

SOMMAIRE

PARIS - NANTES MONTPELLIER - LYON
<i>Bureaux intégrés</i>
AIX-EN-PROVENCE BORDEAUX - CAEN CLERMONT-FERRAND GRENOBLE - LE HAVRE - LYON MARSEILLE - ROUEN SAINT-DENIS (La Réunion) SAINT-ETIENNE TOULOUSE
<i>Réseau SIMON Avocats</i>
ALGÉRIE - ARGENTINE ARMÉNIE - AZERBAÏDJAN BAHAMAS - BAHRÉÏN BELGIQUE - BIRMANIE BOLIVIE - BRÉSIL - BULGARIE CAMBODGE - CAMEROUN CHILI - CHINE - CHYPRE COLOMBIE - COREE DU SUD COSTA RICA - CÔTE D'IVOIRE EGYPTE - EL SALVADOR ÉMIRATS ARABES UNIS ESTONIE - ÉTATS-UNIS GUATEMALA - HONDURAS HONGRIE - ÎLE MAURICE ÎLES VIERGES BRITANNIQUES INDE - INDONÉSIE - IRAN ITALIE - LUXEMBOURG MALTE - MAROC NICARAGUA - OMAN PANAMA - PARAGUAY PÉROU - PORTUGAL RD CONGO RÉPUBLIQUE DOMINICAINE SENEGAL - SINGAPOUR THAÏLANDE - TUNISIE URUGUAY - VENEZUELA VIETNAM
<i>Conventions transnationales</i>

www.simonassociés.com
www.lettredesreseaux.com



DISTRIBUTION	
Absence de déloyauté du franchiseur qui organise la conversion de son réseau sous l'enseigne de son repreneur CA Paris, 3 avril 2019, n°17/05173	p. 2
Action en nullité et en résiliation du contrat : point de départ de la prescription CA Paris, 3 avril 2019, n°17/12787	p. 3
La protection du droit à commission de l'agent commercial Cass. com., 10 avril 2019, n°17-27.689	p. 4
Modération d'une clause pénale stipulée dans une transaction Cass. com., 20 mars 2019, n°17-18.977	p. 5
CONCURRENCE & CONSOMMATION	
Le nouvel article L. 442-1 du Code de commerce relatif aux pratiques restrictives de concurrence engageant la responsabilité de leurs auteurs (Ord. n°2019-359 du 24 avril 2019) Présentation, observations critiques et propositions	p. 6
L'application dans le temps de l'article L. 341-2 du Code de commerce relatif aux conditions de validité de la clause de non-concurrence post-contractuelle	p. 11
Clause de non-concurrence post-contractuelle et cessation d'activité sous astreinte CA Paris, pôle 1 – ch. 5, 17 avril 2019, n°19/03841	p. 15
Refus d'agrément d'un concessionnaire dans un réseau de distribution sélective quantitative Cass. com., 27 mars 2019, n°17-22.083	p. 16
PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE & NOUVELLES TECHNOLOGIES	
Usage de la marque après le terme du contrat : contrefaçon TGI Paris, 7 mars 2019, RG n°17/08126	p. 19
Méthode d'appréciation du risque de confusion entre deux signes Cass. com., 10 avril 2019, n°18-10.075	p. 19
Atteinte à une marque renommée : preuve du profit indu Cass. com., 27 mars 2019, n°17-18.733	p. 20
Usage de la marque d'autrui pour référencer un site CA Paris, 5 mars 2019, RG n°17/13296	p. 21
IMMOBILIER – CONSTRUCTION - URBANISME	
Bail commercial : la garantie du cédant limitée à 3 ans, issue du dispositif PINEL, est d'ordre public Cass. civ. 3 ^{ème} , 11 avril 2019, n°18-16.121	p. 22
Autorité de la chose jugée d'une décision rendue à la suite du non renouvellement d'un bail commercial - Possibilité de répéter les indemnités versées Cass. civ. 3 ^{ème} , 28 mars 2019, n°17-17.501	p. 23
La conception libérale de la preuve du principe du contradictoire dans la réception des travaux Cass. civ. 3 ^{ème} , 7 mars 2019, n°18-12.221	p. 24
Promesse de vente et rétractation : l'agent immobilier doit vérifier la signature sur le recommandé Cass. civ. 3 ^{ème} , 21 mars 2019, n°18-10.772	p. 25
INTERNATIONAL	
Le nouveau cadre des Investissements Directs Etrangers en Chine et dans l'Union Européenne Loi et Règlement relatifs aux investissements directs étrangers	p. 26
Droit d'auteur et droits voisins dans l'environnement numérique : la nouvelle Directive européenne à transposer Directive « sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique »	p. 31
ACTUALITÉ SIMON ASSOCIÉS	p. 33

DISTRIBUTION

Absence de déloyauté du franchiseur qui organise la conversion de son réseau sous l'enseigne de son repreneur

CA Paris, 3 avril 2019, n°17/05173

Ce qu'il faut retenir :

Le franchiseur qui a organisé la cessation à une même date de l'ensemble des contrats de franchise dans le contexte de la cession de ses actifs à une enseigne concurrente n'a pas manqué à son obligation contractuelle de bonne foi vis-à-vis de ses franchisés.

Pour approfondir :

En 2011, le groupe Enterprise Rent-a-Car a manifesté son intérêt pour acquérir les actifs de la société Citer, tête du réseau de franchise de location de courte durée de voitures « National/Citer ».

Dans ce cadre, au cours de l'année 2012, après avoir informé ses franchisés du projet ci-dessus en 2011, la société Citer a convenu avec ces derniers que les relations en cours prendraient fin au 31 décembre 2013, sans possibilité de reconduction tacite.

Après avoir été acquise par le groupe Enterprise Rent-a-Car, la société Citer a indiqué, à la fin de l'année 2012, qu'elle ne procéderait pas au renouvellement des contrats de franchise en cours au sein de son réseau et que les contrats de franchise arrivant à échéance au 31 décembre 2013 ne seraient donc pas reconduits, les franchisés se voyant proposer de nouveaux contrats pour représenter l'enseigne Enterprise Rent-a-Car.

Par la suite, des instances ont opposé plusieurs anciens franchisés du réseau National/Citer à la société Citer, les franchisés reprochant à cette dernière une déloyauté dans l'exécution de ces obligations contractuelles et la conduite des opérations de cession du réseau.

C'est dans ce contexte qu'un litige a vu le jour entre la société Citer et son ancien franchisé d'Alfortville et Saint Maur a assigné la société Citer.

Le contrat de franchise avait été conclu le 13 mars 2006 pour une période de 4 ans, renouvelable une fois pour deux ans par tacite reconduction. Le contrat de franchise s'est tacitement renouvelé, son terme devant intervenir en mars 2012.

Le 20 janvier 2012, le franchisé a signé un nouveau contrat de franchise avec la société Citer entrant en vigueur au 1^{er} janvier 2012 pour une durée déterminée de 2 ans.

Dans le contexte ci-avant rappelé, le 17 décembre 2012, la société Citer a informé son franchisé que son contrat de franchise arrivant à échéance le 31 décembre 2013 ne serait pas reconduit.

Constatant plusieurs impayés de redevances, de loyers et de frais (dus en application d'un contrat de location conclu parallèlement), la société Citer a, le 15 avril 2014, assigné son ancien franchisé en paiement.

A titre reconventionnel, l'ex franchisé sollicitait la condamnation de la société Citer à lui verser diverses sommes en réparation des préjudices qu'elle estime avoir subi à raison des manquements de cette dernière à ses obligations contractuelles d'assistance, de coopération, de bonne foi dans l'exécution du contrat de franchise, et de la violation de ses obligations dans l'exécution du contrat de location de véhicules.

Par jugement du 9 février 2017, le tribunal de commerce de Paris a donné droit à la société Citer et débouté l'ancien franchisé de l'ensemble de ses demandes.

Devant la cour d'appel de Paris, l'ancien franchisé reproche à la société Citer une exécution déloyale et fautive du contrat de franchise ainsi que le non-respect de ses obligations inhérentes au contrat de location.

Au titre des manquements au contrat de franchise, le franchisé soutient notamment que la société Citer lui a, de manière déloyale, fait faussement croire qu'elle allait renouveler le contrat de franchise à son terme alors qu'il n'en a rien été.

Parmi ses autres griefs (qui ne seront pas tous repris dans le présent article), le franchisé reproche en outre à la société Citer d'avoir procédé à un changement brutal d'enseigne.

S'agissant du grief relatif à l'absence de renouvellement du contrat de franchise, la cour d'appel retient les circonstances suivantes pour débouter le franchisé :

- tout d'abord, il n'y avait rien d'anormal à régulariser un nouveau contrat du 20 janvier 2012 quand le précédent contrat arrivait à son terme définitif le 12 mars 2012,
- ensuite, il n'est pas établi que, lors du séminaire de 2011 au cours duquel elle a présenté le projet de rachat par le groupe Enterprise Rent-a-Car, la société Citer se serait engagée à renouveler de manière systématique, pour le futur, les contrats de franchise arrivés à leur terme et à maintenir de manière définitive le réseau de franchisés existant,
- le contrat du 20 janvier 2012 était stipulé pour une durée de 2 ans à compter du 1^{er} janvier 2012, non renouvelable par tacite reconduction.

Sur ce point, la cour d'appel conclut ainsi que le franchisé, dont le dirigeant est « *professionnel de la vie des affaires et n'a en tout état de cause pu se méprendre sur la portée du contrat qu'il a signé notamment quant à son non renouvellement à l'échéance, ne peut utilement conclure à une attitude déloyale du franchiseur* » ; ce faisant, elle se place sur le terrain de la validité du contrat du 20 janvier 2012 (en retenant que le consentement du franchisé n'a pas pu être vicié), non sur celui de la loyauté du franchiseur dans son exécution.

S'agissant du grief relatif au changement brutal d'enseigne, l'ancien franchisé reproche plus précisément à la société Citer de ne pas s'être assurée que le changement d'enseigne pour Enterprise Rent-a-Car ne causerait pas de préjudice à la notoriété du réseau et n'engendrerait pas de perte de clientèle pour les franchisés, alors que les marques « National » et « Alamo » avaient été transférées au concurrent Europcar, lequel aurait ainsi récupéré gratuitement les clients des franchisés et la notoriété des marques cédées, financées depuis des années par les dits franchisés.

En outre, la société Citer n'aurait pas protégé le sort des réservations de véhicules ni procédé à aucune communication pour annoncer le changement

d'enseigne, créant ainsi une véritable confusion dans l'esprit de la clientèle.

Pour débouter l'ancien franchisé de ses griefs à ce titre, la cour retient que la société Citer a bien procédé à une communication à l'égard de ses clients en attirant leur attention sur le passage à la nouvelle enseigne.

En outre, un élément déterminant pris en considération par la cour consiste dans le fait que, dans le cadre des informations précontractuelles préalables fournies à la fin de l'année 2011 aux franchisés, les modifications structurelles de la société Citer et ses conséquences pour les dits franchisés ont bien été portées à leur connaissance ; ainsi en est-il de la possible perte du droit d'utiliser les marques « National » et « Alamo ».

Là encore, l'analyse de la cour se place sur le terrain de la loyauté de l'information précontractuelle fournie avant la signature du contrat du 20 janvier 2012, non sur la loyauté dans l'exécution du contrat, dans le contexte spécifique du rachat et du passage sous une nouvelle enseigne.

En définitive, la cour d'appel maintient le principe du débouté de l'ancien franchisé de l'ensemble de ses demandes et sa condamnation au titre des loyers et redevances mais réduit le montant des condamnations prononcées en première instance.

A rapprocher : Non-renouvellement du contrat de franchise et abus de droit du franchiseur

**Action en nullité et en résiliation du contrat :
point de départ de la prescription**
CA Paris, 3 avril 2019, n°17/12787

Ce qu'il faut retenir :

La décision rendue par la cour d'appel de Paris le 3 avril 2019 vient rappeler les principes applicables en matière de prescription, et plus particulièrement en ce qui concerne le point de départ du délai de prescription, lorsqu'il s'agit d'un contrat écrit et signé, et lorsqu'il s'agit d'un contrat tacite, non écrit.

Pour approfondir :

La société B. et la société E., tête de réseau, ont conclu, le 30 septembre 2005, un contrat de concession d'enseigne concernant l'exploitation d'un magasin sous l'enseigne E. situé à Bourgoin Jallieu, prenant effet au 1^{er} février 2006 pour une durée déterminée de 3 ans renouvelable. Fin 2009, la société E. a autorisé implicitement la société T. à exploiter un magasin sous l'enseigne E. situé à Tignieu-Jamezieu. En contrepartie des engagements pris par la société E., les sociétés B. et T. étaient tenues au paiement de redevances à l'égard de la tête de réseau. Celles-ci ont cependant rencontré des difficultés dans l'exécution de leurs engagements et ont laissé des factures impayées.

Par courrier recommandé du 18 février 2013, la société B. a informé la société E. de sa décision de mettre un terme au contrat. La société E. a donc interrompu les livraisons à compter du 19 avril 2013.

De son côté, la société E. a informé la société T., par courrier du 19 février 2013, qu'en raison du non-paiement des factures, elle résiliait le contrat et interrompait donc les livraisons.

Après avoir été placées en liquidation judiciaire, le liquidateur des sociétés T. et B. a assigné la société E. par assignation du 30 avril 2014, aux fins de solliciter, à titre principal, la nullité pour dol (défaut de communication du document d'information précontractuelle), des contrats conclus avec la société E. et obtenir sa condamnation au paiement de dommages et intérêts et, à titre subsidiaire, la résiliation des contrats aux torts et griefs exclusifs de la tête de réseau.

La société E. a soulevé la prescription des demandes formées par les sociétés B. et T. : selon elle, les concessionnaires avaient connaissance dès la signature des contrats, soit le 30 septembre 2005, du défaut de communication du DIP et le délai de prescription avait commencé à courir dès cette date ; or, ce n'est que le 30 avril 2014 que la société E. a été assignée, de sorte que la prescription quinquennale était déjà acquise.

Le liquidateur des sociétés T. et B. affirmait que l'action en nullité des contrats n'était pas prescrite : le délai de prescription n'avait commencé à courir qu'à la découverte du dol, soit au cours de l'exécution du contrat. Concernant la société T., il était soulevé le fait que, faute de signature d'un contrat écrit, le contrat devait être réputé avoir été conclu, soit à la date de la lettre d'intérêt pour l'ouverture du magasin (le 29

décembre 2009), soit à la date d'ouverture du magasin (le 24 avril 2010), de sorte que la prescription quinquennale n'était pas acquise lors de l'assignation.

Les juges du fond rappellent que « *la prescription quinquennale de l'action en nullité pour dol a pour point de départ le jour où le contractant a découvert le dol qu'il allègue* ». S'agissant du contrat « signé », le grief tiré du défaut de remise du DIP était donc connu lors de la conclusion du contrat, soit le 30 septembre 2005. La demande de nullité du contrat, intentée le 30 avril 2014, était donc prescrite lorsqu'elle a été invoquée. S'agissant du contrat « tacite », non signé, les juges du fond relèvent que le point de départ de la prescription pour défaut de remise du DIP pourrait se situer à la date d'ouverture du point de vente, soit le 24 avril 2010 ; le grief tiré du défaut de remise du DIP n'était donc pas prescrit lors de l'assignation.

Concernant la demande de résiliation des contrats, les juges du fond relèvent, pour l'exécution des deux contrats, que tous les manquements commis antérieurement à la date du 30 avril 2009 – soit 5 ans avant la date de l'assignation – sont prescrits.

Il convient de noter que, quand bien même l'action en nullité en dol n'est pas prescrite, encore faut-il, pour obtenir la nullité d'un contrat pour dol, pouvoir démontrer que la méconnaissance par la tête de réseau de son obligation d'information précontractuelle, est constitutive d'un dol, d'une réticence dolosive ou d'une erreur, de nature à vicier le consentement du co-contractant.

A rapprocher : CA Paris, 17 janvier 2018, n°15/17647

**La protection du droit à commission
de l'agent commercial**

Cass. com., 10 avril 2019, n°17-27.689

Ce qu'il faut retenir :

Sauf clause contraire, l'agent commercial qui est chargé d'un secteur géographique a droit à une commission pour toute opération conclue pendant la durée du contrat avec une personne appartenant à ce secteur (même si l'opération a été conclue sans son intervention) ; le fait que l'agent ne prouve pas avoir poursuivie de manière permanente son activité sur le territoire n'est pas un motif propre à écarter ce droit à commission.

Pour approfondir :

Un agent commercial était chargé de la distribution d'une gamme de produits A dans l'ouest de la France et d'une gamme de produits B dans la France entière. Contestant le refus du mandant de lui régler les sommes dues au titre des produits B, l'agent l'a assigné en paiement.

En effet, le second alinéa de l'article L.134-6 du Code de commerce prévoit que « *Lorsqu'il est chargé d'un secteur géographique ou d'un groupe de personnes déterminé, l'agent commercial a également droit à la commission pour toute opération conclue pendant la durée du contrat d'agence avec une personne appartenant à ce secteur ou à ce groupe.* »

Pour rejeter la demande de l'agent, la cour d'appel s'est fondée sur l'absence de preuve fournie quant à la poursuite d'une activité permanente sur la France entière (seule la preuve d'une activité pour les produits A dans l'ouest avait été apportée).

Ce motif a été anéanti par la Cour de cassation indiquant que, sauf clause contraire, l'article L.134-6 du Code de commerce s'applique et ne pose pas comme exigence la preuve d'une exploitation permanente du secteur géographique confié à l'agent.

A rapprocher : Article L.134-6 du Code de commerce

Modération d'une clause pénale stipulée dans une transaction

Cass. com., 20 mars 2019, n°17-18.977

Ce qu'il faut retenir :

Une clause pénale manifestement excessive peut être modérée par le juge, même si elle est stipulée dans une transaction revêtue de l'autorité de la chose jugée.

Pour approfondir :

Le 26 septembre 2007, la société G. aux droits de laquelle est venue la société N.L., a consenti un contrat de crédit-bail portant sur un aéronef à la société S.A, ayant pour associées les sociétés G.S et C.G.

Par deux actes du 30 juin 2011, la société G.S et Monsieur B se sont rendus cautions solidaires de l'exécution de ce contrat par la société S.A. Invoquant la résiliation du contrat de crédit-bail en raison du défaut de paiement de loyers, la société N.L a pratiqué une saisie revendication sur l'aéronef et a assigné en référé les sociétés S.A, G.S, et C.G en paiement et en restitution de l'appareil.

Le 8 février 2013, un protocole est signé entre les parties prévoyant, en cas de non-respect, une clause pénale d'un montant de 10 % des loyers restant dus et la valeur résiduelle du bien objet du contrat.

Aux termes de ce protocole, le non-respect de l'échéancier de paiement rendait immédiatement exigible l'intégralité de la créance visée dans l'assignation en référé.

Le protocole n'ayant pas été respecté, diverses mesures d'exécution ont été engagées et les débiteurs ont assigné la société N.L afin d'obtenir l'annulation et la résolution du protocole d'accord, ainsi que la modération de la clause pénale qui y était stipulée.

La cour d'appel de Paris a déclaré irrecevable leur demande de réduction des pénalités aux motifs qu'elle se heurte à l'autorité de la chose jugée attachée à la transaction. Elle estime que les parties ont accepté d'intégrer ce surcoût à la créance du crédit-bailleur en cas de carence de leur part.

C'est au visa des articles 1152 et 2047 du Code civil, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, que la chambre commerciale de la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt d'appel sur ce point.

La Cour de cassation précise que la stipulation du surcoût imposé aux parties en cas d'inexécution de leurs obligations résultant du protocole d'accord constituait une clause pénale, laquelle était susceptible de modération par le juge.

Par cette décision, la Cour de cassation ne fait qu'appliquer les règles classiques du droit des contrats issues du Code civil. En effet, la transaction étant définie, par l'article 2044 du Code civil, comme un « contrat », les règles relatives aux clauses pénales peuvent donc lui être appliquées. L'autorité de la chose jugée attachée à la transaction ne remet pas en cause le pouvoir de modération du juge en la matière.

Cette solution est donc protectrice des intérêts du débiteur de la clause et permet aux juges de garder un œil sur les dispositions de la clause pénale dans le cadre de la conclusion d'une transaction.

A rapprocher : Article 2044 du Code civil ; Articles 1152 et 2047 anciens du Code civil ; Article 1231-5 du Code civil

CONCURRENCE & CONSOMMATION

Le nouvel article L.442-1 du Code de commerce relatif aux pratiques restrictives de concurrence engageant la responsabilité de leurs auteurs (Ord. n°2019-359 du 24 avril 2019)

Présentation, observations critiques et propositions

Ce qu'il faut retenir :

Le nouvel article L.442-1 du Code de commerce redéfinit les trois notions concentrant l'essentiel du contentieux en matière de pratiques restrictives de concurrence : l'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné, le déséquilibre significatif, et la rupture brutale des relations commerciales établies (v. pour le contentieux du déséquilibre significatif : [Etude LDR, Panorama de jurisprudence 2016-2017 \(116 décisions et avis commentés\)](#) ; v. aussi, [Etude LDR, Tour d'horizon sur le déséquilibre significatif : 5 ans de jurisprudence \(2011-2016\)](#) ; v. pour le contentieux de la rupture brutale des relations commerciales établies : [Lexique LDR, « Rupture brutale des relations commerciales établies »](#)).

Le I° du nouveau dispositif concerne ces deux premières notions ; le II° est relatif à la troisième. Afin de simplifier et de rendre plus intelligible l'environnement légal pour les opérateurs économiques, précise le rapport au Président de la République, le nouveau texte se concentre sur ces trois pratiques tout en apportant des modifications – parfois regrettables selon nous – à leur champ d'application. Le régime juridique commun aux trois pratiques ainsi redéfinies pose également difficulté.

Pour approfondir :

1. Approche : Il convient d'évoquer successivement les modifications apportées au champ d'application (I) et au régime juridique (II) du nouvel article L.442-1 du Code de commerce.

1. Le champ d'application du nouvel article L.442-1 du Code de commerce

2. Structuration : Le nouvel article L.442-1 du Code de commerce redéfinit en deux temps les trois principales notions concentrant l'essentiel du contentieux en matière de pratiques restrictives de concurrence : le I° de ce texte vise l'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné et le déséquilibre significatif, qui font l'objet d'un chapeau commun (I.A.) ; le II° de ce texte vise distinctement la rupture brutale des relations commerciales établies (I.B.).

I.A. Les notions d' « avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné » et de « déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

3. Simplification : Comme l'indique le rapport au Président de la République, les pratiques énumérées aux 3°, 4°, 7°, 8°, 9°, 10°, 11°, 12°, 13° du I de l'ancien article L.442-6 ont été supprimées, ces fondements juridiques étant peu utilisés devant les juridictions compétentes. Le rapport au Président de la République précise que « les comportements illicites qu'elles visent à réprimer pourront être poursuivis sur le fondement du déséquilibre significatif (1° du nouvel article L.442-1) ou de l'avantage sans contrepartie (2° du nouvel article L.442-1) dont le champ d'application a été élargi ».

Qu'en est-il exactement ?

4. Le nouveau texte : Le nouvel article L.442-1, I, du Code de commerce dispose :

« I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services :

1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie ;

2° De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

Il ne reste en réalité pas grand-chose de l'ancien article L.442-6, I, 1° et 2° du Code de commerce. Les modifications apportées sont nombreuses, comme le montre la reproduction de la version « mark up » du texte (le texte nouveau est souligné, le texte ancien est supprimé, tandis que le reliquat correspond à la partie inchangée du texte ancien) :

« I. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, ~~par tout producteur, commerçant, industriel ou~~ dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne immatriculée au répertoire des métiers exerçant des activités de production, de distribution ou de services :

~~1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial de l'autre partie un avantage quelconque ne correspondant à aucune contrepartie aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie du service rendu.~~

~~Un tel avantage peut notamment consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation ou de promotion commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins, du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat ou de la rémunération de services rendus par une centrale internationale regroupant des distributeurs. Un tel avantage peut également consister en une globalisation artificielle des chiffres d'affaires, en une demande d'alignement sur les conditions commerciales obtenues par d'autres clients ou en une demande supplémentaire, en cours d'exécution du contrat, visant à maintenir ou accroître abusivement ses marges ou sa rentabilité ;~~

2° De soumettre ou de tenter de soumettre ~~un~~ partenaire commercial l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ».

5. « Toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services » : Le nouvel

article L.442-1, I du Code de commerce vise désormais « toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services » alors que le texte ancien visait « tout producteur, commerçant, industriel ». Le champ d'application du nouveau texte est donc élargi.

6. « dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat » : L'ajout par lequel le texte indique que la responsabilité encourue peut intervenir à tous les stades de la relation semble superfétatoire, même s'il amorce d'une certaine manière la notion de tentative, couverte par l'avantage sans contrepartie ou manifestement disproportionné (« D'obtenir ou de tenter d'obtenir (...) ») et le déséquilibre significatif (« De soumettre ou de tenter de soumettre (...) »).

7. Disparition de la notion de « partenaire commercial » : Le nouvel article L.442-1, I, du Code de commerce supprime la notion de « partenaire commercial » pour lui substituer celle d'« autre partie ».

Cette modification est fondamentale. On le sait, sous l'empire de l'ancien article L.442-6, I, 1° et 2° du Code de commerce, la jurisprudence a interprété la notion de « partenaire commercial » de manière restrictive (CA Paris, 27 septembre 2017, n°16/00671, LDR Sept.-oct. 2017 ; CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 19 décembre 2018, n°17/03922 : « S'agissant de délits civils qui peuvent être sanctionnés par des amendes civiles élevées, le principe d'interprétation stricte doit prévaloir »), en lui attribuant la définition suivante : « Un partenaire se définit comme le professionnel avec lequel une entreprise commerciale entretient des relations commerciales pour conduire une activité quelconque, ce qui suppose une volonté commune et réciproque d'effectuer de concert des actes ensemble dans des activités de production, de distribution ou de services, par opposition à la notion plus large d'agent économique ou plus étroite de cocontractant. » (v. à propos de la notion de partenaire commercial : CA Paris, 27 septembre 2017, n°16/00671, LDR Sept.-oct. 2017 ; v. aussi, CA Paris, 21 sept. 2016, n°14/06802). Cette définition a constamment été reprise depuis lors (v. encore récemment, CA Toulouse, 29 avril 2019, n°17/02224 : écartant l'application du texte à un contrat à exécution successive, celui-ci « ne pouvant pas s'analyser en un partenariat commercial en l'absence d'une volonté commune et réciproque d'effectuer des actes ensemble dans des activités de production, de distribution ou de service » ; v. aussi, TC Paris, 11 février 2019, n°2018020311 ; CA Paris, Pôle 5, chambre 11, 11 janv. 2019, n°17/00234).

Elle conduisait à exclure notamment du champ d'application du texte la relation entre une entreprise et son client (TC Lille, 10 novembre 2015, n°J2012000024), un banquier et son client (CA Douai, 9 mars 2017, n°16/01324), un assureur et son client (CA Paris, 29 juin 2016, n°14/03922), un groupement de personnes et ses membres (Cass. com., 11 mai 2017, n°14-29717 ; CA Paris, 3 févr. 2016, n°13/15768), les parties à un contrat de bail commercial (Cass. civ. 3^{ème}, 15 février 2018, n°17-11329), les parties à un contrat de crédit-bail (TC Paris, 3 janvier 2018, n°J2016046456), les parties à un contrat de location-financière (CA Toulouse, 29 avril 2019, n°17/02224), les parties à une transaction (CA Paris, 21 mars 2017, n° 16/06315) et, de manière plus générale, toute relation ponctuelle (CA Limoges, 5 avr. 2016, n°15/00002) ou dépourvue de continuité (CA Lyon, 28 juill. 2016, n°14/07438 et n°14/03204).

Cette interprétation restrictive de la notion de « *partenaire commercial* » permettait de la situer entre la notion plus large d'agent économique et celle, plus étroite, de cocontractant (v. not., en ce sens : CA Paris, Pôle 5, chambre 11, 11 janvier 2019, n°17/00234 ; CA Paris, Pôle 5, chambre 4, 19 décembre 2018, n°17/03922) ; et, il est vrai que les partenaires commerciaux n'étaient pas nécessairement des cocontractants (CA Paris, 21 juin 2017, n°15/18784).

8. Notion d' « autre partie » : La notion de « partenaire commercial » cède désormais la place à la notion d' « autre partie » : désormais, les rapports entre tous les agents économiques relèvent donc du champ d'application de ce texte. Il est difficile de faire plus large. C'est donc un pan tout entier de l'économie française qui se trouve aujourd'hui affecté par le nouveau dispositif.

9. Critique : Le rapport au Président de la République indique que cette modification fondamentale se justifierait pour deux motifs :

- le premier tiendrait à la complétude procurée par le dispositif nouveau : « *Pour pallier cette exclusion, le nouvel article L.442-1 du Code de commerce remplace cette notion de « partenaire commercial » par celle de « l'autre partie » au contrat, qui est une notion plus adaptée en ce qu'elle permet d'inclure toutes les situations où la pratique illicite est imposée à un cocontractant dans le cadre de son activité de distribution, de production ou de service* » (nous soulignons) ;

- le second résulterait d'un souci de cohérence : « *Le renvoi à cette notion d'autre partie au contrat est également en cohérence avec la modification du champ d'application qui prévoit que les pratiques sont appréhendées de la négociation à l'exécution du contrat* » (nous soulignons).

Or, précisément, ces deux motifs sont (selon nous) erronés.

La recherche de complétude n'est pas une fin en soi, en particulier lorsque le texte considéré n'a pas vocation à organiser le droit commun des contrats. Au demeurant, le rapport au Président de la République ne précise pas en quoi l'extension du champ d'application de ce dispositif particulier serait *effectivement* justifiée au cas présent. Qu'en est-il alors ? S'agissant d'un texte destiné à combattre un déséquilibre – qu'il soit juridique (art. L.442-1, 2°) ou économique (art. L.442-1, 1°) –, il paraît bien plus raisonnable d'en circonscrire le champ d'application aux seuls rapports *verticaux* de distribution qui, par nature, sont *a priori* structurellement déséquilibrés. Et, corrélativement, l'application de ce dispositif aux rapports *horizontaux* de distribution ne se justifie plus puisque, précisément, par nature, de tels rapports sont *a priori* structurellement équilibrés. C'est pour cette même raison que le rédacteur de l'ancien article L.442-6 du Code de commerce avait sagement envisagé de s'en tenir à un champ d'application bien plus restreint que ne l'envisage le nouvel article L.442-1, I, du Code de commerce.

Quant au motif tiré d'une recherche de « cohérence », également avancé par le rapport au Président de la République, il est doublement inexact. Inexact, tout d'abord, car contrairement à ce qui est affirmé, le renvoi à la notion « *d'autre partie* » n'est pas plus en cohérence avec la modification du champ d'application (qui prévoit que les pratiques sont appréhendées de la négociation à l'exécution du contrat) que ne le serait la notion de « *partenaire commercial* ». Inexact, ensuite, car, à vouloir tout traiter, ce texte se concilie péniblement avec les dispositions du Code civil. Et on saisit mal en effet comment articuler le dispositif du nouvel article L.442-1, I du Code de commerce avec l'article 1168 du Code civil (relatif à l'absence de contrôle de la lésion) ou l'article 1171 du Code civil (relatif aux clauses abusives en droit commun des contrats), dont il n'apparaît pas qu'ils aient été intégrés à la réflexion. Au nom d'une cohérence qui n'est qu'apparente, le texte génère en réalité une évidente incohérence.

L'effet conjugué de ce qui est en réalité une complétude injustifiée et une incohérence à peine masquée devrait assez rapidement conduire, si cette disposition devait résister à la loi de ratification, à une bien regrettable cacophonie présidant à l'ordre juridique nouveau.

10. Proposition : Compte tenu de ce qui précède, il faut espérer que la loi de ratification reviendra sagement à la notion de partenaire commercial qui figurait dans le précédent texte.

11. Proposition : Si le législateur tenait à ce qu'un contrôle de l'équilibre économique du contrat soit exercé, il conviendrait de préciser par ailleurs dans le texte que ce contrôle suppose en amont que le contenu du contrat a été imposé par un partenaire à l'autre, que le premier ait « soumis » le second. De plus, toute référence à la « tentative » de soumission (ou d'obtention) doit être supprimée : autant l'on comprend que la tentative d'une infraction pénale soit par elle-même sanctionnable (du moins pour un délit ou un crime), autant il paraît excessif d'adopter un dispositif analogue s'agissant de simples pratiques commerciales. Concrètement, de deux choses l'une : soit la pratique restrictive de concurrence s'est réalisée et elle doit alors être sanctionnée, soit elle n'a pas eu lieu et, dans ce cas, aucune sanction ne doit pouvoir être prononcée.

I.B. La notion de « rupture brutale des relations commerciales établies »

12. Le nouveau texte : Le nouvel article L.442-1, II, du Code de commerce dispose :

« II. - Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels.

En cas de litige entre les parties sur la durée du préavis, la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée du chef d'une durée insuffisante dès lors qu'il a respecté un préavis de dix-huit mois.

Les dispositions du présent II ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure ».

Les modifications apportées à l'ancien article L.442-6, I, 5° du Code de commerce sont moins nombreuses que celles concernant les deux précédentes notions, comme le montre la reproduction de la version « mark up » du texte (le texte nouveau est souligné, le texte ancien est supprimé, tandis que le reliquat correspond à la partie inchangée du texte ancien) :

« Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, ~~par tout producteur, commerçant, industriel ou~~ par toute personne immatriculée au répertoire des métiers exerçant des activités de production, de distribution ou de services de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, ~~sans en l'absence d'un préavis écrit tenant qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce,~~ par des ou aux accords interprofessionnels. Lorsque ~~la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous-marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous-marque de distributeur.~~ A défaut de tels accords, des arrêtés du ministre chargé de l'économie peuvent, pour chaque catégorie de produits, fixer, en tenant compte des usages du commerce, un délai minimum de préavis et encadrer les conditions de rupture des relations commerciales, notamment en fonction de leur durée. En cas de litige entre les parties sur la durée du préavis, la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée du chef d'une durée insuffisante dès lors qu'il a respecté un préavis de dix-huit mois. Les dispositions ~~qui précèdent du présent II~~ ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure. Lorsque ~~la rupture de la relation commerciale résulte d'une mise en concurrence par enchères à distance, la durée minimale de préavis est double de celle résultant de l'application des dispositions du présent alinéa dans les cas où la durée du préavis initial est de moins de six mois, et d'au moins un an dans les autres cas.~~

13. « Toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services » : A l'identique du 1° du nouvel article L.442-1 du Code de commerce, le II de ce même texte vise désormais « toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services » alors que le texte ancien visait « tout producteur, commerçant, industriel ». Le champ d'application du nouveau texte est donc élargi.

14. L'introduction d'un délai de « protection » : La véritable innovation concerne l'introduction d'un délai que l'on peut qualifier de « protection » qui, lorsqu'il est respecté par l'auteur de la rupture, empêche la victime de le poursuivre : « *En cas de litige entre les parties sur la durée du préavis, la responsabilité de l'auteur de la rupture ne peut être engagée du chef d'une durée insuffisante dès lors qu'il a respecté un préavis de dix-huit mois* ».

Ce mécanisme inédit, introduit à dessin de limiter l'inflation contentieuse en la matière, présente des effets pervers car il consiste à inciter l'auteur de la rupture à accorder un délai de 18 mois pour écarter toute mise en cause possible de sa responsabilité ; on traite ainsi par une solution unique (18 mois) des situations plures. Imaginons ainsi par exemple que, dans une situation donnée, le délai de préavis devrait être de 24 mois : dans cette hypothèse, l'auteur de la rupture accordera le plus souvent 18 mois et le texte permettra donc de léser la victime. Imaginons maintenant que, dans une autre situation donnée, le délai de préavis devrait être de 15 mois : dans cette hypothèse, l'auteur de la rupture n'aura pas recours à ce mécanisme (qui ne sert donc à rien dans cette hypothèse) ; et s'il devait y avoir recours, il s'en trouverait lui-même lésé (en octroyant 18 mois au lieu de 15). On le voit, le mécanisme proposé est loin d'être satisfaisant, ne serait-ce qu'au plan de l'équité. Il ne répond pas davantage aux objectifs rappelés par le rapport au Président de la République.

15. Proposition : Compte tenu de ce qui précède, il faut espérer que la loi de ratification écarte ce mécanisme. Il serait même préférable qu'en cas de litige entre les parties sur la durée du préavis, cette durée soit fixée par le juge sans pouvoir excéder une durée déterminée, par exemple de dix-huit mois ; une telle mesure permettrait de mieux répondre aux préoccupations soulevées par le rapport au Président de la République.

16. Proposition : Compte tenu des principes directeurs du droit de la responsabilité civile, il apparaît nécessaire qu'en cas de litige, le préjudice de la victime soit évalué au jour où le juge statue, afin de tenir compte de la réalité de son préjudice, qui dépend le plus souvent des conditions dans lesquelles il se sera reconverti.

17. Suppression des cas de doublement du délai : La condition de doublement de la durée de préavis licite en cas de marque de distributeur ou en cas de mise en concurrence par enchère à distance a été supprimée.

II. Le régime juridique du nouvel article L.442-1 du Code de commerce

18. Approche : Le régime juridique du nouvel article L.442-1 du Code de commerce est fixé par le nouvel article L.442-4 du même code, lui-même consacré aux modalités de mise en œuvre de l'action en justice, désormais plus larges (II.A.) et aux sanctions des pratiques restrictives de concurrence, désormais plus sévères (II.B.).

II.A. Les modalités (plus larges) de mise en œuvre de l'action en justice

19. Le nouveau texte : Le nouvel article L.442-4 du Code de commerce dispose notamment :

« Pour l'application des articles L.442-1, L.442-2, L.442-3, L.442-7 et L.442-8, l'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée aux articles précités.

Toute personne justifiant d'un intérêt peut demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées aux articles L.442-1, L.442-2, L.442-3, L.442-7 et L.442-8 ainsi que la réparation du préjudice subi. Seule la partie victime des pratiques prévues aux articles L.442-1, L.442-2, L.442-3, L.442-7 et L.442-8 peut faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la restitution des avantages indus.

Le ministre chargé de l'économie ou le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées aux articles L.442-1, L.442-2, L.442-3, L.442-7 et L.442-8. Ils peuvent également, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la restitution des avantages indument obtenus, dès lors que les victimes de ces pratiques sont informées, par tous moyens, de l'introduction de cette action en justice ».

Ainsi, parmi les personnes pouvant introduire l'action devant la juridiction civile ou commerciale, le texte mentionne toute personne justifiant d'un intérêt, le ministère public, le ministre chargé de l'économie et le président de l'Autorité de la concurrence.

20. Proposition : La nouvelle rédaction du texte permet à toute personne justifiant d'un intérêt de formuler les mêmes demandes que celles du ministre chargé de l'économie et du ministère public, à l'exception de l'amende civile. Désormais, toute personne justifiant d'un intérêt peut donc demander la cessation des pratiques et la réparation des préjudices subis. A cet égard, il nous semble que la possibilité d'obtenir une cessation des pratiques doit être réservée au ministre chargé de l'économie ou au ministère public, s'agissant d'une mesure qui affecte le fonctionnement du marché en raison de son effet *erga omnes*.

21. Proposition : Par ailleurs, lorsque le ministre chargé de l'économie ou le ministère public forment une demande devant exclusivement profiter à la victime, il conviendrait que le texte précise qu'ils agissent « *pour le compte* » de cette dernière. Dans ce cas, il serait utile que le texte issu de la loi de ratification précise qu'ils doivent l'informer de leur intention d'agir, avant même que l'action ne soit introduite, afin que les demandes soient formulées en parfaite connaissance des circonstances de la cause et éviter que ne soient engagées des procédures parallèles, d'un côté par la victime et, de l'autre, par le ministre chargé de l'économie ou le ministère public.

II.B. Les sanctions (plus sévères) des pratiques restrictives de concurrence

22. Le nouveau texte : Le nouvel article L.442-4 du Code de commerce dispose notamment :

« [Le ministre chargé de l'économie ou le ministère public] peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut excéder le plus élevé des trois montants suivants :

- cinq millions d'euros ;
- le triple du montant des avantages indument perçus ou obtenus ;
- 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre ».

Le caractère plus sévère du nouveau texte n'appelle pas de remarques de notre part.

23. Conclusion : On le voit, le nouvel article L.442-1 du Code de commerce est très perfectible. Osons espérer que ces imperfections seront effacées par la loi de ratification.

L'application dans le temps de l'article L.341-2 du Code de commerce relatif aux conditions de validité de la clause de non-concurrence post-contractuelle

Ce qu'il faut retenir :

En dépit de la solution dégagée par les premières décisions rendues en la matière, il nous semble opportun de souligner que l'article L.341-2 du Code de commerce ne saurait s'appliquer aux actes juridiques conclus antérieurement à son entrée en vigueur.

Pour approfondir :

01. – Le contentieux de la validité des clauses de non-concurrence se développe inexorablement. Le II de l'article 31 de la loi du 6 août 2015 énonce que le « I » de ce même article, créant les articles L.341-1 et L.341-2 du Code de commerce, « *s'applique à l'expiration d'un délai d'un an à compter de la promulgation de la présente loi* ». Ce faisant, se pose la question de savoir si les dispositions de ce texte s'appliquent aux contrats en cours à l'expiration de ce délai d'un an, les articles L.341-2 et L.342-2 du Code de commerce ne répondant pas expressément à cette question.

Or, compte tenu de la solution (erronée) issue des premières décisions rendues en la matière (I°), le temps est venu de démontrer que l'article L.341-2 du Code de commerce ne s'applique pas aux actes juridiques conclus antérieurement à son entrée en vigueur (II°).

I/ Les premières décisions rendues en la matière

02. – A notre connaissance, deux décisions rendues à la date de publication du présent commentaire précisent que les dispositions de l'article L.341-2 du Code de commerce s'appliqueraient aux contrats conclus à compter du 6 août 2015, ainsi qu'aux contrats en cours à la date du 6 août 2016. (TC Bordeaux, 26 janvier 2018, n°2016F00694 ; CA Paris, Pôle 1, chambre 2, 22 novembre 2018, n°18/06688).

03. – La première décision émane du tribunal de commerce de Bordeaux statuant au fond (TC Bordeaux, 26 janvier 2018, n°2016F00694) ayant retenu – à tort selon nous – que « *les nouvelles obligations de l'article L.341-2 du Code de commerce ne sont pas applicables uniquement aux contrats conclus à compter de son entrée en application, tel que l'affirme la société C... mais qu'elles concernent toutes les clauses des contrats mises en application après cette date* ».

Pour autant, ce jugement n'est pas motivé sur ce point et s'avère donc inexploitable en l'état, ce qui donne à la seconde décision commentée une portée accrue.

04. – La seconde décision émane de la cour d'appel de Paris statuant en référé (CA Paris, Pôle 1, chambre 2, 22 novembre 2018, n°18/06688) ayant retenu – à tort selon nous – que « *les dispositions précitées issues de la loi du 6 août 2015 sont bien applicables aux contrats en cours à la date de la publication de cette loi de sorte que la validité de la clause litigieuse en l'espèce, insérée dans un contrat conclu le 13 décembre 2012 et non expiré à la date d'entrée en vigueur de la loi précitée, doit être appréciée au regard des nouveaux articles L.341-1 et L.341-2 du Code de commerce* ».

L'examen de la motivation de cet arrêt, qui s'articule en trois points, justifie selon nous la critique de la solution retenue.

05. – En premier lieu, l'arrêt indique que la « *lecture des travaux parlementaires relatifs à la loi du 6 août 2015 et notamment les débats devant l'Assemblée nationale*

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

Cet argument est inopérant : observons à titre préalable que l'amendement n°1681 du député M. Brottes (qui prévoyait notamment que « *[I]es dispositions du I s'appliquent, y compris aux contrats en cours, à l'expiration d'un délai de deux ans à compter de la promulgation de la présente loi* » (nous soulignons)) n'a finalement pas été retenu, et que les dispositions envisagées par le texte définitif n'évoquent nullement la question des contrats en cours : « *Le I s'applique à l'expiration d'un délai d'un an à compter de la promulgation de la présente loi* ».

Faut-il alors considérer avec l'arrêt que le délai d'un an prévu par la loi du 6 août 2015 « *a manifestement été souhaité par le législateur précisément pour permettre l'adaptation des contrats en cours* » ?

Primo, commençons par indiquer que la réponse à cette question est dépourvue de conséquence. Comme on le verra plus loin, la jurisprudence de la Cour de cassation est parfaitement claire : les effets d'une situation juridique contractuelle postérieurs à l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle restent soumis à la loi qui était en vigueur au jour de la formation du contrat, à moins que la loi nouvelle indique expressément qu'elle produit un effet rétroactif (**cf. infra II°**).

Au surplus, **secundo**, l'affirmation selon laquelle le délai d'un an prévu par la loi du 6 août 2015 « *a manifestement été souhaité par le législateur précisément pour permettre l'adaptation des contrats en cours* » n'est aucunement justifiée. On ne trouve pas trace dans les travaux parlementaires d'une volonté expresse du législateur de voir appliquer les dispositions de l'article 31 aux contrats en cours.

A notre connaissance, seul l'exposé des motifs de l'amendement n°317 faisait un lien entre la période transitoire et l'application du texte aux contrats en cours, ce qui a pu induire la décision commentée en erreur. Or, d'une part, l'exposé des motifs d'un amendement rejeté ne peut constituer à lui seul le reflet de la volonté du législateur et, d'autre part, les discussions ayant eu lieu devant la commission spéciale de l'Assemblée nationale (Rapport, n°2866, à propos de l'article 10 A) ayant conduit à l'adoption du texte définitif n'indiquent pas que le délai d'un an ait été motivé par la volonté du législateur d'appliquer le dispositif aux contrats en cours. **Tertio**, si le rédacteur de la loi du 6 août 2015 avait véritablement souhaité voir les dispositions de ce texte appliquées aux contrats en cours, il n'aurait pas manqué de l'indiquer dans la loi : ainsi, l'article 137 de cette même loi, remplaçant le second alinéa de l'article L.131-1 du Code des assurances par six alinéas nouveaux, prévoit-il expressément à ce titre que « [le] I est applicable aux contrats souscrits à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi ainsi qu'aux contrats en cours » (nous soulignons). **Quarto**, le retrait de l'amendement n°1681 donne naturellement à penser que le texte n'a pas vocation à s'appliquer aux contrats en cours. **Quinto**, affirmer que le délai d'un an prévu au II de l'article 31 de la loi du 6 août 2015 aurait pour fonction de « permettre l'adaptation des contrats en cours » n'a pas (selon nous) grand sens. En définitive, comme le souligne le Professeur Grimaldi, ce délai avait vocation à « permettre aux têtes de réseaux de repenser leurs modèles de contrats à conclure et non de convaincre les distributeurs de leur réseau de réécrire les contrats d'ores et déjà conclus » (C. Grimaldi, *L'application erronée des articles L.341-1 et L.341-2 du Code de commerce aux contrats en cours*, L'Essentiel, Droit de la distribution et de la concurrence, 1^{er} mars 2019, page 1).

06. – En deuxième lieu, l'arrêt souligne que « cette interprétation est confirmée par la décision n°2015-715 DC du 5 août 2015 du Conseil constitutionnel qui, après avoir rappelé « qu'en adoptant les articles L.341-1 et L.341-2, le législateur a entendu assurer un meilleur équilibre de la relation contractuelle entre l'exploitant d'un commerce de détail et le réseau de distribution auquel il est affilié ; qu'il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général », considère que « au regard de l'objectif poursuivi par le législateur, les dispositions des articles L.341-1 et L.341-2 ne portent pas une atteinte

manifestement disproportionnée à la liberté contractuelle et aux conventions légalement conclues ».

Cet argument est inopérant : la circonstance que le Conseil constitutionnel ait déclaré l'article 31 de la loi du 6 août 2015 conforme à la Constitution n'implique pas pour autant que les dispositions de ce texte s'appliquent aux contrats déjà conclus.

07. – En troisième lieu, la cour d'appel de Paris rappelle que cette solution ressort de la lecture qu'en donne le communiqué de presse émanant du Conseil constitutionnel, diffusé à l'occasion de la publication de cette décision (Commun. Presse, Décis. 2015-715 DC du 5 août 2015) selon lequel :

« L'article 31 encadre les relations contractuelles entre les réseaux de distribution et les commerces de détail. Il prévoit l'exigence d'une échéance commune, fixe comme règle que la résiliation de l'un des contrats visés par le législateur vaut résiliation de l'ensemble des contrats et impose la mise en conformité des contrats en cours un an après la promulgation de la loi. Le Conseil constitutionnel a jugé ces dispositions, qui ne portent pas une atteinte manifestement disproportionnée à la liberté contractuelle et aux conventions légalement conclues, conformes à la Constitution » (nous soulignons).

Cet argument est inopérant : un communiqué de presse n'a aucune valeur normative. De plus, ce communiqué de presse est erroné car, contrairement à ce qu'il indique, l'article 31 précité n'impose précisément pas « la mise en conformité des contrats en cours un an après la promulgation de la loi ».

08. – Ainsi donc, la seule décision motivée rendue à ce jour (en matière de référé qui plus est) :

- fait dire aux travaux parlementaires le contraire de ce qu'il faut en comprendre,
- fait dire à la décision du Conseil constitutionnel ce qu'elle ne dit pas,
- retient du communiqué de presse du Conseil constitutionnel, qui n'a aucune valeur, le membre de phrase faisant dire à la loi ce qu'elle ne dit pas.

Il faut alors revenir aux principes dégagés par la jurisprudence de la Cour de cassation.

II/ L'article L.341-2 du Code de commerce ne saurait s'appliquer aux actes juridiques conclus antérieurement à son entrée en vigueur

09. – L'article L.341-2 du Code de commerce ne saurait s'appliquer aux actes juridiques conclus antérieurement à son entrée en vigueur car, en matière contractuelle, le principe est celui de la survie de la loi ancienne (**II.A.**) auquel il ne peut être fait exception que lorsque la loi le prévoit expressément (**II.B.**).

II.A. Le principe : la survie de la loi ancienne

10. – Selon la formule consacrée à l'article 2 du Code civil, inchangée depuis 1804 : « *La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif* ».

11. – En matière contractuelle, le principe est celui de la survie de la loi ancienne. Ce principe veut que les effets des conventions conclues avant la loi nouvelle, perdurant ou se produisant au-delà de l'entrée en vigueur de cette loi, demeurent régis par la loi sous l'empire de laquelle elles ont été conclues. Elle admet ainsi que les effets d'une situation juridique contractuelle postérieurs à l'entrée en vigueur d'une loi nouvelle restent soumis à la loi qui était en vigueur au jour de la formation du contrat.

12. – Les différentes chambres de la Cour de cassation ont rappelé ce principe avec force et constance, sur le fondement de l'article 2 du Code civil, par des arrêts le plus souvent publiés au Bulletin :

- Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 1982, n° 81-11.539 : « *Attendu qu'il résulte de ce texte [l'article 2 du Code civil] que les effets d'un contrat conclu antérieurement à la loi nouvelle, même s'ils continuent à se réaliser postérieurement à cette loi, demeurent régis par les dispositions de la loi sous l'empire de laquelle le contrat a été passé* » (v. aussi, Cass. civ. 1^{ère}, 18 avril 1989, n°86-17.117, Bull., I, n° 160 ; Cass. civ. 1^{ère}, 30 janv. 2001, n°98-15.178, Bull., I, n°15).
- Cass. civ. 3^{ème}, 3 juillet 1979, n°77-15.552, Bull., III, n°149 : « *Mais attendu que l'arrêt énonce, à bon droit, qu'il résulte des dispositions de l'article 2 du Code civil que les effets des contrats conclus antérieurement à la loi nouvelle, même s'ils continuent à se réaliser postérieurement à cette*

loi, demeurent régis par les dispositions de la loi sous l'empire de laquelle ils ont été passés et qu'en conséquence si la loi du 16 juillet 1971 est immédiatement applicable, cette application ne saurait concerner des engagements contractés antérieurement à sa promulgation ; que le moyen n'est donc pas fondé ».

- Cass. com., 15 juin 1962, Bull., III, n°313 : « *Attendu que les effets d'un contrat sont régis, en principe, par la loi en vigueur à l'époque où il a été passé* ».

13. – Le principe est donc celui de la survie de la loi ancienne à l'égard des effets des contrats en cours, quand bien même la loi nouvelle serait d'ordre public (Cass. civ. 2^{ème}, 24 février 2005, n°03-19.802 : « *Attendu que la loi nouvelle, fût-elle d'ordre public, ne peut, en l'absence de dispositions spéciales, régir les effets à venir des contrats conclus antérieurement* » ; v. aussi, Cass. civ. 1^{ère}, 17 mars 1998, Bull. 1, n°115 p. 76 : « *Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans caractériser les raisons d'une application immédiate de la loi que sa nature d'ordre public ne pouvait à elle seule justifier, la cour d'appel a violé les textes susvisés* »).

II.B. L'exception : l'application immédiate de la loi nouvelle expressément prévue par la loi

14. – Par exception, la loi nouvelle – qu'elle soit d'ordre public ou non – s'applique aux actes juridiques conclus antérieurement à son entrée en vigueur lorsque le législateur a entendu donner au texte une application rétroactive et l'a expressément indiqué dans la loi.

15. – Ainsi, plusieurs arrêts de la Cour de cassation énoncent cette règle, souvent rappelée par une même formule dans sa version « négative » :

- Cass. civ. 1^{ère}, 12 juin 2013, 12-15.688, Bull. civ., I, n°125 : « *la loi nouvelle ne s'applique pas, sauf rétroactivité expressément décidée par le législateur, aux actes juridiques conclus antérieurement à son entrée en vigueur* » ;
- Cass. civ. 1^{ère}, 9 déc. 2009, 08-20.570, Bull. civ., I, n°242 : « *la loi nouvelle ne s'applique pas, sauf rétroactivité expressément décidée par le législateur, aux actes juridiques conclus antérieurement à son entrée en vigueur* » ;

- Cass. civ. 3^{ème}, 17 février 1993, 91-10.942, Bull. civ., III, n°19 : « *Mais attendu qu'ayant exactement retenu que la loi nouvelle ne s'applique pas, sauf rétroactivité expressément stipulée par le législateur, aux conditions de l'acte juridique conclu antérieurement et que cette loi, même si elle est d'ordre public, ne pouvait pas frapper de nullité les actes définitivement conclus avant sa promulgation, la cour d'appel, n'avait pas, en l'absence de disposition expresse de rétroactivité de la loi du 3 janvier 1972, à réputer non écrite une clause qui était valable au regard de la loi en vigueur lors de la conclusion du bail* » ;

Le critère distinguant le principe de l'exception tient à la présence, dans la loi nouvelle, d'une disposition **expresse** relative à la rétroactivité.

C'est ce que rappellent, là encore par une formule identique, deux des décisions précitées de la Cour de cassation (Cass. civ. 1^{ère}, 12 juin 2013, 12-15.688, Bull. civ., I, n°125 : « *Et attendu que les actes juridiques contestés ont tous été accomplis avant l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2009, des dispositions des articles 414-1 et 464 du Code civil, issues de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007, laquelle ne contient, relativement à ces dispositions, aucune prescription formelle de rétroactivité* » ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 déc. 2009, 08-20.570, Bull. civ., I, n°242 : « *Et attendu que les actes juridiques contestés ont tous été accomplis avant l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2009, des dispositions des articles 414-1 et 464 du Code civil, issues de la loi n°2007-308 du 5 mars 2007, laquelle ne contient, relativement à ces dispositions, aucune prescription formelle de rétroactivité* » (nous soulignons). Cette exigence figurait déjà, selon une formule voisine, dans l'arrêt précité de 1993 (Cass. civ. 3^{ème}, 17 février 1993, 91-10.942, Bull. civ., III, n°19) : « (...) *en l'absence de disposition expresse de rétroactivité de la loi (...)* ».

Et, à cet égard, le caractère d'ordre public de la loi nouvelle est là encore indifférent (Cass. civ. 2^{ème}, 24 février 2005, n°03-19.802 : « *Attendu que la loi nouvelle, fût-elle d'ordre public, ne peut, en l'absence de dispositions spéciales, régir les effets à venir des contrats conclus antérieurement* »).

16. – A l'inverse, plusieurs arrêts de la Cour de cassation énoncent cette règle dans sa version « positive », c'est-à-dire lorsque le texte nouveau comporte

effectivement une prescription formelle de rétroactivité :

- Cass. civ. 3^{ème}, 17 février 2010, n°08-21.360, Bull., III, n°45 (baux d'habitation) : « *Qu'en statuant ainsi, alors que, d'une part, l'article 20 de la loi de 1994 ne subordonne pas sa propre application à une demande de mise en conformité aux normes du bail par le locataire et que, d'autre part, cet article, régissant les baux en cours au jour de sa promulgation, est applicable aux situations nées avant son entrée en vigueur et non encore définitivement réalisées, et donc à un congé délivré en 1989 et dont la validité, contestée en justice n'a fait l'objet d'aucune décision passée en force de chose jugée, nonobstant la cession du local loué en cours d'instance, la cour d'appel a violé le texte susvisé* » ;
- Cass. civ. 3^{ème}, 23 février 1994, n°92-16.039, Bull. 1994, III, n°34 (baux ruraux).

17. – Au cas présent, il n'est pas discutable que l'article L.341-2 du Code de commerce ne comporte aucune disposition expresse de rétroactivité de la loi.

A rapprocher : F.-L. Simon, *La clause de non-concurrence post-contractuelle dans les contrats de distribution* (Panorama de jurisprudence et prospective) ; F.-L. Simon et C. Grimaldi, *La conformité douteuse de l'article L.341-2 du Code de commerce au droit européen de la concurrence*, LDR 10 septembre 2018

Clause de non-concurrence post-contractuelle et cessation d'activité sous astreinte

CA Paris, pôle 1 – ch. 5, 17 avril 2019, n°19/03841

Ce qu'il faut retenir :

Ne saurait donner lieu à application de l'article 524 du Code de procédure civile la décision du juge du fond faisant injonction au débiteur de l'obligation de non-concurrence post-contractuelle de cesser l'activité concurrente, sous astreinte, pendant toute la durée de l'interdiction.

Pour approfondir :

Devant la juridiction des référés, il arrive que, pour échapper à l'application d'une telle clause, le franchisé excipe de la nullité du contrat ou de la clause érigeant l'interdiction de non-concurrence. Or, on le sait, pour échapper à la compétence du juge des référés, l'illicéité de la clause doit être caractérisée avec évidence (Cass. civ. 2^{ème}, 10 janv. 2008, n°07-13.558) ; cette solution est justifiée au regard du principe de présomption de validité des contrats, selon lequel le contrat doit être exécuté jusqu'à ce qu'il ait été considéré nul par le juge du fond (Cass. civ. 1^{ère}, 15 juin 2004, Bull. civ. I, n°172). C'est pourquoi, il appartient au juge des référés de faire respecter le contrat jusqu'à ce que le juge du fond ait tranché la question de la validité de la clause (Ord. Réf., TC Evry, 14 février 2018, n°2017R00258). Quelques rares décisions hasardeuses retiennent toutefois qu'il appartiendrait au créancier de l'obligation de démontrer que la licéité de la clause litigieuse apparaît caractérisée avec l'évidence requise devant la juridiction des référés (Ord. Réf., TC Toulouse, 24 mai 2018, n°2018R00221).

Devant la juridiction du fond, ces considérations et l'aléa qui en résulte n'ont plus cours. Le juge du fond est compétent pour faire injonction au débiteur de l'obligation de non-concurrence post-contractuelle de cesser l'activité concurrente, sous astreinte, pendant toute la durée de l'interdiction. Dans ce cas, la décision du juge du fond est le plus souvent assortie de l'exécution provisoire et ne saurait donner lieu à l'application de l'article 524 du CPC dès lors que « *le risque de conséquences manifestement excessives qu'entraînerait l'exécution provisoire doit s'apprécier par référence à l'injonction de cesser l'activité qui est faite et non par référence au montant de la liquidation éventuelle de l'astreinte qui l'assortit et qui n'en est que l'accessoire* » (CA Paris, pôle 1, chambre 5, 17 avril 2019, n°19/03841).

A rapprocher : Cass. civ. 2^{ème}, 10 janv. 2008, n°07-13.558

Refus d'agrément d'un concessionnaire dans un réseau de distribution sélective quantitative

Cass. com., 27 mars 2019, n°17-22.083

Ce qu'il faut retenir :

L'exigence de bonne foi ne requiert pas, de la part de la tête d'un réseau de distribution sélective quantitative, la détermination et la mise en œuvre d'un processus de sélection de ses distributeurs sur le fondement de critères définis, objectivement fixés et appliqués de manière non-discriminatoire.

Pour approfondir :

La société C. A. était concessionnaire des marques Chrysler, Jeep et Dodge depuis 2001. Le 25 mai 2010, la société Chrysler France a résilié l'ensemble des contrats de distribution de véhicules neufs, de vente de pièces détachées et d'après-vente à effet au 31 mai 2011. La société Chrysler France a cédé son fonds de commerce à la société Fiat France, aux droits de laquelle est venue la société FCA France. Cette dernière a annoncé aux distributeurs du réseau qu'elle reprenait la distribution en France des marques Lancia et Jeep et les a invitées à faire acte de candidature pour la signature de nouveaux contrats. La société C.A., candidate pour la distribution de véhicules neufs et l'activité de réparation, a transmis, le 19 juillet 2010, à la société FCA le dossier de candidature. Cette dernière l'a cependant informée de sa décision de refus d'agrément. Contestant ce refus et reprochant à la société FCA d'avoir confié la représentation des marques en cause à une société S., qui était le distributeur Lancia sur le même marché de référence, la société C.A. a assigné le constructeur, sur le fondement de l'article 1382 ancien, devenu 1240, du Code civil, en réparation des préjudices résultant de son refus fautif d'agrément et de son retard dans la notification de ce dernier.

La cour d'appel de Paris a fait droit aux demandes du concessionnaire en considérant, d'une part, que le constructeur avait engagé sa responsabilité délictuelle en refusant d'agréer ce concessionnaire et, d'autre part, que la tardiveté de notification de ce refus constituait également une faute, condamnant le constructeur à lui payer une somme de 268.236 € en indemnisation de ses préjudices (CA Paris, 24 mai 2017, n°15/12129).

Par un arrêt du 27 mars 2019, la Cour de cassation a cassé en toutes ses dispositions l'arrêt de la cour d'appel en considérant qu'en énonçant « *que le concédant est tenu, dès la phase précontractuelle, de respecter son obligation générale de bonne foi dans le choix de son cocontractant et en déduit que le titulaire du réseau doit sélectionner ses distributeurs sur le fondement de critères définis et objectivement fixés et appliquer ceux-ci de manière non-discriminatoire* » après avoir constaté que la société FCA était à la tête d'un réseau de distribution sélective quantitative, « *alors que l'exigence de bonne foi ne requiert pas, de la part de la tête d'un réseau de distribution la détermination et la mise en œuvre d'un tel processus de sélection, la cour d'appel a violé l'article 1382, devenu 1240, du Code civil, ensemble les principes de liberté contractuelle et de liberté du commerce et de l'industrie* » (Cass. com., 27 mars 2019, n°17-22083).

La Cour de cassation a également censuré l'arrêt d'appel en considérant qu'en retenant que le concédant avait par la lettre adressée le 31 mai 2010 au concessionnaire ainsi qu'à l'ensemble des anciens distributeurs Lancia et Chrysler-Jeep-Dodge « *fait part de son souhait de maintenir les relations avec tous les concessionnaires* » a indûment entretenu le concessionnaire dans l'espoir d'être agréé dans le nouveau réseau et lui a donné une incitation contraire à la reconversion, que le préavis d'un an avait pour but de permettre, alors que la lettre du 31 mai 2010 mentionnait que « *l'un des principaux objectifs de Chrysler et Fiat sera de préserver, dans toute la mesure du possible, leurs réseaux de distribution actuels et leurs relations avec la plupart des distributeurs actuels* » et que « *Chrysler et Fiat envisagent donc de proposer à la plupart de leurs distributeurs actuels de participer à la nouvelle opportunité de développement, en concluant un nouveau contrat de distributeur agréé* », la cour d'appel a dénaturé les termes clairs et précis de ce document et a méconnu le principe de « *l'obligation pour le juge de ne pas dénaturer l'écrit qui lui est soumis* » (Cass. com., 27 mars 2019, n°17-22083).

Cet arrêt a été rendu dans la droite ligne de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ayant considéré « *qu'il n'est pas nécessaire qu'un système de distribution sélective quantitative repose sur des critères qui sont objectivement justifiés et appliqués de manière uniforme et non différenciée à l'égard de tous les candidats à l'agrément* » pourvu que

les critères définis soient précis et vérifiables (CJUE, 14 juin 2012, aff. C-158/11, Auto 24 / Jaguar Land Rover France ; Cf. également Cass. com., 15 janvier 2013, n°10-12734).

Pour rappel, le règlement n°1400/2002 de la Commission européenne du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du Traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile, dont la cour a fait application en l'espèce, définit à l'article 1 g) un « *système de distribution sélective quantitative* » comme « *un système de distribution sélective dans lequel le fournisseur applique, pour sélectionner les distributeurs et les réparateurs, des critères qui limitent directement le nombre de ceux-ci* ».

Tandis que le même règlement définit à l'article 1 h) un « *système de distribution sélective qualitative* » comme « *un système de distribution sélective dans lequel le fournisseur applique, pour sélectionner les distributeurs ou les réparateurs, des critères purement qualitatifs, requis par la nature des biens ou des services contractuels, établis uniformément pour tous les distributeurs ou réparateurs souhaitant adhérer au système de distribution, et appliqués d'une manière non discriminatoire et ne limitant pas directement le nombre de distributeurs ou de réparateurs* ».

Le règlement d'exemption n°1400/2002 permet d'exonérer, au titre de leur contribution au progrès économique sur le fondement de l'alinéa 3 de l'article 101 du TFUE, les ententes résultant de pratiques menées au sein des réseaux de distribution sélective quantitatif qui seraient qualifiables sur le fondement de l'alinéa 1 de l'article 101 du TFUE, dès lors que le concédant détient une part de marché inférieure à 40 %.

En l'espèce, après avoir constaté que la part de marché de la société FCA France sur le marché de la distribution des véhicules neufs des marques Jeep et Lancia est inférieure à 40 % et lui permet donc de faire bénéficier son réseau de l'exemption automatique, sous réserve des éventuelles pratiques caractérisées qu'elle pourrait mettre en œuvre, la cour d'appel a considéré que « *les refus d'agrément discriminatoires ou injustifiés, ne constituant pas des restrictions caractérisées, sont couverts par les seuils de minimis et le règlement d'exemption* ».

La cour a cependant considéré que :

« l'exemption d'un refus d'agrément, qui le fait échapper à la qualification de pratique anticoncurrentielle, ne le fait pas pour autant échapper au droit général des contrats, le concédant étant tenu, dès la phase précontractuelle, de respecter son obligation générale de bonne foi dans le choix de son cocontractant.

Indépendamment de l'article L 420-1 du code de commerce ou de l'article 101 du TFUE, s'il appartient, en stricte application du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, à tout fournisseur d'organiser le mode de distribution de ses produits et de procéder aux modifications et rationalisations jugées nécessaires sans que ses cocontractants ne bénéficient d'un droit acquis à y demeurer, le titulaire du réseau se doit, néanmoins, de sélectionner ses distributeurs sur le fondement de critères définis et objectivement fixés et d'appliquer ceux-ci de manière non-discriminatoire » (CA Paris, 24 mai 2017, n°15/12129).

Sous couvert de « l'obligation générale de bonne foi » dans la phase précontractuelle, la cour d'appel a donc imposé au concédant la nécessité de sélectionner ses distributeurs sur la base de « critères définis et objectivement fixés et d'appliquer ceux-ci de manière non-discriminatoire » dans le cadre d'un système de distribution sélective quantitative.

C'est sur ce point que la Cour de cassation a censuré l'arrêt d'appel en considérant que « l'exigence de bonne foi ne requiert pas, de la part de la tête d'un réseau de distribution la détermination et la mise en œuvre d'un tel processus de sélection » (Cass. com., 27 mars 2019, n°17-22083).

La Cour de cassation suit en cela l'analyse que la Commission européenne avait développée dans le cadre d'une affaire GREMEAU / DAIMLER CHRYSLER FRANCE dans les conclusions qu'elle avait déposées devant la cour d'appel de Paris désignée comme juridiction de renvoi à la suite d'un arrêt de la Cour de cassation du 28 Juin 2015 (Cass. com., 28 juin 2015, n°04-15279) en attirant l'attention de la cour sur le fait qu'une fois la condition préalable du seuil de 40 % de parts de marché satisfaite pour entrer dans la catégorie des accords de distribution sélective :

« l'article 1 g) du Règlement définit la distribution sélective quantitative sur la base d'une seule

condition additionnelle, à savoir le fait que le fournisseur ait retenu pour agréer ses distributeurs des « critères qui limitent directement le nombre de ceux-ci », donc des critères quantitatifs.

L'article 1 g) du Règlement ne mentionne pas la nécessité pour le fournisseur (1) de définir des critères de sélection quantitatifs qui auraient un caractère objectif, ni (2) de définir également des critères objectifs d'ordre qualitatif, pour que son système de distribution puisse relever de la distribution sélective quantitative et donc bénéficier de l'exemption au titre du Règlement dans les conditions prévues par ce dernier.

La distribution sélective quantitative se distingue ainsi clairement de la distribution sélective qualitative, qui suppose à la fois que le fournisseur ait retenu des critères « purement » qualitatifs et que ces critères soient objectifs, c'est-à-dire « requis par la nature des biens ou des services contractuels. »

En ce qui concerne cette dernière condition, la Commission considère qu'un critère objectif est un critère indispensable pour la distribution optimale des produits, compte tenu de la nature de ceux-ci. Un tel critère doit donc correspondre à une réalité et à une rationalité économique et non au simple choix subjectif du fournisseur.

S'agissant en revanche d'un système de distribution sélective quantitative, la question de savoir si et comment le fournisseur a également défini des critères qualitatifs et/ou quantitatifs objectifs, n'est pas pertinente pour statuer sur la question du bénéfice éventuel d'une exemption au titre du Règlement.

Dans le contexte d'un litige portant sur un système de distribution présenté comme relevant de la distribution sélective quantitative, le contrôle exercé par le juge ne devrait pas aller au-delà de la vérification de la présence dans les accords de ce contenu minimum dont il a été question plus haut, d'une interdiction de revente à des distributeurs non agréés et de critères qui limitent directement le nombre de distributeurs. »

A rapprocher : CJUE, 14 juin 2012, aff. C-158/11, Auto 24 / Jaguar Land Rover France ; Cass. com., 28 juin 2015, n°04-15279 ; Cass. com., 15 janvier 2013, n°10-12734

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE & NOUVELLES TECHNOLOGIES

Usage de la marque après le terme du contrat : contrefaçon

TGI Paris, 7 mars 2019, RG n°17/08126

Ce qu'il faut retenir :

L'ancien franchisé qui poursuit l'usage de la marque du franchiseur après le terme du contrat de franchise commet des actes de contrefaçon.

Pour approfondir :

L'affaire opposait un ancien franchisé à la tête du réseau de franchise et la société titulaire de la marque exploitée au sein de ce réseau, en raison de la persistance de l'usage de la marque par l'ancien franchisé après le terme du contrat.

Après la cessation du contrat, le franchiseur avait eu connaissance du maintien de la marque au sein de la dénomination sociale du franchisé, comme enseigne mentionnée sur le Kbis, sur un panneau publicitaire à proximité du magasin pour en indiquer la localisation, et sur des devis.

Le tribunal va logiquement déduire de la mention de la marque sur le Kbis de la société poursuivie au sein de la dénomination sociale et comme enseigne l'existence d'une contrefaçon. De même, les juges ont considéré que constituait une contrefaçon de la marque le maintien du panneau publicitaire dont l'ancien franchisé avait connaissance mais qui n'avait effectué aucune démarche pour le faire retirer. En revanche, le tribunal a jugé que le devis, émis quelques jours après le terme du contrat de franchise sur lequel était reproduit la marque du réseau qu'il venait de quitter, ne constituait pas un usage contrefaisant. Les juges se fondent sur la clause du contrat de franchise laissant à l'ancien franchisé un délai de huit jours après le terme du contrat pour supprimer toute référence à la marque.

Cette position est, selon nous, contestable dans la mesure où, en l'espèce, le devis reproduisait non seulement la marque du réseau mais aussi celle du réseau que l'ancien franchisé venait de rejoindre ce qui associait deux marques concurrentes, source d'un préjudice important.

Les faits de contrefaçon étant établis, le tribunal va entrer en voie de condamnation. En premier lieu, concernant le préjudice subi par le franchiseur : ce dernier sollicitait l'application de la clause pénale stipulée dans le contrat de franchise aux termes de laquelle il était prévu une somme forfaitaire par jour de retard dans l'exécution des stipulations prévoyant la cessation d'usage de la marque. Il réclamait à ce titre, au vu du nombre de jours de retard, la somme de 297.750 €. Le tribunal décide de réduire le montant de la clause pénale et d'allouer la somme de 20.000 euros à titre de dommages-intérêts au franchiseur. En second lieu, concernant le préjudice subi par le titulaire de la marque concédée en licence à la tête de réseau, le tribunal alloue la somme de 8.000 euros pour réparer le préjudice moral subi.

Cette décision est l'occasion de rappeler que l'usage par un licencié de la marque concédée hors des limites prévues par le contrat, en particulier des limites temporelles, est une contrefaçon.

A rapprocher : Article L.713-2 du Code de la propriété intellectuelle ; Article L.716-1 du Code de la propriété intellectuelle ; Article L.714-1 alinéa 3 du Code de la propriété intellectuelle

Méthode d'appréciation du risque de confusion entre deux signes

Cass. com., 10 avril 2019, n°18-10.075

Ce qu'il faut retenir :

Pour apprécier l'existence d'un risque de confusion entre deux signes, il convient de procéder à une comparaison d'ensemble pour faire ressortir des similitudes sur les plans visuels, auditifs et conceptuels en tenant compte de leur élément distinctif dominant.

Pour approfondir :

Pour apprécier l'existence d'un risque de confusion entre deux signes, il convient de procéder à une comparaison d'ensemble pour faire ressortir des similitudes sur les plans visuel, auditif et conceptuel. Lorsque le signe antérieur comporte plusieurs éléments, il faut faire ressortir celui qui est l'élément distinctif dominant, sa reprise dans le signe second conduisant à conclure à un risque de confusion.

Le titulaire de la marque semi-figurative « Brocéliande B », s'était opposé à la demande d'enregistrement du signe verbal Brocéliande Authentique. La cour d'appel avait rejeté l'opposition en estimant que la seule ressemblance entre les signes en présence résidait dans l'utilisation du mot Brocéliande et que, nonobstant cet élément commun, la marque antérieure présentait une forte dissemblance du point de vue visuel, par l'utilisation de la couleur et d'un élément figuratif très caractéristique, la lettre bêta penchée pouvant évoquer un cœur stylisé tandis que la demande de marque contestée était purement nominale, et du point de vue phonétique, par le rythme et la séquence finale. Cette décision est infirmée par la Cour de cassation.

La Haute Cour rappelle tout d'abord un principe constant en droit des marques selon lequel : *« l'appréciation globale de l'existence d'un risque de confusion entre une marque antérieure et le signe dont l'enregistrement en tant que marque est contesté doit, en ce qui concerne leur similitude visuelle, auditive ou conceptuelle, être fondée sur l'impression d'ensemble produite par ceux-ci, en tenant compte de leurs éléments distinctifs et dominants ».*

Ce rappel étant fait, la Cour de cassation infirme l'arrêt en lui faisant grief de ne pas avoir recherché si *« compte tenu du caractère arbitraire et distinctif qu'elle reconnaissait au terme Brocéliande, ce dernier ne constituait pas un élément dominant dans l'impression d'ensemble produite sur le consommateur d'attention moyenne ».*

La cour d'appel de renvoi devra donc porter une appréciation et justifier de celle-ci, en tenant compte de l'élément distinctif dominant de la marque antérieure pour conclure à l'existence, ou non, d'un risque de confusion entre les signes en présence.

A rapprocher : Art. L.711-4 du Code de la propriété intellectuelle ; Art. L.713-3 du Code de la propriété intellectuelle

**Atteinte à une marque renommée :
preuve du profit indu**

Cass. com., 27 mars 2019, n°17-18.733

Ce qu'il faut retenir :

Afin de déterminer si l'usage du signe tire indûment profit de la renommée d'une marque, il convient de procéder à une appréciation globale qui tienne compte de tous les facteurs pertinents du cas d'espèce.

Pour approfondir :

Les marques dites renommées bénéficient de la protection spéciale de l'article L.713-5 du Code de la propriété intellectuelle selon lequel : *« La reproduction ou l'imitation d'une marque jouissant d'une renommée pour des produits ou services non similaires à ceux désignés dans l'enregistrement engage la responsabilité civile de son auteur si elle est de nature à porter préjudice au propriétaire de la marque ou si cette reproduction ou imitation constitue une exploitation injustifiée de cette dernière ».*

Cette affaire opposait le titulaire de la marque verbale « L'EQUIPE », désignant des produits et services en classes 16, 25, 28, 38 et 41 et son licencié, qui agissaient à l'encontre du titulaire de la marque semi-figurative « EQUIP'SPORT », désignant des produits et services dans les classes 25, 28 et 41, en lui reprochant une atteinte à la marque renommée « L'EQUIPE » et des faits de contrefaçon. En défense, une demande reconventionnelle était formulée pour solliciter le prononcé de la déchéance des droits sur la marque L'EQUIPE pour l'ensemble des produits et services désignés en classes 25, 28 et 41.

La cour d'appel a rejeté les demandes au titre de l'atteinte à la marque renommée fondée sur l'article L.713-5 du Code de la propriété intellectuelle concluant à l'absence de profit indûment tiré de la marque renommée « L'Equipe ».

Le pourvoi lui reprochait de s'être ainsi prononcée en jugeant, d'une part, que le degré de similitude entre les deux marques en cause était, non pas inexistant, mais très faible, qu'aucun lien n'était susceptible d'être effectué dès lors que l'importante renommée de la marque « L'Equipe » empêchait précisément son assimilation ou sa confusion et, d'autre part, l'absence d'intention de l'auteur de l'usage de la marque seconde de se placer dans le sillage de la marque antérieure aux motifs – inopérant selon le pourvoi – que le fait que Equip'sport publie sur son site Internet des contenus informationnels sportifs et soit le partenaire d'associations ou d'événements sportifs n'apparaît pas suffisant pour caractériser l'intention alléguée de Equip'sport de se placer dans le sillage de la marque L'Equipe afin de bénéficier de sa renommée.

Le débat ne portait pas sur le point de savoir si la marque « L'Equipe » était ou non une marque renommée, ce point étant acquis, mais sur le point de savoir si une atteinte à celle-ci était caractérisée. La Cour de cassation se réfère à la jurisprudence de la Cour de justice, ayant indiqué qu'il convenait, afin de déterminer si l'usage du signe tirait indûment profit du caractère distinctif ou de la renommée d'une marque, de procéder à une appréciation globale qui tienne compte de tous les facteurs pertinents du cas d'espèce, en donnant une liste de ces facteurs qui n'est pas limitative (CJUE, 27 nov. 2008, Intel Corporation, aff. C-252/07 ; CJUE, 18 juin 2009, L'Oréal c/ Bellure, aff. C-487/07).

La Cour de cassation considère alors que le motif retenu par les juges du fond selon lequel la publication par la société poursuivie sur son site internet des contenus informationnels sportifs et les partenariats avec des associations ou des événements sportifs locaux, relève d'une activité de communication publicitaire n'apparaît pas suffisant pour caractériser l'intention alléguée de se placer dans le sillage de la marque L'Equipe afin de bénéficier de sa renommée, constitue un facteur d'appréciation, parmi d'autres, de l'absence de profit indûment tiré de la marque renommée invoquée et n'est pas en soi inopérant.

La Haute Cour conclut par conséquent que les juges d'appel ont correctement exercé leur pouvoir souverain d'appréciation.

En revanche, elle censure la cour d'appel qui avait prononcé la déchéance partielle de la marque « L'Equipe » faute d'exploitation pour désigner les services de la classe 41 (activités sportives notamment). Pour justifier de l'usage de sa marque « L'Equipe », son titulaire avait notamment établi que celle-ci était utilisée pour désigner la manifestation sportive appelée « Les 10 kms de l'Equipe ». Or, selon les juges d'appel, cet usage n'établissait pas un usage à titre de marque c'est-à-dire pour identifier des produits et services mais un usage dans un cadre publicitaire. La Cour de cassation censure les juges d'appel qui n'ont pas exposé les raisons pour lesquelles l'usage de la marque dans un tel contexte ne permettait pas au public de distinguer la course en cause d'autres manifestations sportives (et donc de remplir sa fonction d'identifiant commercial).

A rapprocher : Art. L.713-5 du Code de la propriété intellectuelle

Usage de la marque d'autrui pour référencer un site
CA Paris, 5 mars 2019, RG n°17/13296

Ce qu'il faut retenir :

L'usage d'un signe reproduisant la marque dans le cadre d'un référencement naturel peut être interdit s'il suggère l'existence d'un lien économique entre le tiers et le titulaire de la marque.

Pour approfondir :

Le titulaire de la marque « Carré Blanc » a constaté que lorsqu'étaient effectuées des recherches via le moteur de recherche Google avec les mots clés « carré blanc » accompagnés d'un terme descriptif tel que « couette » ou « solde », le site rueducommerce.fr apparaissait dans les résultats avec une présentation laissant croire qu'il proposait des produits de marque « Carré Blanc » alors que cette société n'a jamais vendu de produits sous cette marque sur son site.

Il a donc engagé une action en contrefaçon, retenue en première instance, cette position étant confirmée par la cour d'appel.

Il était en effet établi que, lors d'une requête sur le moteur de recherche de Google avec les mots clés « carré blanc », apparaissait dans les résultats une annonce renvoyant vers le site rueducommerce.fr lequel ne commercialisait pas de produits de marque « Carré Blanc », cette marque étant reproduite dans le message de l'annonce, dans le titre et l'adresse URL. Les juges relèvent que les termes « carré » et « blanc » ne sont pas utilisés en tant qu'adjectifs pour décrire un produit, puisqu'ils sont souvent placés devant le nom désignant l'article recherché, qu'ils ne sont pas accordés au nom de l'article car utilisés au masculin lorsque le nom de l'article est féminin ou parce que l'article est rarement de forme carrée.

La cour précise : « *L'usage d'un signe reproduisant la marque dans le cadre d'un référencement naturel peut être interdit s'il suggère l'existence d'un lien économique entre le tiers et le titulaire de la marque, en l'occurrence entre la société RUE DU COMMERCE et les sociétés CARRE BLANC, ce d'autant que le degré de vigilance de l'internaute normalement attentif doit être apprécié en considération du fait qu'il s'agit d'un système de référencement naturel et non promotionnel, et qu'un tel système bénéficie d'un plus grand crédit auprès de l'internaute qui fera donc montre d'une attention moins importante que pour un référencement promotionnel.* »

La cour conclue que : « *Cette répétition du signe « carré blanc » dans le titre, dans l'adresse URL et dans l'extrait à deux reprises porte atteinte à la fonction d'origine de la marque, en ce qu'elle est de nature, s'agissant d'un référencement naturel, à laisser l'internaute normalement informé et raisonnablement attentif penser que des produits de marque « Carré Blanc » lui seront proposés sur ce site* ». On ne peut donc utilement se retrancher derrière les règles de fonctionnement du référencement naturel lorsque les résultats auxquels il conduit sont le fruit de l'utilisation de la marque d'autrui qui reste visible pour l'internaute.

A rapprocher : Article L.713-3 du Code de la propriété intellectuelle

IMMOBILIER – CONSTRUCTION URBANISME

Bail commercial : la garantie du cédant limitée à 3 ans, issue du dispositif PINEL, est d'ordre public

Cass. civ. 3^{ème}, 11 avril 2019, n°18-16.121

Ce qu'il faut retenir :

L'article L.145-16-2 du Code de commerce, issu des dispositions de la loi Pinel du 18 juin 2014, en vertu duquel « si la cession du bail commercial s'accompagne d'une clause de garantie du cédant au bénéfice du bailleur, celui-ci ne peut l'invoquer que durant trois ans à compter de la cession dudit bail », revêt un caractère d'ordre public, mais ne répondant pas à un motif impérieux d'intérêt général ni ne constituant un effet légal du contrat, n'est pas d'application immédiate aux contrats conclus avant l'entrée en vigueur du dispositif PINEL (soit avant le 20 juin 2014).

Pour approfondir :

Dans l'affaire commentée, une société a réalisé, au profit d'autres sociétés constituées à cet effet, un apport partiel de différentes branches de l'activité qu'elle exerce sur les sites industriels dont elle est locataire commercial.

Le propriétaire bailleur a assigné le mandataire liquidateur de l'une des sociétés et les autres sociétés bénéficiaires de cet apport, en paiement de loyers et charges dus au titre des baux commerciaux ainsi que la société mère, locataire initial, en garantie solidaire. En effet, dans les baux conclus entre le locataire et le bailleur, une clause de garantie solidaire stipulait que « le preneur pourra librement céder son droit au présent bail à l'acquéreur de son fonds de commerce ou de son entreprise (...). Le preneur restera garant solidairement avec son cessionnaire du paiement des loyers et des charges au titre du présent bail jusqu'à l'expiration de la durée restant à courir du bail à compter de la date de cession mais seulement dans l'hypothèse où le cessionnaire n'a pas une surface financière suffisante (...) ».

La cour d'appel de Paris a fait droit à la demande du bailleur. Les juges du fond ont considéré que la limitation de garantie prévue à l'article L.145-16-2 du Code de commerce, issu des dispositions de la loi Pinel (*loi n°2014-626 du 18 juin 2014*), ne constituait pas une disposition impérative applicable aux baux commerciaux conclus avant son entrée en vigueur.

Le cédant, mécontent, a formé un pourvoi en cassation. Celui-ci soutient que la garantie consentie ne devait jouer qu'en cas de cession du fonds de commerce ou de tout ou partie de son entreprise et non en cas d'apport partiel d'actif. Il affirme également que le bailleur avait renoncé à la garantie solidaire stipulée, non seulement parce qu'il ne s'était pas opposé à la réalisation des contrats d'apport partiel d'actif qui avaient été publiés et qui lui avaient été notifiés, mais aussi parce qu'il avait participé à la réalisation de l'opération par le biais de conclusion d'avenants aux baux commerciaux d'origine.

Il ajoute qu'en vertu de l'article 1315 du Code civil, devenu l'article 1353 nouveau du Code civil, il appartenait au bailleur de démontrer que la société cessionnaire disposait d'une surface financière insuffisante car ce serait à celui qui réclame le bénéfice d'une garantie contractuelle de prouver que les conditions de mise en œuvre de cette garantie sont réunies.

Enfin, concernant la limitation de la durée de la garantie à trois ans, issue de l'article L.145-16-2 du Code de commerce, le preneur soutient que la loi nouvelle régît immédiatement les effets légaux des situations juridiques ayant pris naissance avant son entrée en vigueur et non définitivement réalisées ou encore qu'il s'agit d'une disposition d'ordre public correspond à motif impérieux d'intérêt général, justifiant une application immédiate.

La troisième chambre civile de la Cour de cassation **rejette le pourvoi et vient préciser** que :

- (i) la clause relative à la garantie du cédant s'applique dans le cas de cessions du droit au bail par voie d'apport partiel d'actif dès lors que le locataire pouvait librement céder ce droit et qu'il les avait, par traités d'apport partiel d'actif placé sous le régime des scissions, cédé aux sociétés bénéficiaires de cet apport, devenues titulaires de plein droit des baux ;
- (ii) c'est au cédant et non au bailleur de démontrer

que le cessionnaire disposait d'une surface financière suffisante afin de tenter de se libérer de la garantie ;

- (iii) l'article L.145-16-2 du Code de commerce est d'ordre public mais qu'en revanche, il ne répond pas à un motif impérieux d'intérêt général ni ne constitue un effet légal du contrat qui justifierait une application immédiate de la durée de trois ans.

La Cour de cassation poursuit son œuvre de révélation de l'ordre public, puisque pour mémoire l'article L.145-16-2 du Code de commerce ne figure pas dans la liste des dispositions réputées comme telles par le statut des baux commerciaux. On rappellera que la Cour avait dernièrement œuvrer en ce sens pour le droit de préemption du locataire commercial (*Cass. civ. 3^{ème}, 28 juin 2018, FS-P+B+I, n°17-14.605*) qu'elle a réputé comme étant d'ordre public.

A rapprocher : Article L.145-16-2 du Code de commerce issu de la loi Pinel ; Article 1315 du Code civil, devenu l'article 1353 du Code civil ; Cass. civ. 3^{ème}, 28 juin 2018, FS-P+B+I, n°17-14.605

Autorité de la chose jugée d'une décision rendue à la suite du non renouvellement d'un bail commercial - Possibilité de répéter les indemnités versées
Cass. civ. 3^{ème}, 28 mars 2019, n°17-17.501

Ce qu'il faut retenir :

L'autorité de la chose jugée ne peut être opposée lorsque des événements postérieurs sont venus modifier la situation antérieurement reconnue en justice ; ainsi, les juges peuvent condamner l'ancien locataire de locaux commerciaux, sur le fondement de la répétition de l'indu, à rembourser les indemnités perçues en exécution d'une décision devenue irrévocable.

Pour approfondir :

A la suite du non renouvellement de leur bail commercial, les locataires avaient obtenu de leur **bailleur** le versement d'indemnités dites accessoires destinées à indemniser leur trouble commercial, les frais de remploi et de déménagement, fixés par une décision devenue définitive.

Faute de réinstallation des locataires, le bailleur les avait assignés pour obtenir le remboursement de ces indemnités. Les locataires avaient alors opposé l'autorité de la chose jugée, la répétition de l'indu étant selon eux exclue pour les sommes versées en exécution d'une décision de justice devenue irrévocable.

La cour d'appel d'Aix-en-Provence avait fait droit à la demande du bailleur.

La Cour de cassation approuve la cour d'appel au motif que « l'autorité de la chose jugée ne peut être opposée lorsque des événements postérieurs sont venus modifier la situation antérieurement reconnue en justice ; qu'ayant relevé que, postérieurement à la décision du 17 juin 2010, M. et Mme X... ne s'étaient pas réinstallés, la cour d'appel a légalement justifié sa décision. »

Dans un arrêt en date du 26 septembre 2001 – n°1285 – la 3^{ème} chambre civile avait déjà jugé en ce sens en énonçant que le bailleur peut assigner son locataire en paiement d'une somme correspondant au montant des indemnités accessoires indûment perçues du fait de la non réinstallation du locataire « dès lors que la cause de ses demandes, constituée par la fraude commise par le locataire, et étayée par l'invocation de nouveaux éléments de fait est distincte de la cause de la demande présentée dans le cadre de la fixation de l'indemnité d'éviction fondée sur l'absence d'intention du locataire de se réinstaller. »

Dans le cadre de la procédure en fixation de l'indemnité d'éviction en cas de refus de renouvellement d'un bail commercial, le bailleur est tenu d'indemniser de ses frais de réinstallation le preneur évincé d'un fonds de commerce transférable, sauf s'il rapporte la preuve, qui lui incombe, que le preneur ne se réinstallera pas dans un autre fonds. La charge de la preuve incombe au bailleur.

Cette situation peut entraîner le versement d'indemnités qui se révéleront indues. Il faut cependant préciser qu'une fois fixées, les indemnités accessoires peuvent ne pas être versées entre les mains du locataire mais être consignées jusqu'à justification de l'engagement des frais.

Il apparaît ainsi plus opportun de subordonner l'indemnisation à une réinstallation effective.

A rapprocher : Cass. civ. 3^{ème}, 26 septembre 2001, n°99-21.778

La conception libérale de la preuve du principe du contradictoire dans la réception des travaux

Cass. civ. 3^{ème}, 7 mars 2019, n°18-12.221

Ce qu'il faut retenir :

Le respect du principe du contradictoire imposé lors de la réception des travaux est respecté dès lors que les parties ont été valablement convoquées. La preuve de cette convocation peut résulter de l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé réception et du rapport d'émission d'une télécopie adressés en temps utile à la partie absente lors de la réception.

Pour approfondir :

Des époux ont entrepris des travaux de rénovation, d'extension et de construction d'une maison.

En leur qualité de maître de l'ouvrage, ils ont souscrit dans ce cadre une assurance dommages-ouvrage. La mission complète de maîtrise d'œuvre a été confiée à un architecte.

Une entreprise a été chargée des lots de gros œuvres, charpente – couverture, étanchéité – cloisons, isolation – ferronnerie – carrelage – revêtements.

Une seconde société a été chargée des missions de contrôle technique concernant la solidité des ouvrages et celle des ouvrages existants.

Le 27 juillet 2009, le maître de l'ouvrage a résilié le marché de travaux et a convoqué l'entreprise chargée des lots de gros œuvre afin qu'il soit procédé à un état des lieux valant procès-verbal de réception.

La convocation, prévoyant une réunion le 31 juillet 2009, a été adressée :

- d'une part, par fax, qui selon le rapport d'émission de la télécopie a été reçu le 27 juillet 2009, soit quatre jours avant la date prévue en vue de la réception du chantier ;
- d'autre part, par l'envoi d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception, qui a été présentée la veille de la réunion prévue, et qui n'a finalement été remise à l'entreprise qu'une semaine plus tard.

Le 31 juillet 2009, un compte-rendu de visite a été établi, en l'absence de l'entreprise chargée des lots de gros œuvre. Le maître de l'ouvrage a adressé deux déclarations de sinistre à son assureur qui, après expertise, leur a versé la somme de 1 149 280 euros.

Par la suite, l'assureur du maître de l'ouvrage a assigné le maître d'œuvre, son assureur, l'assureur de l'entreprise chargée du gros œuvre et la société chargée des missions de contrôle technique en vue d'obtenir le paiement de cette somme. La cour d'appel a condamné *in solidum* les défendeurs à s'acquitter du paiement de la somme auprès de l'assureur du maître de l'ouvrage. L'assureur de la société chargée du gros œuvre a formé un pourvoi en cassation aux termes duquel il reprochait à la cour d'appel de ne pas avoir pris en compte les conséquences de l'absence de convocation régulière de son assuré à la réception des travaux, ce qui, selon elle, portait atteinte au principe du contradictoire. L'assureur reprochait ainsi à la cour d'appel de s'être fondée uniquement sur le rapport d'émission de la télécopie pour caractériser le respect du principe du contradictoire, alors que cet élément ne pouvait suffire pour prouver que la convocation avait bien été transmise en intégralité à son destinataire.

La Cour de cassation ne suit pas ce raisonnement et confirme la décision de la cour d'appel. La Haute juridiction considère que :

« [l'entreprise chargée du gros œuvre] avait été convoquée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception datée du 27 juillet 2009 et par une télécopie du même jour, qui a été adressée au numéro figurant sur les procès-verbaux des réunions de chantier et étant celui auquel avaient été adressées des télécopies [du maître d'œuvre] écrivant à l'entrepreneur pour lui notifier des erreurs d'exécution, et qui avait été reçues ».

Dès lors, la Cour de cassation considère que la cour d'appel était bien fondée à retenir que la réception prononcée en présence du maître de l'ouvrage et du maître d'œuvre et alors que la société chargée du gros œuvre a été valablement convoquée, était contradictoire.

En statuant ainsi, la Cour de cassation inscrit sa décision dans une jurisprudence constante en vertu de laquelle la présence de l'entreprise lors de la réception n'est pas nécessaire pour caractériser le respect du principe du contradictoire, à condition que celle-ci ait été valablement convoquée (Cass. civ. 3^{ème}, 3 juin 2015, n°14-17.744).

A rapprocher : Cass. civ. 3^{ème}, 3 juin 2015, n°14-17.744

Promesse de vente et rétractation : l'agent immobilier doit vérifier la signature sur le recommandé

Cass. civ. 3^{ème}, 21 mars 2019, n°18-10.772

Ce qu'il faut retenir :

La notification de la promesse de vente par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, prévue par l'article L.271-1 du Code de la construction et de l'habitation, n'est régulière que si la lettre est remise à son destinataire ou à un représentant muni d'un pouvoir à cet effet. Cette formalité fait courir le délai de rétractation mais suppose que la notification en question soit régulière. L'agent immobilier doit vérifier la sincérité, au moins apparente, de la signature figurant sur l'avis de réception de la lettre recommandée adressée aux acquéreurs, à défaut sa responsabilité est engagée.

Pour approfondir :

Dans l'affaire commentée, des propriétaires ont consenti, par l'intermédiaire d'un agent immobilier, une promesse de vente d'un immeuble à des époux souhaitant acquérir ledit bien. Cette promesse a ensuite été notifiée par deux courriers distincts à chacun d'entre eux. L'avis de réception de la notification de la promesse destinée à l'épouse fut toutefois signé par l'époux. Celui-ci ne précisait pas son nom et son prénom alors même que l'avis de réception. Autrement dit, il n'était aucunement spécifié que celui-ci intervenait en tant que représentant de son épouse. Le notaire chargé de la rédaction de l'acte authentique de vente a ainsi adressé un procès-verbal de difficultés constatant le défaut de consentement à la vente des acquéreurs.

Estimant que la promesse avait été régulièrement notifiée aux deux acquéreurs et que ces derniers avaient commis une faute en taisant pendant plusieurs mois leurs difficultés pour financer l'acquisition du bien litigieux, enfin leur décision de ne plus acquérir celui-ci, les vendeurs ont alors assigné les acquéreurs ainsi que l'agent immobilier en paiement de la clause pénale stipulée à la promesse et en indemnisation de leurs préjudices.

La cour d'appel de Paris, refusant de reconnaître la qualité de mandataire à l'époux du fait de l'absence de précision quant à son nom et son prénom sur l'avis de réception litigieux et constatant qu'il n'était pas certain que la lettre ait été notifiée à son destinataire, a estimé que la notification de la promesse était irrégulière.

Le délai de rétractation, qui commence à courir à compter du lendemain de la première présentation de la lettre recommandée avec avis de réception ayant notifié à l'acquéreur la promesse de vente, n'avait pas couru à l'égard de l'épouse. Cette dernière pouvait alors valablement mettre en œuvre son droit de rétractation, qui entraîne l'annulation de la promesse de vente litigieuse.

La cour refuse toutefois d'engager la responsabilité de l'agent immobilier, celui-ci n'ayant pas pour mission, en tant que mandataire des vendeurs, de vérifier les signatures apposées sur l'avis de réception.

Les vendeurs, mécontents, ont alors formé un pourvoi en cassation. Ces derniers reprochent à la cour d'appel de ne pas avoir recherché l'existence d'un mandat apparent autorisant l'époux à recevoir une telle notification au nom de son épouse. Ils estiment que la signature de ce dernier, titulaire d'un mandat apparent et donc mandataire, suffit à établir que la promesse a personnellement été notifiée à l'acquéreur de sorte que cet acte engage alors le mandant.

Les vendeurs soutiennent également que le délai de rétractation avait commencé à courir, à tout le moins, à l'égard de l'époux au plus tard à la date de sa signature. Enfin, ils estiment que l'agent immobilier, qui aurait dû vérifier les signatures apposées sur les avis de réception, n'a pas rempli sa mission.

La Cour de cassation admet le raisonnement des juges du fond quant à l'irrégularité de la notification de la promesse de vente et la validité de la rétractation des acquéreurs. En effet, la troisième chambre civile précise que la régularité de cette notification, prévue par l'article L.271-1 du Code de la construction et de l'habitation, est subordonnée à la remise de la lettre à son destinataire ou à un représentant muni d'un pouvoir à cet effet.

Cependant, **la Haute cour casse**, sur le fondement du précédent article et de l'article 1147 du Code civil dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, l'arrêt d'appel en ce qui concerne la responsabilité de l'agent immobilier. En effet, celle-ci retient la faute de ce dernier pour ne pas avoir vérifié la sincérité, au moins apparente, de la signature figurant sur l'avis de réception.

Il convient de préciser que cette même obligation incombe également au notaire lorsque celui-ci procède aux notifications prévues par l'article L.271-1 du Code de la construction et de l'habitation. Le notaire doit en

informer l'acquéreur lorsque la notification s'avère irrégulière afin que ce dernier puisse, soit mettre en œuvre son droit de rétractation, soit signer l'acte authentique de vente en renonçant ainsi à se prévaloir de l'irrégularité (*Cass. civ. 3^{ème}, 7 avril 2016, n°15-13.064*).

A rapprocher : Article L.271-1 du Code de la construction et de l'habitation ; Article 1147 du Code civil (version antérieure à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 10 février 2016) ; Cass. civ. 3^{ème}, 7 avril 2016, n°15-13.064

INTERNATIONAL

Le nouveau cadre des Investissements Directs Etrangers en Chine et dans l'Union Européenne Loi et Règlement relatifs aux investissements directs étrangers

Ce qu'il faut retenir :

Le mois de mars 2019 a été marqué par l'adoption tant en Chine que dans l'Union Européenne (« UE ») de 2 textes portant réforme sur le cadre applicable aux investissements directs étrangers (« IDE »).

En Chine

La 2^{ème} session de la 13^{ème} Assemblée populaire nationale en date du **15 mars 2019** a approuvé le texte de la Loi relative aux Investissements Directs Etrangers (《中华人民共和国外商投资法》) (la « **Loi** ») dans l'objectif :

- d'assouplir les règles encadrant les investissements directs étrangers en Chine ;
- de traiter de manière « quasi égale » les IDE en Chine avec les acteurs locaux.

Le « quasi égalité » s'explique par le fait qu'une liste dite « négative » récapitule des secteurs dans lesquels les IDE sont interdits ou contrôlés.

La Loi entrera en vigueur le **1^{er} janvier 2020** et constituera un cadre uniformisé pour les IDE en Chine pour favoriser davantage les droits des investisseurs étrangers en Chine.

Dans l'UE

Le nouveau règlement (UE) n°2019/452 du Parlement Européen et du Conseil du 19 mars 2019 établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union (le « **Règlement** »), a été publié dans le Journal officiel de l'UE le 21 mars 2019.

Le Règlement entrera en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au Journal officiel de l'UE et **sera applicable à partir du 11 octobre 2020**. Le Règlement est directement applicable dans tout État membre.

Pour mémoire :

En Chine

En pleine guerre commerciale entre la Chine et les Etats-Unis, le projet de loi sur les investissements étrangers en Chine (中华人民共和国外商投资法 (草案)) a été soumis le 23 décembre 2018 au Comité permanent de l'Assemblée populaire nationale pour un premier examen. La Loi a été adoptée le 15 mars 2019.

Il existe actuellement trois lois (déjà anciennes) en matière d'IDE en Chine, à savoir (« **3 Lois Existantes** ») :

- la loi sur les joint-ventures (« **JV** ») à capitaux sino-étrangers (1979) (中外合资经营企业法),
- la loi sur les JVs contractuelles à capitaux étrangers (1988) (中外合作经营企业法),
- la loi sur les sociétés à capitaux entièrement étrangers (1986) (外资企业法) (Wholly Foreign Owned Enterprise - WFOE).

Ces 3 Lois Existantes adoptées sous l'ère de DENG Xiaoping (initiateur de l'ouverture économique de la Chine), et malgré leur mise à jour ces dernières années, ne peuvent plus répondre à l'évolution de la situation économique actuelle, alors que la Chine s'efforce de construire de nouveaux projets et d'ouvrir d'avantage son économie.

A fin 2017, **quelques 900.000 JVs et WFOE étaient répertoriées en Chine par le Ministère du Commerce Chinois** (« **MOFCOM** ») avec une capacité d'investissement de 1.900 milliards USD.

La Loi remplacera donc, à partir du 1^{er} janvier 2020, les 3 Lois Existantes concernant les entités sous contrôle étranger.

Cette Loi unifiée vise à garantir cette prochaine phase de mise en place d'un nouveau système d'ouverture économique chinoise, et un meilleur accueil des IDE en Chine.

Dans l'UE

L'UE est la principale destination d'IDE dans le monde : les stocks d'IDE détenus par des investisseurs de pays tiers dans l'UE s'élevaient à **6.295 milliards d'euros à la fin de 2017**. Au cours des vingt dernières années, la structure et la provenance des IDE ont radicalement changé, avec plus d'IDE en provenance d'économies émergentes. Les investissements chinois ont été multipliés par six, avec pour cible récemment des secteurs de haute technologie et souvent des entreprises détenues par l'État ou ayant un lien avec les gouvernements. Les préoccupations suscitées par la multiplication des acquisitions dans des secteurs stratégiques par des IDE, notamment chinois, ont conduit l'UE à réfléchir à un nouveau cadre pour leur filtrage.

La politique européenne de contrôle des IDE se concrétise avec :

1. l'approbation du projet de Règlement par le Conseil le 5 mars 2019,
2. l'approbation du projet de Règlement par le Parlement Européen (500 voix pour, 49 contre et 56 abstentions) le 14 février 2019,
3. **l'accord politique européen sur un dispositif de filtrage des investissements étrangers** du 20 novembre 2018,
4. la **proposition de créer le premier cadre à l'échelle de l'UE pour l'examen des IDE**, par le président de la Commission Européenne (M. Juncker) lors de son discours du 14 septembre 2017.

Pour approfondir :

I. L'approche chinoise : la Loi des IDE en Chine

La Loi est composée de 6 chapitres et 42 articles :

❖ Les principes (Art. 1 – 8)

Selon la Loi, (i) les entreprises étrangères recevront désormais un « *traitement national de pré-établissement* » (准入前国民待遇), (c'est-à-dire sans distinction de traitement en fonction de la nationalité), et (ii) un système de gestion de la liste négative (负面清单) est mis en place (**Art. 4**).

Pour rappel, de nombreuses nations recourent au principe de la liste négative pour interdire les capitaux étrangers d'entrer dans des industries clés ou des secteurs sensibles. A contrario, tous les domaines ne figurant pas sur la liste négative sont accessibles aux capitaux étrangers par un traitement uniforme et sans approbation préalable du gouvernement chinois.

Ceci constitue un changement radical par rapport au régime actuel d'étude « au cas par cas » fixé par les 3 Lois Existantes, et introduit une dimension de libéralisme et une volonté de transparence.

Une nouvelle liste négative sera établie par le Conseil des affaires d'Etat chinois (Gouvernement), laquelle n'est pas encore disponible. Sous réserve de confirmation, dans la nouvelle liste négative, il serait question d'assouplir les restrictions dans les secteurs tels que l'automobile, l'aéronautique, la gestion d'actifs, l'énergie, les infrastructures, etc.

De même, d'après la Loi, les entreprises ne seront pas réglementées en fonction de leur détention capitaliste directe, mais en fonction de la personne qui détient le contrôle de l'entreprise. Ainsi, les sociétés étrangères en Chine, contrôlées par des investisseurs étrangers, seront considérées comme étrangères, tandis que celles qui sont contrôlées par des investisseurs chinois seront considérées comme chinoises (**Art 2**). Cela concerne à la fois la création de sociétés, mais aussi les opérations de fusion-acquisitions et autres formes de projets d'investissements directs ou indirects. Cette initiative vise à permettre de créer un environnement commercial prévisible et transparent pour les investisseurs mondiaux et de protéger leurs intérêts et leurs droits, tout en leur assurant un traitement national et des conditions de marché équitables.

❖ **La promotion d'investissements étrangers (Art. 9 à 19)**

Les investisseurs étrangers bénéficieront des mêmes droits que les entreprises nationales pour participer à des opérations sur le capital telles que l'émission d'actions (**Art. 17**) et la passation de marchés publics en Chine (**Art. 16**). La Loi indique également que l'Etat chinois peut continuer à établir les politiques de promotion encore plus avantageuses dans les différentes zones franches en Chine (**Art. 13**). Actuellement, il existe 11 zones franches réparties dans tout le pays (*Shanghai, Tianjin, Guangdong, Fujian, Liaoning, Zhejiang, Henan, Hubei, Chongqing, Sichuan,*

Shanxi), mais majoritairement situées sur la côte Est du pays.

De même, les gouvernements locaux dans les provinces peuvent établir leurs propres politiques de promotion d'investissements étrangers dans le cadre des principes nationaux.

❖ **La protection des investissements étrangers (Art. 20 – 27)**

La Loi prévoit également que l'apport en capital, les bénéfices et les gains en capital des investisseurs étrangers en Chine pourront être librement transférés (i.e. sans autorisation administrative préalable) hors du pays, en RMB ou dans d'autres devises (**Art. 21**).

Actuellement, pour remonter par exemple des dividendes de la Chine vers la France, il est nécessaire de solliciter l'autorisation préalable de 2 autorités, à savoir :

- State Administration of Foreign Exchange (国家外汇管理局) ("**SAFE**");
- State Taxation Administration (国家税务总局) ("**STA**").

Avec l'entrée en vigueur de la Loi, ces démarches administratives seront supprimées.

Par ailleurs, concernant le sujet important de la propriété intellectuelle, la Loi précise que l'Etat chinois protégera les droits de propriété intellectuelle des investisseurs étrangers et encouragera la coopération technologique fondée sur des principes de volontariat et les règles commerciales (**Art. 22**).

Les conditions relatives à ce type de coopération seront déterminées entre les parties concernées selon les règles commerciales et d'équité.

Le transfert forcé de technologies des entreprises étrangères vers les sociétés chinoises, en ayant recours à des moyens administratifs, est ainsi interdit sous peine de poursuite pénale.

La Loi accordera ainsi aux sociétés étrangères les mêmes prérogatives dont jouissent les sociétés chinoises en matière de protection de propriété intellectuelle.

Sous peine d'indemnisation des investisseurs étrangers, l'expropriation des actifs des investissements étrangers en Chine est désormais interdite avec la Loi, sauf si l'intérêt général le justifie (**Art. 20**).

De leur côté, les départements du commerce des provinces chinoises devront mettre en place un système de traitement des plaintes des investisseurs étrangers pendant leur établissement permettant de traiter ces sujets rapidement (**Art. 25**).

A date, il n'est pas encore confirmé si c'est l'Administration des Industries et Commerces (« AIC ») qui sera compétente.

❖ **La gestion des investissements étrangers (Art. 28 – 35)**

L'Article 28 souligne qu'il est interdit pour les investisseurs étrangers d'investir dans les secteurs définis dans la liste négative qui sera arrêtée par le Conseil des affaires d'Etat chinois (Art. 4). L'Etat chinois prévoit de mettre en place un système de rapport d'information relatif aux investissements étrangers, géré par l'AIC et qui devra communiquer avec MOFCOM (**Art. 34**).

Les investissements étrangers seront ainsi soumis au même système d'information sur la crédibilité (**National Enterprise Credit Information Publicity System - 国家企业信用信息公示系统**) auquel sont déjà soumis les entreprises chinoises locales depuis février 2014.

Il convient de noter que les sociétés ayant une mauvaise crédibilité peuvent être classées par l'AIC dans la liste noire.

La mauvaise crédibilité est causée, par exemple, par :

- L'affichage, pendant plus de 3 ans, dans la liste des anomalies de l'exploitation (企业经营异常名录) tenue par l'AIC (ne pas déposer le rapport annuel des comptes entre 01/01 et 30/06 de chaque année ; ne pas publier des informations exigées par la loi ; publier les informations erronées ; ne pas pouvoir être contacté par l'AIC à l'adresse du siège social de la société) ;
- L'utilisation des informations erronées en vue d'immatriculation et/ou des modifications relatives à la société ;
- La vente pyramidale, vente directe illégale, concurrence déloyale, publicité trompeuse, vente de produits ou services menaçant la sécurité des biens et des personnes ;
- La violation du droit des marques des autres sociétés plus de 2 fois pendant une période de 5 ans.

En cas d'inscription dans la liste noire, les conséquences d'être sont notamment les suivantes :

- Être sous surveillance étroite de l'AIC ;
- Les représentants légaux des sociétés listées dans la liste noire ne peuvent plus être représentants légaux des sociétés pendant une durée de 3 ans ;
- Publication sur le site officiel d'AIC ;
- Application de restrictions imposées par l'AIC en matière commerciale, sectorielle et politique (e.g. interdiction de participer aux appels d'offres, de bénéficier une exception fiscale, etc.).

❖ **La responsabilité légale et les annexes (Art. 36 – 42)**

Dans le cadre de la poursuite de la lutte contre la corruption des fonctionnaires, la Loi vise expressément que la corruption dans les procédures administratives des IDE doit être réprimée (**Art. 39**).

Les investissements réalisés dans les secteurs interdits définis par la liste négative, malgré les mises en demeure faites par l'administration chinoise compétente, pourront, le cas échéant, être confisqués par l'Etat chinois (**Art. 40**).

Enfin, une phase de transition a été prévue, en permettant aux entités sous contrôle étranger, établies dans le cadre des 3 Lois Existantes, de continuer à exister sous le régime actuel pendant 5 ans à compter de l'entrée en vigueur de la Loi (**Art. 42**).

La démarche d'assouplissement de la réglementation chinoise relative aux IDE vise manifestement à faire retomber les tensions à l'heure de la guerre commerciale entre les Etats-Unis et la Chine, et à répondre aux critiques formulées par les autres pays occidentaux envers la Chine au sujet du protectionnisme.

Néanmoins, l'Europe quant à elle semble prendre le chemin du renforcement des contrôles des IDE via l'adoption des dispositifs tant au niveau européen que national.

II. L'approche européenne : Règlement du Parlement Européen et du Conseil établissant un cadre pour le filtrage des IDE dans l'UE

Avec la multiplication des acquisitions dans des secteurs stratégiques, notamment chinois, l'UE s'est penchée sur un nouveau cadre pour le filtrage des IDE.

Néanmoins à ce stade, aucun système de contrôle des IDE n'a été mis en place pour l'ensemble des pays de l'UE.

❖ **Au niveau européen**

Le nouveau Règlement a pour objectif :

- d'introduire une coopération par voie d'échange d'informations entre les Etats membres avec la création d'un système de soutien de filtrage des IDE par les Etats membres pour des motifs de sécurité et d'ordre public ;
- d'encourager la coopération internationale en matière de filtrage des IDE, y compris le partage d'expériences, de bonnes pratiques et d'information sur des questions d'intérêts communs ;
- de fixer certaines exigences pour les États membres qui souhaitent maintenir ou adopter un mécanisme de filtrage au niveau national ;
- de prendre en compte la nécessité d'agir en respectant des délais courts répondant aux impératifs des entreprises ainsi que des conditions strictes de confidentialité ;
- de permettre à la Commission Européenne d'émettre des avis sur les IDE dans plusieurs Etats membres qui sont susceptibles d'avoir des effets sur un projet/programme ayant un intérêt pour l'ensemble de l'UE.

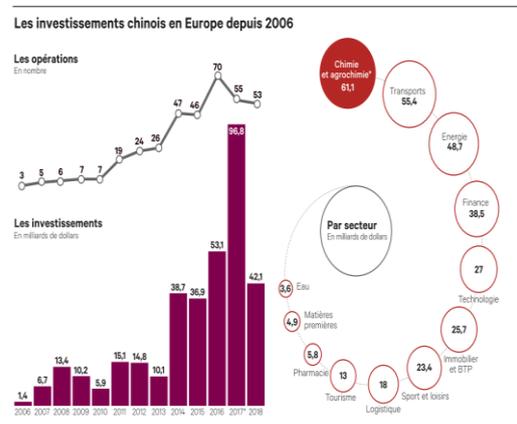
A titre d'exemple, on se souvient de l'IDE effectué par le conglomérat étatique chinois Cosco dans le port du Pirée en Grèce en 2016. Si le Règlement avait été applicable à l'époque, la Commission Européenne aurait vraisemblablement rendu un avis, compte tenu de l'intérêt de cet IDE pour l'ensemble de l'UE.

D'ailleurs, les ports européens continuent à intéresser l'Empire du Milieu puisque les ports italiens de Trieste et de Gênes sont actuellement en négociation avec la Chine. L'intérêt manifesté par cette dernière depuis plusieurs années, quant aux ports européens, a été une des motivations pour le Président de la Commission Européenne pour porter le projet de Règlement. L'Italie est du reste le 1^{er} pays du G7 à rallier le projet des « nouvelles routes de la soie » suite au protocole d'accord signé le 23 mars 2019 à l'occasion de la visite officielle du Président Xi Jinping en Italie. En fonction du calendrier d'avancement des discussions des ports de Trieste / Gênes, la Commission Européenne pourrait donc d'être amenée à émettre, en application du Règlement, un avis sur ces projets.

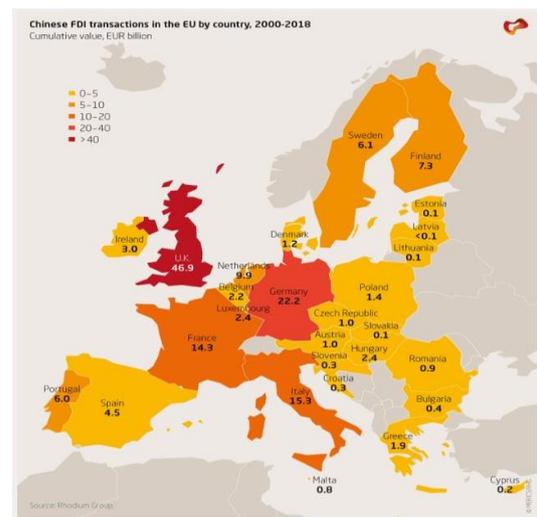
En toute hypothèse, le Règlement prévoit que c'est aux seuls États membres de décider s'il convient d'autoriser ou non une opération d'investissement spécifique sur leur territoire. Le Règlement vise ainsi à protéger les secteurs stratégiques suivants :

- énergie ; eau ; transport ;
- télécommunications, données, média ;
- espace ;
- finance ;
- semi-conducteurs ;
- intelligence artificielle ; robotique ;
- santé ; biotechnologie ;
- défense ;
- sécurité alimentaire.

Les tableaux suivants illustrent les investissements chinois en Europe, par secteur et par pays, au cours des dernières années :



(Source : les Echos - 21 mars 2019)



(Source : institut allemand Merics.org - mars 2019)

❖ **Au niveau national**

Actuellement, au niveau national, 14 États membres d'UE disposent de mécanismes nationaux de filtrage, parfois très différents (Allemagne, Autriche, Danemark, Espagne, Finlande, France, Hongrie, Italie, Lettonie, Lituanie, Pays-Bas, Pologne, Portugal et Royaume-Uni).

Plusieurs États membres (dont la France) sont en train de réformer leurs mécanismes de filtrage ou d'en adopter de nouveaux.

Plus particulièrement, en France, le projet de loi PACTE, adopté par l'Assemblée nationale en 2^{ème} lecture en date du 15 mars 2019 et actuellement en cours d'examen par le Sénat, vise à :

- renforcer le pouvoir du Ministère de l'Economie en matière d'IDE dans les entreprises stratégiques, notamment lorsqu'un IDE est réalisé sans autorisation préalable, en lui accordant les mesures suivantes :
 - (i) injonction à l'investisseur de déposer une demande d'autorisation,
 - (ii) injonction à l'investisseur de rétablir à ses frais la situation antérieure,
 - (iii) injonction à l'investisseur de modifier l'investissement,
 - (iv) désigner un mandataire chargé de veiller, au sein de l'entreprise stratégique, à la protection des intérêts nationaux ;
- étendre le contrôle des IDE aux transferts de propriété intellectuelle dans les secteurs de la défense ou dans certaines industries stratégiques, tel que l'Intelligence Artificielle, le stockage des données, les semi-conducteurs, etc.

Ces mesures s'ajoutent à un autre dispositif existant, à savoir celui de la « *Golden Share* » (« action spécifique ») créée en 2014 par l'ordonnance 2014/948 du 20 août 2014 (art. 31-1) utilisée dans certaines entreprises françaises stratégiques telles que Thales, Engie, Airbus, etc. pour renforcer le pouvoir de l'Etat français.

A rapprocher : Texte de la loi en chinois ; Texte du Règlement en français

Droit d'auteur et droits voisins dans l'environnement numérique : la nouvelle Directive européenne à transposer

Directive « sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique »

Ce qu'il faut retenir :

Dans l'attente de l'imminente publication au Journal Officiel de l'Union Européenne de la Directive « sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique » (adoptée par le Parlement le 26 mars et approuvée par le Conseil le 15 avril 2019), nous pouvons envisager les « mesures visant à assurer le bon fonctionnement du marché du droit d'auteur » (Titre IV) que les États membres auront à transposer dans les deux années suivant la publication à intervenir.

Pour approfondir :

Considérant que depuis la précédente Directive dite DADVSI de 2001, « *l'évolution rapide des technologies continue à modifier la manière dont les œuvres ou autres objets protégés sont créés, produits, distribués et exploités* », le législateur européen a souhaité répondre aux nouvelles insécurités juridiques apparues en vingt ans, « *tant pour les titulaires de droits que pour les utilisateurs, en ce qui concerne certaines utilisations, notamment transfrontières, d'œuvres ou autres objets protégés dans l'environnement numérique* » (Considérant 3).

La nouvelle Directive a donc pour objectif notamment de rééquilibrer les rapports entre les titulaires de droits et les diffuseurs de contenus, au titre desquels sont particulièrement visés :

- « *les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne* » (type YouTube), vis-à-vis desquels les droits d'auteurs et droits voisins sont renforcés (1),
- « *les agrégateurs d'informations* » (type Google Actualités), à l'égard desquels un nouveau droit voisin est créé au bénéfice des éditeurs de presse (2).

1. Extension des droits vis-à-vis des fournisseurs de services de partage

Selon l'ancienne Directive DADVSI, les plateformes de partage de contenus en ligne n'étaient pas nécessairement responsables du contenu posté par leurs utilisateurs ; désormais ces mêmes plateformes devront « *obtenir une autorisation, notamment par le biais d'un accord de licence, de la part des titulaires de droits concernés* » (Considérant 64).

De tels accords de licence sont ainsi prévus par l'article 17 de la nouvelle Directive, précisant que « *si aucune autorisation n'est accordée, les fournisseurs... sont responsables des actes non autorisés de communication au public* » ; une telle responsabilité peut toutefois être écartée si le fournisseur concerné :

- déploie « *les meilleurs efforts* » (notion à préciser...) pour obtenir une telle autorisation, et à défaut garantit « *l'indisponibilité des œuvres spécifiques* »,
- agit « *promptement, dès réception d'une notification suffisamment motivée de la part des titulaires de droit, pour bloquer l'accès aux œuvres et autres objets protégés* ».

En outre, seront exemptés de ces contraintes :

- les fournisseurs de contenus « émergents », à savoir exerçant depuis moins de trois ans et ayant un chiffre d'affaires annuel inférieur à 10 millions d'euros,
- plus classiquement les diffusions de critiques, citations, caricatures et parodies.

Enfin, le mécanisme est parachevé par des obligations, pour les diffuseurs, de transparence et de traitement « rapide et efficace » des plaintes des titulaires de droits le cas échéant.

2. Création d'un nouveau droit à l'égard des agrégateurs d'informations

La nouvelle Directive rappelle « *qu'une presse libre et pluraliste est indispensable pour garantir un journalisme de qualité et l'accès des citoyens à l'information* », et que les éditeurs de presse doivent être reconnus et davantage encouragés pour « *promouvoir la disponibilité d'informations fiables* » (Considérant 55).

Nous voyons donc éclore à l'article 15 de la nouvelle Directive un droit voisin inédit bénéficiant « *aux éditeurs de publications de presse établis dans un Etat membre* », opposable aux agrégateurs d'informations.

Sont toutefois notamment exemptés les « *mots isolés ou très courts extraits d'une publication* ».

Notons également la relative brièveté de ce nouveau droit, qui « *expire deux ans après que la publication de presse a été publiée* ».

L'on peut aisément comprendre, à la lecture de tels enjeux, que de nombreux lobbies, défendant notamment la « diffusion libre » sur Internet, se soient opposés à l'adoption d'un tel projet.

Les eurodéputés français ont toutefois pour leur part favorablement voté pour la nouvelle Directive, de sorte que les discussions au niveau désormais national aux fins de transposition dans le délai biennal devraient demeurer équilibrées... pour un rendez-vous législatif en principe d'ici 2021.

A rapprocher : Directive 2001/29/CE (Directive dite DADVSI)

ACTUALITÉ SIMON ASSOCIÉS

CLASSEMENT DES AVOCATS « LE MONDE DU DROIT » 2019

Pour la 4^{ème} fois depuis 2015, Simon Associés est classé n°1 en droit de la distribution.
Pour 2019, Simon Associés est classé n°2 en droit de la concurrence.

[En savoir plus](#)

CLASSEMENT DES AVOCATS « DÉCIDEURS » 2019

Pour la 5^{ème} année consécutive, Simon Associés est classé n°1 en droit de la franchise.

[En savoir plus](#)

CLASSEMENT DES AVOCATS « LE POINT » 2019

DROIT COMMERCIAL, DES AFFAIRES ET DE LA CONCURRENCE



Simon Associés est classé parmi les meilleurs, aux côtés des plus grandes équipes françaises, dans la catégorie « **Droit commercial, des affaires et de la concurrence** », catégorie générique qui positionne le cabinet comme il est dans son ADN depuis 25 ans. Ce classement a été réalisé par Le Point avec un institut indépendant reconnu qui s'est fondé sur l'expertise technique, la réactivité, la transparence, et la recommandation. Ce classement confirme ceux déjà obtenus par Simon Associés, le Monde du Droit, Décideurs, Option Droit Affaire, Legal 500, Chambers. Merci à tous ceux qui contribuent à cette notoriété : nos clients et partenaires, nos associés et collaborateurs.

[En savoir plus](#)