurrentielle.

Pour approfondir :

En début d'année 2019, une entreprise active dans le téléchargement de fichiers en ligne – téléchargements que l'Autorité de la concurrence décrit comme étant réalisés dans des conditions illicites – a saisi l'ADLC de pratiques mises en œuvre par plusieurs prestataires de paiement en ligne.

La saisissante reprochait aux prestataires de paiement, d'avoir procédé à des ruptures unilatérales de contrat, ou d'avoir refusé de contracter avec elle (directement ou par le recours à des causes que la saisissante qualifiait de « léonines »), qui l'auraient privée d'une solution de paiement « vente à distance » (VAD) indispensable à son activité d'hébergement de fichiers.

Elle soutenait que ces refus constituaient des pratiques anticoncurrentielles au sens des articles L.420-1 et L.420-2 du Code de commerce. En effet, ces pratiques auraient été de nature à évincer certains acteurs, tels que la saisissante, du marché de l'hébergement de fichiers et des réseaux de diffusion de contenus. Elle soutenait par ailleurs que les prestataires VAD auraient collectivement abusé de son état de dépendance économique à leur égard.

1. <u>L'activité illicite de l'entreprise saisissante</u>

Depuis 2014, plusieurs rapports et études officiels ou indépendants avaient établi que le site de la saisissante servait à héberger des fichiers susceptibles d'enfreindre la législation sur le droit d'auteur, notamment de fichiers « contrefaisants » au sens des dispositions du Code de la propriété intellectuelle relatives au délit de contrefaçon d'œuvres de l'esprit ou de logiciels. Le site fournissait en effet des espaces de stockages aux membres, dans lesquels étaient principalement stockés des fichiers vidéo (ex : films) en

vue du stockage ou du partage ultérieur de ces fichiers par l'utilisateur.

2. Les marchés pertinents

S'agissant des marchés pertinents sur lesquels les pratiques sont jugées, l'Autorité de la concurrence rappelle sa pratique décisionnelle (décision n°11-D-11 du 7 juillet 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par le Groupement des Cartes Bancaires) qui a identifié 3 marchés distincts :

- un marché amont, sur lequel les systèmes de paiement par carte se font concurrence pour affilier les établissements de crédit ou de paiement,
- deux marchés aval :
  - le marché de l'émission relatif à la distribution de cartes auprès des consommateurs, et
  - le marché de l'acquisition concernant l'affiliation de commerçants.

L'Autorité de la concurrence considère qu'une délimitation plus précise de ces marchés, que ce soit le marché de l'acquisition dans sa dimension géographique ou le marché des services d'hébergement et de partage de fichiers numériques, dans ses dimensions matérielle et géographique, n'apparaît pas nécessaire dans cette affaire.

3. Le rejet de la qualification d'entente

Pour rappel, la reconnaissance d'une entente nécessite que soit établi l'objet ou l'effet anticoncurrentiel de la pratique concernée.

En l'espèce, le refus des opérateurs de poursuivre ou d'entamer une relation commerciale avec l'entreprise qui se prétendait victime d'une entente était fondé sur les règles mises en place par les différents acteurs du marché notamment pour lutter contre le caractère illicite de certaines pratiques, et en particulier la violation des droits de propriété intellectuelle des auteurs de films, musiques, etc.

L'Autorité de la concurrence indique que les opérateurs de cartes bancaires ont ainsi défini, à la charge des établissements adhérents (acquéreurs), des obligations de contrôle de l'activité des commerçants titulaires de contrats VAD. Elle constate que ces règles avaient pour double objet, d'une part, d'évaluer les risques liés à une relation d'affaires avec le bénéficiaire d'un contrat d'acquisition et, d'autre part, d'appliquer toute diligence nécessaire afin d'éviter l'utilisation d'une carte de paiement pour la rémunération d'activités illégales. Par ailleurs, ces règles laissaient, selon l'ADLC, une marge de manœuvre aux opérateurs quant au comportement à adopter.

Les règles mises en place par les opérateurs de carte bancaire et appliquées en aval à l'encontre de la saisissante avaient alors pour seul objectif d'éviter que les moyens de paiement ne soient utilisés à des fins illicites, et notamment pour financer une activité d'hébergement de fichiers illégale.

Leur objet n'était donc pas de porter atteinte à la concurrence, mais d'appeler l'attention des établissements acquéreurs sur l'activité potentiellement contrefaisante des commerçants avec lesquels ils concluent des contrats VAD.

En conséquence, l'Autorité de la concurrence considère que les pratiques reprochées ne constituent pas des restrictions de concurrence par l'objet.

De même, l'Autorité de la concurrence rejette les arguments de la saisissante sur le prétendu effet anticoncurrentiel des pratiques.

En premier lieu, aucun lien de causalité direct ne peut être établi entre les règles des schémas quadripartites mis en place par les opérateurs de cartes bancaires et les décisions de rupture ou de refus de contracter reprochées par la saisissante. *A fortiori*, aucun impact sur le marché ne peut leur être imputé.

En deuxième lieu, les établissements de crédit, de paiement ou tout autre prestataire de services de paiement, étaient, pendant la période litigieuse, soumis à des contraintes et des incitations indépendantes des seules règles contractuelles, dues, notamment, à la réputation de la saisissante comme acteur majeur de téléchargements illicites de fichiers.

En troisième lieu, les pratiques mises en évidence dans la saisine ne concernent que l'entreprise saisissante, ce qui est insuffisant pour qu'un effet sensible sur la concurrence puisse en résulter sur le marché de l'acquisition, du fait de la présence d'autres clients pour les établissements concernés.

Enfin, l'Autorité de la concurrence refuse de considérer que le parallélisme de comportement des opérateurs (par la rupture des relations ou le refus de contracter à la même période) suffise à démontrer l'existence d'une entente entre eux.

L'ADLC confirme ici sa pratique décisionnelle antérieure en affirmant qu'« *un parallélisme de comportement de la part de concurrents prenant des décisions autonomes, sur le fondement d'informations accessibles à tous et selon une rationalité économique propre, ne suffit pas, à lui seul, à démontrer l'existence d'une entente* ».

L'Autorité de la concurrence conclut donc à l'inexistence d'une entente anticoncurrentielle des opérateurs du marché.

A rapprocher : Décision de l'Autorité de la concurrence n°19-D-18 du 31 juillet 2019 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des moyens de paiement par carte bancaire

---

Refus de renouvellement d'agrément dans un réseau de distribution sélective
CA Paris, 31 juillet 2019, n°16/20683

Ce qu'il faut retenir :

La résiliation d'un contrat de distribution sélective ne peut être qualifiée en soi de pratique discriminatoire dès lors que ne pèse sur un fournisseur aucune obligation de contracter avec tout distributeur remplissant les critères de sélection.

Pour approfondir :

En 2008, la société Hyundai Motor France et la société Garage Richard D. ont conclu plusieurs contrats (contrat de distribution sélective de véhicules particuliers, contrat de réparateur agréé, et contrat de distribution sélective d'accessoires Hyundai) aux fins de désigner la société Garage Richard D. en qualité de distributeur et réparateur agréé du réseau de distribution de véhicules neufs de la marque Hyundai sur une zone de chalandise située à l'est du bassin lyonnais.

Par courrier du 27 juin 2012, la société Hyundai Motor France a notifié à l'ensemble de son réseau de distribution, dont la société Garage Richard D., la résiliation au 30 juin 2014, des contrats de distributeur pour la vente de véhicules neufs et d'accessoires Hyundai, et de réparateur agréé Hyundai suivant un délai de préavis de deux années.

Postérieurement à la résiliation des contrats intervenue le 30 juin 2014, les parties ont conclu un nouveau contrat de réparateur agréé prenant effet à compter du 1er juillet 2014.

Par acte d'huissier du 27 juillet 2015, la société Garage Richard D. a fait assigner à bref délai la société Hyundai devant le tribunal de commerce de Pontoise afin de la voir condamnée à titre principal, à conclure un nouveau contrat de distributeur et à lui payer diverses sommes en réparation de ses agissements fautifs.

Par courrier du 16 septembre 2016, la société Hyundai a notifié à la société Garage Richard D. la résiliation du contrat de réparateur agréé avec effet au 17 septembre 2018.

Par jugement du 11 décembre 2015, le tribunal de commerce de Pontoise, retenant sa compétence, a débouté la société Garage Richard D. de toutes ses demandes.

Avant la saisine au fond de la cour d'appel de Paris, un débat s'est élevé sur la compétence de la cour d'appel de Versailles – juridiction d'appel habituellement compétente pour les jugements du tribunal de commerce de Pontoise – la société Hyundai Motor France se prévalant des revirements de fondements juridiques adoptés par la société Garage Richard D., laquelle s'est prévalue dans un premier temps des dispositions du droit de la concurrence (soumises à la compétence de juridictions spécialisées) avant d'y renoncer.

En définitive, la cour d'appel de Paris retient sa compétence mais annonce le jugement du tribunal de commerce de Pontoise qui s'est prononcé sur des dispositions qu'il n'a pas compétence pour connaître.

Sur le fond, la société Garage Richard D. reproche à la société Hyundai Motor France une pratique discriminatoire résultant du refus d'agrément en l'absence de nouveaux critères objectifs définis, et un manquement à son engagement de conclure un nouveau contrat de distribution.

Sur la discrimination, la cour rappelle :

- « *il résulte du principe de la prohibition des engagements perpétuels et de la liberté du commerce et de l'industrie qu'un distributeur ne dispose d'aucun droit acquis à la poursuite*

indéfinie d'un contrat de distribution et que tout opérateur économique peut choisir en toute indépendance ses partenaires commerciaux » ;

- « *dès lors, la résiliation d'un contrat de distribution sélective ne peut être qualifiée en soi de pratique discriminatoire dès lors que ne pèse sur un fournisseur aucune obligation de contracter avec tout distributeur remplissant les critères de sélection, conformément au principe de liberté contractuelle, et ce dernier ne bénéficie d'aucun droit à la poursuite des relations contractuelles avec son fournisseur à l'issue des préavis de résiliation d'un précédent contrat de distribution auquel il a été régulièrement mis fin.* »

En définitive, la cour déboute l'appelante de ses prétentions au titre de la discrimination. En cela, elle reste dans la droite ligne de sa jurisprudence récente en la matière.

Sur le manquement à l'engagement de la société Hyundai Motor France de conclure un nouveau contrat de distribution avec la société Garage Richard D., la cour reprend de manière très documentée les échanges entre les parties pour retenir que la société Hyundai Motor France s'est montrée claire sur sa décision de mettre un terme au contrat de distribution sélective et n'a pas manifesté sa volonté de signer un nouveau contrat de distributeur de véhicules neufs ni n'est revenue sur une prétendue promesse faite en ce sens.

A rapprocher : *Refus d'agrément d'un concessionnaire dans un réseau de distribution sélective quantitative* - Cass. com., 27 mars 2019, n°17-22.083

L'objet principal du contrat échappe à l'appréciation du caractère abusif d'une clause
Cass. com., 4 juillet 2019, n°18-10.077

Ce qu'il faut retenir :

Le Code de la consommation protège les consommateurs des clauses abusives imposées par les professionnels. Cependant, le pouvoir du juge quant à l'appréciation des clauses d'un contrat est limité : la clause définissant l'objet principal du contrat échappe à l'examen des clauses abusives (si cette clause est claire et compréhensible).

Pour approfondir :

Pour assurer le remboursement de son crédit immobilier conclu en 2009, l'emprunteur (consommateur) a souscrit une assurance. Ce contrat d'assurance prévoyait que la garantie s'étendait jusqu'à la date de déchéance du terme du crédit (donc à la cessation du contrat de prêt que celle-ci survienne du fait de l'arrivée du terme du crédit ou en raison d'une cessation anticipée du crédit). Or, à la suite de plusieurs impayés, la banque prêteuse a prononcé la déchéance du terme du crédit.

Appelé en intervention forcée dans le cadre du litige sur le remboursement du prêt, l'assureur a reconnu devoir garantie pour les impayés jusqu'à la date où la déchéance du terme a été prononcée mais a refusé d'assurer les sommes dues postérieurement à cette déchéance. Pour contester cette délimitation de la garantie à la date de la déchéance du terme, l'emprunteur s'est fondé sur l'article L.132-1 du Code de la consommation (devenu L.212-1) considérant que cette limitation de la garantie était une clause abusive créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat d'assurance.

La Cour de cassation a donné raison à la compagnie d'assurance en s'appuyant sur le terme de l'article L.132-1 alinéa 7 (devenu L.212-1 alinéa 3) du Code de la consommation : « *L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible* ».

Selon la Cour, « *la clause prévoyant la cessation de la garantie et des prestations à la date de la déchéance du terme définit l'objet principal du contrat en ce qu'elle délimite le risque garanti, de sorte qu'étant rédigée de façon claire et compréhensible, elle échappe à l'appréciation du caractère abusif des clauses* ».

On le rappelle donc, pour les clauses abusives en droit de la consommation, le juge n'examine ni la définition de l'objet du contrat, ni l'adéquation du prix au bien ou à la prestation.

A rapprocher : Article L.212-1 du Code de la consommation

PROPRIETE INTELLECTUELLE & NOUVELLES TECHNOLOGIES

Le cybercommerçant qui intègre un bouton « j'aime » de Facebook sur son site internet est un responsable conjoint de traitement

CJUE, 2ème ch., 29 juillet 2019, *Fashion ID GmbH & Co. KG / Verbraucherzentrale NRW eV, Facebook Ireland Ltd et autre*

Ce qu'il faut retenir :

Intégrer un bouton « j'aime » du réseau social Facebook sur son site internet entraîne la qualification de responsable conjoint de traitement de l'administrateur du site internet aux côtés de Facebook.

Pour approfondir :

Fashion ID est une entreprise de vente de vêtements de mode en ligne qui a inséré sur son site Internet le module social « j'aime » du réseau social Facebook.

En raison de la présence de ce module, lorsqu'un internaute navigue sur le site internet de Fashion ID, des données à caractère personnel le concernant sont transmises à Facebook Ireland et ce, même si l'internaute n'est pas membre du réseau social.

Les données de cet internaute sont également transmises à Facebook même s'il n'a pas cliqué sur le bouton « j'aime ».

Une association d'utilité publique de défense des intérêts des consommateurs – la Verbraucherzentrale NRW – reproche à Fashion ID d'avoir transmis à Facebook Ireland les données à caractère personnel des visiteurs de son site internet sans le consentement de ces derniers et en violation des obligations d'information prévues par la réglementation applicable en matière de protection des données personnelles.

L'association a alors intenté une action en cessation contre Fashion ID devant le tribunal régional de Düsseldorf, afin que la société mette fin à cette pratique.

Le tribunal allemand ayant partiellement fait droit aux demandes de l'association, Fashion ID a interjeté appel de la décision en soutenant notamment que le tribunal régional de Düsseldorf l'avait à tort jugé responsable du traitement issu du module social.

Fashion ID a notamment soutenu qu'en intégrant le bouton « j'aime » de Facebook, elle ne décide ni des données qui peuvent être collectées ni de la transmission de celles-ci à Facebook.

La juridiction de renvoi s'est alors interrogée sur la qualification de Fashion ID et son niveau de responsabilité, sur le fait de savoir si le traitement des données à caractère personnel en cause est licite et si les obligations d'information des personnes concernées pèsent sur Fashion ID ou sur Facebook Ireland.

Cette dernière question revêt un caractère particulièrement important dans la mesure où si une insertion de contenus externes sur un site internet donne lieu à un traitement de données, l'étendue et la finalité de ce traitement sont néanmoins inconnues de celui qui réalise cette insertion.

Dès lors, celui-ci n'est pas en mesure de fournir l'information à laquelle il est tenu.

Ainsi, la juridiction de renvoi considère que faire peser sur le gestionnaire d'un site internet l'obligation d'informer la personne concernée, alors que lui-même ne dispose pas de cette information, conduirait en pratique à interdire l'insertion de contenus externes.

Dans ces conditions, la juridiction de renvoi a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour de Justice de l'Union Européenne plusieurs questions préjudicielles et notamment les deux questions suivantes :

- « *Dans un cas comme celui de l'espèce, où quelqu'un insère dans son site un code programme permettant au navigateur de l'utilisateur de solliciter des contenus d'un tiers et de transmettre à cet effet au tiers des données à caractère personnel, celui qui fait l'insertion est-il « responsable du traitement », au sens de l'article 2, sous d), de la directive [95/46], lorsqu'il ne peut avoir lui-même aucune influence sur ce processus de traitement des données ?* »

- « *L'obligation d'informer la personne concernée en vertu de l'article 10 de la directive [95/46] dans une situation telle que celle qui se présente en l'espèce pèse-t-elle également sur le gestionnaire du site qui a inséré le contenu d'un tiers et est ainsi*

à l'origine du traitement des données à caractère personnel fait par un tiers ? »

Pour répondre à ces questions, la Cour a rappelé que la notion de « responsable du traitement » vise l'organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement de données à caractère personnel.

Dès lors, cette notion implique qu'il est possible que plusieurs acteurs participent au même traitement.

La Cour a, par ailleurs, considéré qu'une personne physique ou morale qui exerce une influence sur le traitement de données à caractère personnel, participe de ce fait à la détermination des finalités et des moyens de ce traitement et peut donc être considérée comme responsable du traitement.

En poursuivant son analyse, la Cour a considéré que Fashion ID a offert la possibilité au réseau social de détenir des données personnelles des visiteurs de son site internet en insérant le bouton « j'aime » puisque l'insertion de ce bouton déclenche la transmission automatique des données concernant les internautes dès l'instant où ces derniers se rendent sur le site internet de Fashion ID.

En effet, Fashion ID a inséré sur son site internet le bouton « j'aime » de Facebook tout en étant consciente que ce module social sert d'outil de collecte et de transmission de données à caractère personnel des visiteurs de son site, que ceux-ci soient membres ou non du réseau social Facebook et même si les visiteurs ne cliquent pas sur ce bouton.

En conséquence, en insérant le bouton « j'aime » sur son site internet, Fashion ID exerce une influence déterminante sur la collecte et la transmission des données à caractère personnel des visiteurs au profit de Facebook Ireland.

En outre, la Cour précise que la circonstance que Fashion ID n'a pas accès aux données personnelles collectées et transmises Facebook ne fait pas obstacle à la qualité de responsable du traitement.

En conséquence, compte tenu de ces éléments, la Cour a considéré que « *le gestionnaire d'un site Internet, tel que Fashion ID, qui insère sur ledit site un module social permettant au navigateur du visiteur de ce site de solliciter des contenus du fournisseur dudit module et de transmettre à cet effet à ce fournisseur des données à caractère personnel du visiteur, peut être considéré comme étant responsable du traitement […] ; Cette responsabilité est cependant limitée à l'opération ou à l'ensemble des opérations de traitement des données à caractère personnel dont il détermine effectivement les finalités et les moyens, à savoir la collecte et la communication par transmission des données en cause* ».

S'agissant des obligations d'information, la Cour a considéré que lorsque le gestionnaire d'un site Internet insère sur son site un tel module social, les obligations en matière de recueil de consentement et d'information pèsent sur le gestionnaire du site en ce qui concerne les seules opérations de traitement des données dont ce dernier détermine les finalités et les moyens de traitement.

A rapprocher : Articles 4, 5, 12, 25 et 26 du RGPD

Contrefaçon sur internet et protection des données personnelles : le caractère licite de la collecte des données des présumés contrefacteurs est le préalable incontournable

TGI Paris, ordonnance de référé du 2 août 2019, *Mile High Distribution / Orange*

Ce qu'il faut retenir :

L'absence du caractère licite du traitement des adresses IP de présumés contrefacteurs est un empêchement légitime à la communication, par un fournisseur d'accès internet, des données permettant d'identifier les titulaires de ces adresses IP.

Pour approfondir :

Une société de production d'œuvres audiovisuelles canadienne a découvert que certaines de ses œuvres étaient disponibles sur des plateformes d'échange de fichiers en ligne sans son autorisation.

Elle a alors mandaté une société de droit allemand afin de capter des données de trafic en lien avec ses téléchargements en vue d'identifier les auteurs des téléchargements prétendument illicites.

Ces données de trafic incluent notamment l'adresse IP utilisée lors du téléchargement, la date et l'heure du téléchargement, l'intitulé de l'œuvre téléchargée ainsi que le nom du fournisseur d'accès Internet auquel se rattache l'adresse IP identifiée.

La société de production a ainsi constitué un fichier répertoriant près de 900 adresses IP qui auraient permis le téléchargement illicite d'œuvres audiovisuelles.

Par une ordonnance du 8 avril 2019, le juge des requêtes du tribunal de grande instance de Paris a ordonné à la société Orange de conserver toutes les informations qui permettraient d'identifier les titulaires des adresses IP figurant dans le fichier de la société de production. La société a ensuite fait citer devant le juge des référés la société Orange pour obtenir en urgence la communication des données d'identification.

À cette occasion, la société Orange a considéré que la mesure d'identification sollicitée ne pouvait être admissible que si la collecte réalisée des adresses IP des présumés contrefacteurs par la société de production avait elle-même été réalisée légalement.

À cet effet, la société Orange a précisé que conformément à la réglementation applicable en matière de protection des données à caractère personnel, tant la loi informatique et libertés que le Règlement Général sur la Protection des Données (RGPD), avant toute sollicitation des données d'identification, la société de production canadienne devait démontrer avoir respecté les obligations qui découlent de cette réglementation.

Le juge des référés a suivi l'argumentation de la société Orange en précisant que pour être licites, la collecte et le traitement des adresses IP par la société de production canadienne doivent avoir été opérés dans le respect des règles applicables à la protection des données à caractère personnel.

Le juge a rappelé qu'en application des articles 27, 30 et 37 du RGPD, il incombe à la société canadienne, en sa qualité de responsable de traitement établi en dehors de l'Union européenne, de désigner un représentant en Europe et de tenir à jour un registre des traitements au sein duquel une fiche du registre doit être consacrée au traitement des données des présumés contrefacteurs.

Par ailleurs, dans la mesure où les adresses IP collectées dans le contexte de la lutte contre la contrefaçon sur internet doivent être considérées comme une collecte à grande échelle de données d'infraction au sens de l'article 10 du RGPD, la société canadienne doit également désigner un délégué à la protection des données.

En outre, il appartient à la demanderesse d'assurer la sécurité des données et de garantir leur confidentialité.

A cet égard, la société de production n'a produit aucun élément démontrant sa conformité et par conséquent permettant de prouver la licéité de son traitement.

Dès lors, le juge des référés a précisé que l'absence du caractère licite du traitement constitue un empêchement légitime à la communication des données et ce, d'autant que les éléments produits par la société de production sont insuffisants à démontrer l'existence des œuvres litigieuses ainsi que la titularité des droits d'exploitation invoqués sur ces œuvres.

Pour ces raisons, la société canadienne a été déboutée de l'ensemble de ses demandes.

A rapprocher : Articles 27, 30 et 37 du RGPD ; Article 145 du Code de procédure civile

IMMOBILIER – CONSTRUCTION URBANISME

Nouveau cas de régularisation en cours d'instance d'un vice affectant la procédure suivie devant la CNAC

CAA Bordeaux, 11 juillet 2019, *société Issoudun Distribution*, req. n°17BX03415

Ce qu'il faut retenir :

Par un arrêt en date du 11 juillet 2019, signalé en « C+ », la Cour administrative d'appel de Bordeaux a jugé que le vice affectant l'avis tacite émis par la CNAC et tiré du défaut de consultation des ministres intéressés et d'absence d'établissement d'un rapport d'instruction, dans le cadre de l'instruction par la CNAC d'un permis de construire valant autorisation d'exploitation commerciale, peut être régularisé.

Plus particulièrement, cette juridiction a estimé que « *ce vice est régularisable par la reprise de la procédure devant la Commission nationale d'aménagement commercial, après la rédaction d'un rapport d'instruction et la consultation des ministres chargés du commerce et de l'urbanisme* » et qu'il y

avait donc lieu pour elle de faire usage des pouvoirs qu'elle détient des dispositions de l'article L.600-5-1 du Code de l'urbanisme, « *afin de permettre, en cas d'avis favorable de la CNAC, la régularisation (…)* » de l'arrêté de permis de construire valant autorisation d'exploitation commerciale.

Pour approfondir :

L'article L.600-5-1 du Code de l'urbanisme, dans sa rédaction issue de l'article 80 de la loi n°2018-1021 du 23 novembre 2018, dispose : « *(…) le juge administratif qui, saisi de conclusions dirigées contre un permis de construire, (…) estime, après avoir constaté que les autres moyens ne sont pas fondés, qu'un vice entraînant l'illégalité de cet acte est susceptible d'être régularisé, sursoit à statuer, après avoir invité les parties à présenter leurs observations, jusqu'à l'expiration du délai qu'il fixe pour cette régularisation, même après l'achèvement des travaux. (…)* ». Dans ce cadre, et dès lors que le permis de construire est toujours en cours de validité, la mesure de régularisation à laquelle renvoie l'article L.600-5-1 permet d'effacer les vices du permis de construire initial, sur le respect des règles de fond applicables (Conseil d'Etat, 9 décembre 1994, *SARL Séri*, req. n°116446), comme sur des exigences de forme ou encore sur des formalités qui auraient été omises (Conseil d'Etat, 2 février 2004, *Fontaine de Villiers*, req. n°238315) (v. également conclusion du Rapporteur public Madame Suzanne von COESTER sur Conseil d'Etat, 22 février 2017, *Mme B*, req. n°392998).

Et il a pu être admis que la circonstance que le permis de construire vaut autorisation d'exploitation commerciale ne fait pas, par elle-même au moins, obstacle à la mise en œuvre de cette procédure (v. notamment, en ce sens, conclusions de Monsieur le Rapporteur public Frédéric Dieu sur Conseil d'Etat, 23 décembre 2016, *société MDPV Distribution*, req. n°398077 ; v. très récemment Conseil d'Etat, 15 avril 2019, Avis contentieux, *société Difradis*, req. n°425854 s'agissant du permis de construire délivré sur la base d'un avis émis après que la CNAC a rejeté à tort l'un des recours dont elle était saisie comme irrecevable ; CAA Bordeaux, 11 juillet 2019, *société Difradis*, req. n°16BX03291).

Par le présent arrêt, la Cour administrative de Bordeaux pose le principe suivant lequel l'absence de consultation des ministres intéressés, comme le défaut d'établissement d'un rapport d'instruction, en violation des dispositions des articles R.752-35 et R.752-36 du Code de commerce, peut être régularisé dans le cadre de la procédure de sursis prévue par l'article L.600-5-1 du Code de l'urbanisme, à la faveur d'une nouvelle consultation, cette fois-ci régulière, de la CNAC, qui pourra donner lieu à un permis de construire modificatif.

Une solution inverse avait pourtant été retenue par la Cour administrative d'appel de Douai quelques mois plus tôt « *en l'absence de précisions sur le sens et le contenu des avis que les ministres auraient pu émettre* » (CAA Douai, 27 septembre 2018, *Société Carrefour Hypermarchés*, req. n°16DA02179) mais elle paraît s'inscrire dans un mouvement constant d'extension du champ des mesures de régularisation des permis de construire, y compris lorsque ceux-ci valent autorisation d'exploitation commerciale.

Il reste que le recours à la procédure de régularisation en cas de vice affectant un PCVAEC ne semble pas dépourvu de limites et a déjà été exclu par les juridictions à plusieurs reprises : en cas d'obligation, suite à l'avis défavorable émis postérieurement à la délivrance du permis de construire, de ramener la surface de vente du projet à moins de 1 000 m² (CAA Nancy, 27 avril 2017, *Société MDVP*, req. n°15NC02351-16NC00013), dans l'hypothèse d'une annulation, pour un motif de fond, de l'autorisation d'exploitation commerciale alors délivrée séparément (CAA Bordeaux 25 juin 2015, *Commune de Buisson de Cadouin*, req. n°13BX03467) ou encore dans celle de la remise en cause d'un tel avis à raison de l'incompatibilité du projet avec le schéma de cohérence territoriale et de sa modification substantielle en cours d'instruction (CAA Douai, 12 juillet 2018, *SAS Cora*, req. n°17DA01691).

A rapprocher : CE, 15 avril 2019, Avis contentieux, *société Difradis*, req. n°425854 ; CAA Bordeaux, 11 juillet 2019, *société Difradis*, req. n°16BX03291

Absence de mention sur le procès-verbal du nom du copropriétaire opposant
Cass. civ. 3ème, 11 juillet 2019, n°18-18.615

Ce qu'il faut retenir :

L'absence de mention sur le procès-verbal du nom du copropriétaire ayant voté contre la résolution soumise au vote, imposée par l'article 17 du décret n°67-223 du 17 mars 1967, est sans incidence sur la régularité du vote, dès lors que ce copropriétaire était identifiable sans aucune équivoque par rapprochement des actes de l'assemblée.

Pour approfondir :

En application de l'article 17 du décret n°67-223 du 17 mars 1967, le procès-verbal d'assemblée générale précise les noms des copropriétaires ou associés qui se sont opposés à la décision et leur nombre de voix, ainsi que **les noms des copropriétaires** ou associés qui se sont abstenus et leur nombre de voix.

En l'espèce, M. et Mme Z, propriétaires d'un lot dans un immeuble en copropriété, ont assigné le syndicat des copropriétaires en annulation d'une assemblée générale et, subsidiairement, de l'une des résolutions ne comportant pas, sur le procès-verbal, la mention du nom du copropriétaire ayant voté contre.

La cour d'appel a rejeté leurs demandes tendant tant à l'annulation de l'assemblée générale, que de la résolution évoquée, en retenant que l'absence de mention sur le procès-verbal du nom du copropriétaire ayant voté contre la résolution soumise au vote était sans incidence sur la régularité du vote, dès lors que ce copropriétaire était identifiable.

En effet, la cour d'appel a constaté que le rapprochement, d'une part, du procès-verbal et de la feuille de présence, d'autre part, des votes émis contre certaines résolutions permettait d'identifier le seul copropriétaire détenteur des 919 voix exprimées contre la résolution. La Cour de cassation valide la position retenue par la cour d'appel et rejette le pourvoi formé par les propriétaires mécontents.

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

Bail commercial et désamiantage : étendue de la responsabilité du preneur en cas d'incendie
Cass. civ. 3ème, 11 juillet 2019, n°18-15.424

Ce qu'il faut retenir :

Dès lors qu'en application de l'article 1733 du Code civil, la responsabilité de l'incendie incombe au preneur, et que la nécessité de procéder à des travaux de désamiantage est une conséquence directe de cet incendie, la responsabilité du bailleur ne peut être engagée du fait de la réalisation tardive dudit désamiantage outre que le preneur reste tenu d'indemniser le bailleur de la perte des loyers jusqu'à reconstruction.

Pour approfondir :

Dans l'affaire commentée, une société exploitait une activité de fabrication d'ouate de cellulose dans un hangar qui lui avait été donné à bail commercial en 1993.

Le 11 novembre 2012, un incendie a partiellement détruit le hangar, provoquant la chute d'une grande partie de la toiture, composée de plaques de fibrociment.

Le maire de la commune a pris un arrêté de péril imminent interdisant l'accès au bâtiment, sauf aux techniciens et entreprises dont l'intervention était indispensable à la rédaction des rapports, tout en précisant que cette intervention devrait nécessairement être de courte durée.

Tant que le bailleur n'avait pas procédé à la démolition de cette toiture et au désamiantage des lieux, le preneur se trouvait donc dans l'impossibilité de récupérer ses machines afin de les réparer et de poursuivre son exploitation dans un autre lieu.

Le bailleur n'a procédé aux travaux de démolition et de désamiantage du hangar qu'au cours du mois de juillet 2013, et le preneur n'a, par conséquent, pas pu obtenir la restitution de ses machines.

Considérant que cette remise en état tardive constituait une faute de la part du bailleur, le preneur a sollicité en justice sa condamnation à des dommages-intérêts au titre de la remise en état des machines, du manque à gagner et de la perte de chance de réaliser une marge commerciale supplémentaire.

La demande du preneur a été rejetée en première instance (TGI Grasse, 6 décembre 2016), mais celui-ci a interjeté appel du jugement. Le bailleur a, quant à lui, sollicité à titre reconventionnel, la condamnation du preneur au paiement de dommages-intérêts en réparation de sa perte de chance de percevoir des loyers.

Par un arrêt en date du 1er février 2018, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a fait droit aux demandes d'indemnisation du preneur (CA Aix-en-Provence, 11ème Chambre A, 1er février 2018, RG n°17/00277), jugeant que le bailleur, « *en s'abstenant de faire procéder sans délai (…) aux travaux de démolition de la toiture et de désamiantage des lieux, a par sa faute retardé le moment auquel la locataire pouvait procéder à l'enlèvement de ses machines* », et que « *les*

préjudices matériels invoqués par [le preneur] sont ainsi directement causés par ce retard et le défaut de sécurisation des lieux par [le bailleur] ».

La cour d'appel d'Aix-en-Provence a par ailleurs rejeté, pour les mêmes raisons, la demande reconventionnelle du bailleur en indemnisation de sa perte de chance de percevoir des loyers, indiquant que le preneur « *ne saurait se voir imputer des délais incombant au seul bailleur* ». Le bailleur a formé un pourvoi en cassation.

La Cour de cassation a censuré l'arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence, en s'appuyant sur les deux premiers moyens du pourvoi principal, fondés sur l'article 1733 du Code civil :

i. dès lors que la responsabilité de l'incendie incombe au preneur et que la nécessité de procéder aux travaux de désamiantage est une conséquence directe de cet incendie, le preneur ne peut être indemnisé du fait de la réalisation tardive par le bailleur de ces travaux de désamiantage ;

ii. le preneur dont la responsabilité est engagée sur le fondement de l'article 1733 du Code civil doit réparer l'entier dommage causé par l'incendie, ce qui implique d'indemniser le bailleur de la perte des loyers jusqu'à la reconstruction de l'immeuble.

La Cour de cassation confirme ainsi une jurisprudence antérieure, par laquelle elle avait déjà précisé que le bailleur ne peut se voir reprocher aucune faute justifiant qu'il soit condamné à partager la responsabilité avec le preneur si cette faute n'est pas à l'origine de l'incendie (Cass. civ. 3ème, 13 juin 2007, n°06-10.033, publié au Bulletin).

La Cour de cassation confirme également une jurisprudence plus ancienne selon laquelle le preneur déclaré responsable de l'incendie de la chose louée est tenu d'en réparer intégralement les conséquences (Cass. civ. 3ème, 5 février 1971, n°69-13.849, publié au Bulletin), qui comprennent donc également, d'après l'arrêt commenté, le préjudice subi par le bailleur du fait de la perte des loyers jusqu'à la reconstruction de l'immeuble.

A rapprocher : Article 1733 du Code civil ; Cass. civ. 3ème, 13 juin 2007, n°06-10.033 ; Cass. civ. 3ème, 5 février 1971, n°69-13.849

Saisie immobilière et vente d'un bien occupé : indemnité d'occupation due à compter du jugement d'adjudication

Cass. civ. 2ème, 6 juin 2019, n°18-12.353

Ce qu'il faut retenir :

En application de l'article L.322-10 du Code des procédures civiles d'exécution, l'adjudication emporte vente forcée du bien saisi et en transmet la propriété à l'adjudicataire. Sauf disposition contraire du cahier des conditions de vente, le saisi, qui perd tout droit d'occupation dès le prononcé du jugement d'adjudication, est tenu à la délivrance du bien. L'indemnité d'occupation est la contrepartie de l'utilisation sans titre du bien. Ainsi, dans la mesure où le jugement d'adjudication opère transfert de propriété, le saisi, devenu occupant sans droit ni titre, en est redevable à compter de la date de ce jugement.

Pour approfondir :

Des poursuites en vue d'obtenir la saisie d'un appartement ont été engagées par le syndicat des copropriétaires d'un immeuble à l'encontre de l'un des propriétaires. Le bien a été saisi, puis adjugé au créancier poursuivant par un jugement en date du 29 novembre 2012.

Le syndicat des copropriétaires a saisi le tribunal d'instance aux fins de condamnation de l'ancien propriétaire à lui payer une indemnité d'occupation, du jour de l'adjudication au jour de son expulsion, le 23 octobre 2013.

La cour d'appel de Versailles a fait droit à la demande du **syndicat des copropriétaires** et l'ancien propriétaire a formé un pourvoi en cassation.

Ce dernier estimait que l'indemnité d'occupation n'était due par le débiteur, qui s'était maintenu dans les lieux, que depuis la date de la signification du jugement d'adjudication. Ce jugement n'ayant été signifié que le 11 mars 2013, l'ancien propriétaire considérait que le montant de l'indemnité d'occupation devait donc être revu à la baisse. Il fondait son raisonnement, notamment sur les articles 502 et 503 du Code de procédure civile, qui prévoient respectivement :

- Article 502 : « *Nul jugement, nul acte ne peut être mis à exécution que sur présentation d'une expédition revêtue de la formule exécutoire, à moins que la loi n'en dispose autrement* ».

- Article 503, alinéa 1er : « *Les jugements ne peuvent être exécutés contre ceux auxquels ils sont opposés qu'après leur avoir été notifiés, à moins que l'exécution n'en soit volontaire* ».

La Cour de cassation rejette cette argumentation en considérant qu'en application de l'article **L.322-10 du Code des procédures civiles d'exécution**, l'adjudication emporte vente forcée du bien saisi et en transmet la propriété à l'adjudicataire, le saisi étant dès lors tenu, à l'égard de l'adjudicataire, à la délivrance du bien.

Il en résulte que, sauf dispositions contraires du cahier des conditions de vente, le saisi perd tout droit d'occupation dès le prononcé du jugement d'adjudication.

La Cour de cassation précise ensuite que l'indemnité d'occupation est la contrepartie de l'utilisation sans titre du bien ; que c'est dès lors à bon droit que la cour d'appel a retenu que le syndicat des copropriétaires étant devenu propriétaire dès le jugement d'adjudication du 29 novembre 2012, l'ancien propriétaire des locaux était occupant sans droit ni titre, et en conséquence, tenu au paiement d'une **indemnité d'occupation**, depuis cette date.

Cet arrêt précise donc que le point de départ de l'indemnité d'occupation est le jugement d'adjudication, et non, comme le soutenait l'ancien propriétaire, la date de la signification de ce jugement.

Aux termes de cette décision, la Haute juridiction semble opérer un revirement de jurisprudence, dans la mesure où jusqu'alors, la deuxième chambre civile retenait la date de signification du jugement, et non celle de son prononcé, comme point de départ de l'indemnité d'occupation (Cass. civ. 2ème, 3 juin 1998, n°96-13.865 ; Cass. civ. 2ème, 14 juin 2001, n°99-19.353).

Par cette décision, vouée à une large diffusion, (FS + P + B + I), la Cour de cassation semble donc mettre un terme à la jurisprudence antérieure en précisant la simultanéité de l'adjudication et du transfert de propriété, et surtout, en affirmant que l'indemnité d'occupation est due dès le jugement d'adjudication.

A rapprocher : Cass. civ. 2ème, 3 juin 1998, n°96-13.865 ; Cass. civ. 2ème, 14 juin 2001, n°99-19.353

INTERNATIONAL

Accord économique et commercial global (AECG ou CETA – *Comprehensive Economic Trade Agreement*)
Ratification en 1ère lecture par l'Assemblée nationale le 23 juillet 2019

Ce qu'il faut retenir :

Le 23 juillet 2019, l'Assemblée nationale a adopté le projet de loi autorisant la ratification du CETA (Accord économique et commercial global entre l'UE et ses Etats membres, et le Canada) en première lecture, avec une majorité de 266 voix pour, 213 contre (dont 54 abstentions).

En France, l'autorisation de ratification doit désormais être débattue devant le Sénat.

Le CETA (le « **Traité** ») était déjà entré en application provisoire le 21 septembre 2017. Cette application portait sur l'ensemble de ses dispositions commerciales, à l'exclusion des dispositions relatives à la protection des investissements et le mécanisme de règlement des différends investisseurs/Etats (cf. **Lettre du Cabinet – Septembre 2017**).

Dans l'avis n°2/15 du 16 mai 2017, la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) avait indiqué que les accords de « nouvelle génération », relèvent à la fois de la compétence exclusive de l'UE et d'une compétence partagée entre l'UE et les Etats membres.

Ainsi, chaque Etat membre doit autoriser individuellement la ratification par les 38 parlements nationaux et régionaux pour entrer en vigueur.

Au 23 juillet 2019, treize Etats membres ont ratifié l'accord à savoir : Autriche, Croatie, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, Lettonie, Lituanie, Malte, Portugal, République Tchèque, Royaume-Uni et Suède. Au Canada, les deux assemblées ont autorisé la ratification dès 2017.

Pour approfondir :

Cet accord de commerce contient, outre les dispositions traditionnelles relatives à la réduction des droits de douane et des obstacles non tarifaires affectant les échanges, des dispositions dans diverses

matières liées au commerce, telles que la propriété intellectuelle, les investissements, les marchés publics, la concurrence et le développement durable.

En pratique, le Traité doit réduire 99% des barrières d'importations, permettre aux entreprises canadiennes et européennes de participer aux marchés publics, de services et d'investissements de l'autre partenaire, et renforcer la coopération entre le Canada et l'UE en termes de normes et de régulation.

Parmi les innovations de l'Accord, l'instauration d'un système juridictionnel des investissements (Investment Court System, ICS) au chapitre 8. Ce mécanisme a vocation à permettre à une entreprise d'attaquer un Etat devant un tribunal arbitral d'exception ICS si elle estime qu'une décision politique a violé les règles du Traité et lésé ses intérêts économiques.

Le CETA opère ainsi une réforme des mécanismes de protection des investissements en mettant fin au système d'arbitrage qui a suscité de nombreuses inquiétudes dans le débat public, notamment sur la capacité des Etats à règlementer dans l'intérêt général.

Cette juridiction se substitue aux mécanismes traditionnels d'arbitrage utilisés pour le règlement des différends entre investisseurs et Etats dans 1400 accords conclus depuis la fin des années 1950 par les 28 membres de l'UE pour protéger leurs investissements étrangers.

Exclu du champ d'application provisoire, ce mécanisme a fait l'objet d'une décision de la CJUE dans l'avis 1/17 du 20 avril 2019. La Belgique avait en effet demandé l'avis de la CJUE au sujet de la compatibilité de ce mécanisme de règlement des différends avec le droit primaire de l'Union.

La Cour conclut à la compatibilité de ce mécanisme avec le droit primaire de l'UE. La Cour rappelle qu'un accord international prévoyant la création d'une juridiction chargée de l'interprétation de ses dispositions et dont les décisions lient l'Union est, en principe, compatible avec le droit de l'UE, à la condition que ne soit pas porté atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union, qui repose sur un cadre constitutionnel qui lui est propre.

Ainsi la Cour estime :

- que le CETA ne confère aux tribunaux envisagés par l'accord aucune compétence d'interprétation ou d'application du droit de l'UE autre que celle portant sur les dispositions de cet accord ;

- que le CETA contient des clauses pouvant priver ces tribunaux de toute compétence pour remettre en cause les choix démocratiquement opérés au sein d'une Partie à cet accord en matière, notamment, de niveau de protection de l'ordre public, de sécurité publique, de la moralité publique, de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation de l'innocuité alimentaire, des végétaux, de l'environnement, du bien-être au travail, de la sécurité des produits, des consommateurs ou encore de droits fondamentaux. Il ne porte donc pas atteinte à l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union ;

- quant à la compatibilité du mécanisme avec le principe général d'égalité de traitement : si le CETA confère aux investisseurs canadiens qui investissent dans l'UE une voie spécifique d'action contre des mesures de l'Union, leur situation n'est pas comparable à celle des investisseurs des Etats membres qui investissent dans l'Union ;

- que le CETA ne porte également pas atteinte à l'effectivité du droit de l'UE au seul motif qu'une sentence adoptée par le tribunal institué par cet accord pourrait avoir pour effet, dans des circonstances exceptionnelles, de neutraliser une amende pour infraction au droit de la concurrence infligée par la Commission ou par une autorité de la concurrence d'un Etat membre.

  En effet, le droit de l'UE permet lui-même l'annulation de l'amende lorsque celle-ci est entachée d'un vice correspondant à celui que le tribunal du CETA pourrait constater ;

- que les engagements pris par la Commission et le Conseil, pour assurer l'accessibilité des tribunaux envisagés aux PME suffisent, dans le cadre de cette procédure d'avis, pour conclure que le CETA est compatible avec l'exigence d'accessibilité ;

- que le CETA contient des garanties suffisantes pour assurer l'indépendance des membres des tribunaux envisagés.

Validé par la CJUE, le chapitre relatif à l'instauration du Tribunal arbitral d'exception ICS entrera donc en vigueur après la ratification du CETA par l'ensemble des parlements nationaux et régionaux.

A noter - Quelques chiffres :

- **Une relation économique et commerciale franco-canadienne très riche, accentuée depuis l'entrée en vigueur provisoire du CETA :**

En 2018	France → Canada	Canada → France
Echanges bilatéraux de biens : 6,27 Md €	Exportations françaises : 3,36 Md €	Importations canadiennes : 2,91 Md €
Investissements croisés (*Enquête INSEE*)	+900 filiales de sociétés françaises au Canada employant 99 500 salariés	250 filiales canadiennes en France employant 21 000 salariés

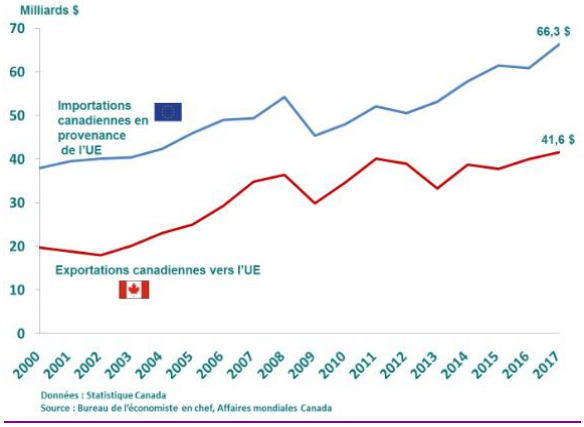
*Source : **Entre la France et la Canada c'est une relation d'échanges**,* **V.I.E - Business France**

- **Les relations commerciales entre le Canada et l'Union européenne avant l'entrée en vigueur provisoire du CETA :**

En 2016	UE → Canada	Canada → UE
Commerce de marchandises (Canada : 10è partenaire commercial de l'UE)	Importations des marchandises en provenance de l'UE : 60,9 Md $ Augmentation de 5,8% par rapport à 2015	Exportations du Canada vers l'UE : 40,0 Md $
Commerce des services	Importations à partir de l'UE se sont élevées à 24,1 Md $	Exportation des services vers l'UE ont atteint 17,3 Md $ (soit 16,9% des exportations totales de services)
Investissements directs étrangers (IDE)	2ème source d'IDE au Canada. Stocks connus ont atteint 246,9 Milliards $ (soit 29,9% des stocks totaux d'IDE au Canada)	Stock d'investissement direct du Canada dans l'UE ont atteint 232,1 Md $ (soit 1/5 de l'investissement direct total du Canada à l'étranger

*Source : **Aperçu de l'Union européenne**,* **Le Service des délégués commerciaux du Canada**

- **Commerce annuel de marchandises Canada-UE jusqu'en 2017 :**

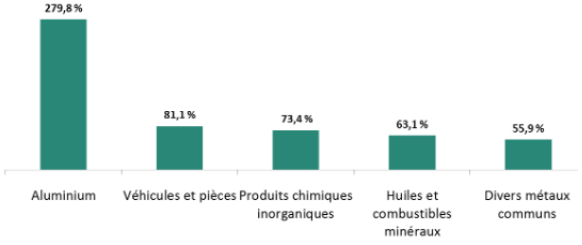


*Source : **Evolution du commerce des marchandises du Canada avec l'UE dans le cadre de l'AECG**,* **Affaires mondiales du Canada**

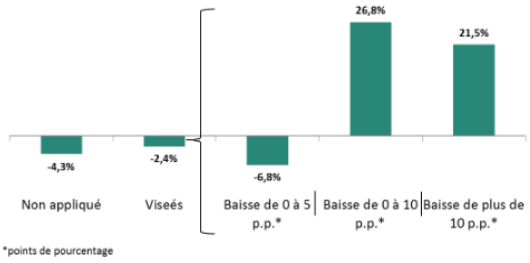
- **Depuis l'entrée en vigueur provisoire du CETA :**

Pour le Canada :

- *Cinq principales marchandises exportées vers l'UE ayant connu la croissance la plus rapide (octobre 2017 à juillet 2018 c/ année précédente) : augmentation de 3,8% par rapport à l'année précédente :*



- *Croissance des importations canadiennes de l'UE selon le niveau de réduction tarifaire (octobre 2017 à juillet 2018 c/ année précédente) : augmentation de 3,8% par rapport à l'année précédente :*



*Source : **Evolution du commerce des marchandises du Canada avec l'UE dans le cadre de l'AECG**,* **Affaires mondiales du Canada**

Pour l'Union européenne :

- *Augmentation des exportations de l'UE au Canada dans certains secteurs :*

Octobre 2017 à juin 2018	Augmentation des exportations de l'UE au Canada (+7%)
Machines, appareils, engins mécaniques	+8%
Produits pharmaceutiques	+10%
Mobilier	+10%
Parfums/ cosmétiques	+11%
Chaussures	+8%
Vêtements	+11%
Fruits et fruits à coque	+29%
Vins mousseux	+11%
Whisky	+5%
Chocolat	+34%

*Source : **Un an après : l'accord commercial UE-Canada donne des résultats positifs***, **Commission Européenne**

A rapprocher : ***Le CETA chapitre par chapitre***, **Commission Européenne**

*****

ACTUALITÉ SIMON ASSOCIÉS

ÉVÉNEMENTS

Congrès de la Franchise et des Réseaux

Nouvelles formes de déploiement : trouver le bon équilibre dans votre réseau
Une journée organisée par LSA, en partenariat avec SIMON ASSOCIES
25 septembre 2019 – Paris

En savoir plus et s'inscrire

DISTINCTIONS

TOP 20 des classements Distribution et Concurrence 2019 – Le Monde du Droit

Le Monde du Droit dévoile le classement complet des cabinets d'avocats en droit de la distribution et droit de la concurrence :

	DISTRIBUTION
1	SIMON ASSOCIÉS
2	VOGEL & VOGEL
3	CORNET VINCENT SEGUREL
4	SIMMONS & SIMMONS
5	FIDAL
6	REDLINK
7	GRALL & ASSOCIÉS
8	AMADIO PARLEANI GAZAGNES
9	AUGUST DEBOUZY
10	BREDIN PRAT
11	GOUACHE AVOCATS
12	EVERSHEDS SUTHERLAND
13	GIDE
14	RACINE
15	DE PARDIEU BROCAS MAFFEI
16	BIGNON LEBRAY
17	TAYLOR WESSING
18	AYACHE SALAMA
19	CMS FRANCIS LEFEBVRE AVOCATS
20	MAYER BROWN

	CONCURRENCE
1	VOGEL & VOGEL
2	SIMON ASSOCIÉS
3	MCDERMOTT WILL & EMERY
4	FIDAL
5	JONES DAY
6	BIGNON LEBRAY
7	LINKLATERS
8	ALLEN & OVERY
9	DECHERT
10	REDLINK
11	CMS FRANCIS LEFEBVRE AVOCATS
12	GRALL & ASSOCIÉS
13	EVERSHEDS SUTHERLAND
14	RACINE
15	CHEMARIN & LIMBOUR
16	AMADIO PARLEANI GAZAGNES
17	GIDE
18	TAYLOR WESSING
19	MAYER BROWN
20	AYACHE SALAMA

Le Palmarès du Droit repose sur une grande enquête menée auprès de 8000 juristes et 7500 dirigeants d'entreprises qui sont interrogés sur les critères suivants : disponibilité, réactivité, innovation (créativité), connaissance du fonctionnement de l'entreprise, compréhension des besoins, qualité de la prestation et mode de rémunération.