

LETTRE DES RÉSEAUX

JANVIER/FEVRIER 2013

PARIS

47 rue de Monceau
75008 Paris
Tél. 01 53 96 20 00 - Fax. 01 53 96 20 01

LYON

7 rue de Bonnel
69003 Lyon
Tél. 04 72 61 75 15 - Fax. 04 72 61 75 89

NANTES

4 rue Maurice Sibille
44000 Nantes
Tél. 02 53 44 69 00 - Fax. 02 53 44 69 36

MONTPELLIER

33 bis rue du Faubourg St Jaumes
34000 - Montpellier
Tél. 04 67 58 94 94 - Fax. 04 11 62 80 78

www.simonassociés.com



François-Luc SIMON

Associé-Gérant
Docteur en droit
Membre du Collège
des Experts de la FFF

SOMMAIRE

PRATIQUE :

Panorama des clauses protégeant la tête de réseau lors de la phase précontractuelle p.2

DISTRIBUTION :

Validité des clauses de non-réaffiliation p.5

Cass. com., 18 décembre 2012, pourvoi n°11-27.068

Condition de licéité des réseaux de distribution sélective p.6

Cass. com., 18 décembre 2012, pourvoi n°11-27.342

Compensation des créances et contrat d'approvisionnement p.6

Cass. com., 18 décembre 2012, pourvoi n°11-17.872

Agent commercial et secteur géographique p.7

CA Douai, 12 décembre 2012, RG n°10/02649

Mécanisme de ducroire en franchise p.7

Cass. com., 11 décembre 2012, pourvoi n°11-20.390

CONCURRENCE ET PRATIQUES COMMERCIALES :

De l'impossibilité d'interdire la vente par internet dans un réseau de distribution sélective p.8

Autorité de la concurrence, 12 décembre 2012, décision n°12-D-23

Rupture brutale des relations commerciales en l'absence de faute contractuelle p.9

CA Paris, 9 janvier 2013, RG n°11/11465

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE :

Marque et prise en considération du lieu de fabrication des produits p.10

CA Paris, 21 décembre 2012, RG n°12/07836

Déchéance et portée territoriale de l'usage d'une marque communautaire p.11

CJUE, 15 décembre 2012, aff. C-149/11

Portée de la protection d'une marque faible p.11

CA Paris, 14 décembre 2012, RG n°12/03442

IMMOBILIER :

Obligation d'entretien du bailleur d'un centre commercial p.12

Cass. civ. 3^{ème}, 19 décembre 2012, pourvoi n°11-23.541

Prise en charge des dépenses de ravalement dans un bail commercial p.13

Cass. Civ. 3^{ème}, 19 décembre 2012, pourvoi n°11-25.414

INTERNATIONAL :

Acquisition d'un terrain au Brésil par un étranger p.14

PRATIQUE : Panorama des clauses protégeant la tête de réseau lors de la phase précontractuelle

Un paradoxe préside souvent à la phase précontractuelle qui précède la signature de la plupart des contrats de distribution.

En effet, alors que les parties commencent seulement à se découvrir, à tenter de s'accorder la confiance mutuelle nécessaire à la réalisation de ce qui deviendra l'accord définitif, leurs échanges préalables doivent pourtant être encadrés afin de ménager chacun des intérêts en présence. Pouvant être perçu comme un frein dans une phase précontractuelle qui se veut souvent régie par un principe de liberté pour les deux parties appelées à contracter, cet encadrement est parfois utile, sinon même primordial.

A cet effet, les têtes de réseau peuvent encadrer les pourparlers par la conclusion d'accords de formes variées, destinés à organiser les négociations. On utilise généralement alors, pour les désigner, les termes les plus divers (« *Accord de principe* », « *lettre d'intention* », « *protocole d'accord* », « *accord de réservation* », « *document précontractuel d'information* », « *promesse de contrat* », etc.) qui, correspondant à des situations très différentes les unes des autres, sont autant de mécanismes juridiques protecteurs des intérêts de la tête de réseau et, à travers elle, des membres du réseau.

La valeur ajoutée de cette « contractualisation » des échanges précontractuels réside dans le contenu et la qualité des clauses considérées. Ces dernières sont un moyen efficace pour la tête de réseau de fixer certaines exigences sécurisant la phase de signature du contrat définitif. Elles permettent aussi une protection des têtes de réseau nettement supérieure à celle résultant de la simple application du droit commun.

Il importe donc d'établir un état des clauses utiles au stade des pourparlers, de dresser un panorama des clauses pouvant protéger la tête de réseau au stade la phase précontractuelle, afin que chacun des acteurs concernés puisse réfléchir en connaissance de cause aux techniques les plus adaptées pour protéger les réseaux de distribution. Si ce panorama n'a pas vocation à envisager la totalité des clauses applicables en la matière, il répertorie toutefois bon nombre d'entre elles.

- **La garantie de l'intégrité du candidat**

La sincérité, la loyauté et la probité du candidat sont autant d'éléments qui méritent d'entrer dans le champ contractuel puisque, après tout, le contrat qui organise la relation de travail entre deux parties repose avant tout sur la confiance que celles-ci se portent mutuellement. D'une manière générale, la « **clause de bonne foi** » (encore appelée « **clause de best effort** ») impose au débiteur de mettre en œuvre une diligence particulière dans l'exécution de son obligation ; elle permet de renforcer utilement l'exigence de bonne foi telle que l'article 1134 du Code civil et la jurisprudence la conçoivent.

Dans le même esprit, on évoquera la « **clause de démarches préalables** » (plus spécifiquement adaptée à la franchise, l'affiliation, la commission-affiliation ou la licence de marque) qui impose au candidat d'accomplir certaines diligences avant même la conclusion de l'accord final (étude préalable, prévisionnel, choix d'un emplacement adapté au concept, etc.). L'intérêt d'une telle clause consiste à s'assurer que le candidat aura effectué, avant la conclusion du contrat, toutes les démarches utiles à la mise en place rapide et pérenne du concept.

On évoquera aussi la « **clause de déclarations préalables** » qui reprend les déclarations du candidat relatives à sa situation personnelle : sa formation, ses expériences professionnelles passées, ses engagements contractuels actuels, l'état exact de son patrimoine, sa capacité à pouvoir prendre la gérance d'une société, etc. L'article L.330-1 du Code de commerce ne fait peser aucune obligation d'information à la charge du distributeur ; cette obligation est pourtant envisagée, notamment en matière de franchise, au point 4 du Code européen de déontologie de la franchise, selon lequel : « *le futur franchisé se doit d'être loyal quant aux informations qu'il fournit au franchiseur sur son expérience, ses capacités financières, sa formation, en vue d'être sélectionné* » ; la jurisprudence ne reconnaît cependant aucune force obligatoire à ce code (CA Colmar, 28 mai 1993, Juris-Data n°048286), à moins que les parties n'en aient décidé autrement (CA Paris, 21 octobre 1998, Juris-Data n°024128).

Précisons que l'intérêt de la « **clause de déclarations préalables** » consiste donc à faire entrer dans le champ contractuel les éléments d'information communiqués par le candidat ; ce qui peut se révéler particulièrement utile dans l'hypothèse où la responsabilité du candidat, du fait de ses déclarations mensongères et dommageables, devrait être engagée.

Afin de s'assurer de la loyauté du candidat, il peut être opportun d'insérer dans l'accord précontractuel une « **clause de non-affiliation** ». Par cette clause, le candidat déclare qu'il n'est lié à un tiers par aucune obligation de non-réaffiliation. L'enjeu est particulièrement important car la jurisprudence retient qu'est fautive la personne qui, en connaissance de cause, aide autrui à enfreindre les obligations contractuelles mises à sa charge (Cass. Com., 3 avril 2007, pourvoi n°05-11.918). Pire, la jurisprudence estime parfois, lorsque la qualité de professionnel du défendeur implique une connaissance des obligations types des contrats de distribution, qu'il ne peut prétendre ignorer leur existence dans le contrat en cause (v. par ex. : CA Aix-en-Provence, 30 avr. 2007, Juris-Data n°339984, à propos d'une clause de non-réaffiliation).

- **La protection du savoir-faire**

La spécificité du contrat de franchise, dont l'une des caractéristiques essentielles tient à la communication d'un savoir-faire, implique la conclusion, dans le cadre des négociations, de clauses dont l'objet est la protection du réseau. A titre d'illustration, on évoquera successivement la « **clause de non-duplicata** », la « **clause de confidentialité** », et enfin la « **clause d'exclusivité de négociation** ».

Etant donné l'objet principal du contrat de franchise, consistant en la réitération d'un savoir-faire, les pourparlers impliquent nécessairement la transmission d'informations qui ont pour but de permettre au candidat franchisé d'apprécier la qualité de la méthode qui lui sera transmise. La conclusion d'une « **clause de non-duplicata** », qui vise à interdire au candidat de dupliquer tout ce qui a pu lui être transmis au cours de la phase précontractuelle, peut s'avérer particulièrement utile. L'enjeu ici est de lui interdire de faire usage des méthodes et du savoir-faire dévoilés.

Dans le même sens, une « **clause de confidentialité** » obligera le distributeur à ne pas faire usage ou dévoiler des informations confidentielles dont il aura eu connaissance, y compris dans l'hypothèse

où le contrat de distribution ne serait pas signé. A cet effet, il est vivement recommandé de préciser le champ de l'information devant demeurer secrète (par exemple, les informations contenues dans le DIP et, plus généralement, toutes celles se rapportant directement ou indirectement au savoir-faire), les personnes devant répondre de cette confidentialité, ou encore les sanctions particulières attachées à sa violation. Même en l'absence de « **clause de confidentialité** », l'ex-candidat a interdiction d'utiliser les informations communiquées lors des pourparlers, notamment lorsqu'il s'agit d'éléments relatifs au savoir-faire, la jurisprudence considérant qu'il commet alors un acte de concurrence déloyale (CA Paris, 1er févr. 1989, Juris-Data n°020420), voire de parasitisme (CA Paris, 30 avr. 1997, Juris-Data n°020730). Mais la valeur ajoutée des « **clauses de confidentialité** » réside dans la qualité de leur contenu ; les précisions qu'elles contiennent permettent une meilleure protection que celle résultant de l'application du droit commun.

On évoquera aussi la « **clause d'exclusivité de négociation** » qui, pendant une certaine durée, interdit à l'une et/ou l'autre des parties de négocier un contrat de même nature avec un tiers ; le champ d'application de l'interdiction s'apprécie en fonction de sa durée, de sa nature (par ex. : pouvant concerner tout contrat de distribution se rapportant à la même zone) ou de sa sanction. En dehors de tout lien contractuel, le principe est celui de la liberté de rompre les négociations. La conclusion d'une « **clause d'exclusivité de négociation** » présente ainsi l'avantage de rendre la négociation du contrat exclusive de toute autre et d'optimiser les chances de voir la phase précontractuelle aboutir. Partant, la « **clause d'exclusivité de négociation** » protège efficacement les connaissances et le savoir-faire de l'enseigne en ce qu'elle assure le maintien au sein du réseau des informations échangées avec le candidat.

- **Les exigences de la tête de réseau**

Les clauses conditionnant le consentement du distributeur, insuffisamment usitées en pratique, s'attachent davantage à sécuriser par avance cette phase éphémère mais cruciale qu'est la conclusion du contrat.

La « **clause de non-engagement** » permet à la tête de réseau de rappeler et de faire accepter au candidat que la remise du DIP ne l'oblige pas, par la suite, à conclure le contrat définitif. Cette clause doit alors être rédigée de telle sorte que cette

faculté soit simplement envisagée, sans pour autant placer le candidat dans une situation d'insécurité. Il faut garder à l'esprit que, dans bien des cas, c'est avant de signer le contrat définitif que le candidat aura recours à de lourds emprunts et procédera à d'autres démarches tout aussi engageantes (signature d'un bail, travaux, etc.). Le rédacteur de la clause devra s'attacher à ne pas faire fuir le candidat : la conclusion du contrat reste le principe, et la non-conclusion, l'exception.

L'intérêt de cette clause est de permettre à la tête de réseau de se prémunir contre une éventuelle action du candidat à qui la signature d'un contrat n'aura pas été proposée. En effet, le principe général de liberté contractuelle veut qu'un individu est libre de contracter (ou non). Pourtant, cette liberté (de ne pas conclure) ne va pas de soi, en particulier lorsque la loi impose qu'un DIP soit préalablement remis au candidat. Il s'agit donc, non pas de créer un droit nouveau, mais de s'assurer qu'un droit originel soit respecté et ne puisse être remis en question au détour d'une jurisprudence hasardeuse.

Il peut également être opportun de prévoir que le candidat reconnaît que les informations contenues dans le DIP peuvent évoluer et s'engage donc à accepter ces évolutions. Aussi une « **clause d'adaptation** » pourra prévoir que le candidat devra s'adapter aux modifications contractuelles relatives au concept, à la gamme de produits,... Il s'agit ni plus ni moins de faire « remonter » dans le temps l'application de la « **clause d'évolution** » généralement contenue dans les contrats de distribution.

Le rédacteur de la clause devra concilier, de façon subtile, deux objectifs d'apparence contradictoires : l'objectif légal d'information complète (auquel répond la remise d'un DIP avant la signature du contrat final), et celui d'harmonisation et de perfectionnement du concept qui suppose que le candidat accepte d'intégrer les évolutions au contrat final. Il faut également prévoir les dispositions du contrat appelées à évoluer sans que cela ne remette en cause la sincérité du DIP ; la clause doit se limiter à engager le candidat sur des points ne nécessitant pas la remise d'un second DIP.

L'intérêt d'une telle clause revient à anticiper une situation potentiellement problématique. Le candidat, qui se sera engagé par avance et en toute connaissance de cause, ne pourra pas invoquer le défaut d'information précontractuelle et sera contraint de s'adapter au nouveau concept.

Dans le même ordre d'idée, « **la clause de fonds propres minimum** » fera obligation au candidat, comme son nom l'indique, d'être en possession d'un minimum de fonds propres. Il conviendra de justifier brièvement de la nécessité de disposer de ces fonds ainsi que du montant exigé sans pour autant que cela ne permette d'en déduire que la seule possession de ces fonds assure au futur partenaire la réalisation du prévisionnel. Il pourra être prévu que le candidat devra fournir certains documents prouvant l'exactitude de ses dires.

Cette clause a pour vocation de responsabiliser le candidat mais aussi d'effectuer un tri sélectif des candidats qui ne pourront « postuler » au réseau sans certifier d'une certaine assise financière ; plus qu'une simple condition, il s'agit également de dégager la responsabilité de la tête de réseau en faisant attester le candidat de la réalité de sa situation financière.

Enfin, « **la clause de reprise balai** », ou « **clause de reprise d'engagement** », souvent utilisée en matière de droit des sociétés, a pour objet d'engager également la société qui sera créée par le candidat : elle sera solidairement tenue, et donc responsable, des obligations et déclarations du candidat, et sera réputée avoir connaissance de toutes les informations reçues par le candidat de la part de la tête de réseau.

Ladite clause pourra être déclinée dans le cas où la société a déjà été créée : il sera alors simplement ajouté à l'avant-contrat une clause prévoyant que la société est tenue des engagements précontractuels, dans les mêmes termes que le candidat ; le document devra alors être signé par le candidat en tant que personne physique ainsi que par le candidat en tant que représentant de la société qui aura été créée.

Cette clause permet à la tête de réseau d'être doublement garantie du respect de l'ensemble des engagements contractés par le candidat pendant la phase précontractuelle (clause de confidentialité, etc.). En effet, l'utilité de cette clause est d'empêcher que la société puisse nuire à la tête de réseau pendant la phase précontractuelle sous couvert d'une personnalité morale indépendante du candidat personne physique.

En cas de violation de l'une de ces clauses, la tête de réseau pourra donc agir utilement contre ses deux débiteurs, ou préférer agir contre la seule société, parfois plus solvable il est vrai que le candidat lui-même.

DISTRIBUTION

Validité des clauses de non-réaffiliation

Cass. com., 18 décembre 2012, pourvoi n°11-27.068

La question de la validité des clauses de non-réaffiliation fait régulièrement l'objet de précisions en jurisprudence.

Ainsi, la chambre commerciale de la Cour de cassation a rappelé dans son arrêt du 28 septembre 2010 (*Bull. civ. IV, n°145*) que les clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation ne pouvaient être assimilées. La Haute juridiction a ainsi énoncé que « *la clause de non-concurrence a pour objet de limiter l'exercice par le franchisé d'une activité similaire ou analogue à celle du réseau qu'il quitte, tandis que la clause de non-réaffiliation se borne à restreindre sa liberté d'affiliation à un autre réseau* ». Etait par conséquent cassé l'arrêt de la cour d'appel, qui avait jugé que, dans l'espèce considérée, la clause de non-réaffiliation s'analysait en une clause de non-concurrence.

Cette décision mettait un frein au courant jurisprudentiel assimilant les clauses de non-réaffiliation aux clauses de non-concurrence lorsque l'activité franchisée s'inscrivait dans un secteur où il était, de fait, presque impossible d'exercer sans enseigne notoire. Etait principalement concerné par ce courant le secteur de la distribution alimentaire de proximité.

Si l'arrêt du 28 septembre 2010 a confirmé la différence de nature des clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation, il semblait demeurer que, à l'instar de la validité des clauses de non-concurrence, celle des clauses de non-réaffiliation est appréciée au regard des conditions de limitation dans le temps et dans l'espace et de proportionnalité à l'intérêt protégé.

Or, l'incidence de la clause de non-réaffiliation dans le secteur considéré est nécessairement cruciale dans l'appréciation de la proportionnalité de ladite clause. C'est ce que vient de confirmer la décision commentée qui ne manquera pas d'attirer l'attention du lecteur.

En l'espèce, le contrat de franchise comprenait une clause par laquelle les franchisés s'engageaient, en cas de rupture anticipée du contrat, à ne pas utiliser, pendant une période d'un an à compter de sa résiliation, une enseigne de renommée nationale

ou régionale, déposée ou non, et à ne pas offrir en vente des marchandises dont les marques sont liées à ces enseignes dans un rayon de cinq kilomètres du magasin.

Les franchisés ayant invoqué la nullité de la clause de non-réaffiliation qui leur était opposée, la cour d'appel a annulé ladite clause en raison de son caractère disproportionné par rapport aux intérêts légitimes du franchiseur, eu égard au secteur d'activité considéré. Les juges du fond ont en effet relevé que l'activité de distribution alimentaire de proximité s'exerce de manière quasi systématique dans le cadre de réseaux de franchise organisés, avec des enseignes de renommée nationale ou régionale et que la supérette des franchisés était exploitée dans un petit chef-lieu de canton. La cour d'appel en a déduit que la clause précitée, qui mettait les ex-franchisés, privés dans leur secteur d'activité du support d'un réseau structuré d'approvisionnement, dans l'impossibilité de poursuivre, dans des conditions économiquement rentables, l'exploitation de leur fonds de commerce, n'était pas proportionnée aux intérêts légitimes du franchiseur.

Le franchiseur a formé un pourvoi à l'encontre de cette décision, en soutenant notamment que la clause de non-réaffiliation n'était pas soumise à des conditions de validité identiques à celles des clauses de non-concurrence, et n'était, en particulier, pas soumise « *aux conditions de nécessité et de proportionnalité propres à la clause de non-concurrence* ».

La Cour de cassation a néanmoins rejeté le pourvoi et considéré que la Cour d'appel avait pu déduire de ses constatations que la clause de non-réaffiliation n'était pas proportionnée aux intérêts légitimes du franchiseur et devait être annulée.

Ainsi, la proportionnalité de la clause aux intérêts légitimes du franchiseur est bien une condition de validité de la clause de non-réaffiliation. Cette proportionnalité fait en principe l'objet d'une appréciation au cas par cas mais sera plus difficile à démontrer dans les secteurs où l'activité s'exerce quasi systématiquement sous une enseigne de renommée nationale ou régionale.

Condition de licéité des réseaux de distribution sélective
Cass. com., 18 décembre 2012, pourvoi n°11-27.342

Un fournisseur en vins a approvisionné pendant une quarantaine d'années un grossiste en boissons ; ce dernier avait ainsi, au cours de leur relation commerciale, adhéré à une charte de distribution puis à un contrat-cadre de concession qui lui conférait la qualité de revendeur agréé des produits du fournisseur. Ce dernier contrat prévoyait notamment que les produits ne pouvaient être vendus qu'à certains acheteurs, parmi lesquels ne figuraient pas les magasins de la grande distribution.

En 2008, le fournisseur a mis fin à la relation commerciale au motif que le grossiste avait vendu ses produits à des grandes surfaces.

Le grossiste a alors assigné son fournisseur en responsabilité pour rupture brutale de leur relation commerciale établie en invoquant l'illicéité de son réseau de distribution sélective et donc le caractère infondé du motif de fin de relation opposé.

En appel, pour retenir l'illicéité du réseau de distribution sélective, les juges du fond ont relevé que le distributeur excluait « *a priori* » les commerçants de la grande distribution, ce dont il résultait que les critères qualitatifs que le fournisseur appliquait n'avaient pas été fixés uniformément pour tous les revendeurs potentiels.

Dans son arrêt du 18 décembre 2012, la chambre commerciale de la Cour de cassation valide le raisonnement adopté par les juges du fond en rappelant : « *que l'organisation d'un réseau de distribution sélective est licite à condition que le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, fixés d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire, que les propriétés du produit en cause nécessitent, pour en préserver la qualité et en assurer le bon usage, un tel réseau de distribution et que les critères définis n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire.* »

Compensation des créances et contrat d'approvisionnement
Cass. com., 18 décembre 2012, pourvoi n°11-17.872

Une société, spécialisée dans le développement et la distribution de systèmes de vidéo-surveillance, a conclu en 1998 un contrat d'approvisionnement exclusif à durée déterminée avec tacite reconduction. En 2005, son fournisseur lui a notifié la résiliation du contrat, puis l'a assigné en paiement de factures restées impayées.

La société, ayant été mis en redressement judiciaire et ayant bénéficié d'un plan de redressement, a alors recherché la responsabilité du fournisseur pour pratiques discriminatoires et rupture brutale de la relation commerciale établie.

En appel, la demande du fournisseur de compensation entre sa créance au titre des factures impayées et sa condamnation délictuelle au titre de la rupture brutale de la relation commerciale établie fut rejetée.

Devant la Cour de cassation, le fournisseur soutenait que les deux créances (créance au titre des factures impayées dues en exécution du contrat d'approvisionnement et créance de dommages et

intérêts pour rupture brutale de la relation commerciale établie) étaient connexes dès lors que les deux dettes réciproques des cocontractants découlaient du même contrat commercial.

La Haute juridiction a rejeté le pourvoi et approuvé la cour d'appel d'avoir écarté les demandes du fournisseur tendant à obtenir la compensation entre les créances en relevant que :

- d'une part, la créance du cocontractant au titre de factures impayées découlait du contrat d'approvisionnement exclusif,
- d'autre part, la créance de la société résultait de la faute quasi-délictuelle de son cocontractant.

Dans ces circonstances, la chambre commerciale de la Cour de cassation conclut que « *la cour d'appel en a exactement déduit qu'en l'absence de connexité entre les deux créances, il n'y avait pas lieu de faire droit à la demande de compensation sollicitée.* »

Agent commercial et secteur géographique CA Douai, 12 décembre 2012, RG n°10/02649

L'agent commercial est un mandataire chargé de négocier ou de conclure certain type de contrats au nom et pour le compte de producteurs, d'industriels, de commerçant ou d'autres agents commerciaux.

A l'occasion d'un arrêt rendu le 12 décembre 2012, la Cour d'appel de Douai s'est prononcée sur le droit à la rémunération de l'agent commercial dans son secteur géographique.

En l'espèce, un agent commercial sollicitait le paiement d'une commission relative à une vente effectuée, sans son entremise, sur son territoire.

La Cour d'appel de Douai a accueilli cette demande, retenant « *qu'il importe peu que l'agent ait participé ou non de près ou de loin à la vente de l'équipement, son droit à commission étant défini à l'article neuf du contrat d'agence comme "acquis à l'agent sur l'ensemble des ventes effectuées dans son secteur que les commandes aient été trans-*

mises par lui ou soient parvenues autrement au mandant" ; qu'il suffit de constater que la vente est intervenue pendant la durée du contrat, dans le secteur géographique qui y est défini au profit d'une clientèle confiée à l'agent. »

Il faut relever, en effet, que pour les cas où il est chargé d'un secteur géographique déterminé, l'agent commercial a droit à la rémunération afférente aux opérations conclues avec des clients appartenant à ce secteur, même si elles l'ont été sans son intervention (v. par ex. : CJCE, 12 déc. 1996, aff. C-104/95, *Kontogeorgas*).

Dans le même temps, la Cour d'appel de Douai rappelle que la rémunération de l'agent peut être réduite, dès lors que le contrat d'agence prévoit une commission réduite lorsque la commande n'a pas été initiée par l'agent. En l'espèce, elle souligne « *qu'en toute hypothèse, l'assiette de la commission de l'agent doit être limitée, en fonction des stipulations du contrat d'agence* ».

Mécanisme de ducroire en franchise Cass. com., 11 décembre 2012, pourvoi n°11-20.390

La Cour de cassation a eu à se prononcer sur l'engagement de ducroire en franchise, plus particulièrement sur sa résiliation.

En l'espèce, un franchiseur s'était porté ducroire, envers les fournisseurs du réseau, du règlement des marchandises commandées par chaque franchisé. Cette garantie personnelle, consentie par le franchiseur, permettait aux franchisés du réseau d'obtenir des prix préférentiels sur les marchandises, dont ils n'auraient pu bénéficier s'ils s'approvisionnaient de façon isolée. Il était alors prévu que la garantie ainsi consentie pourrait être suspendue en cas d'impayés du franchisé 8 jours après une mise en demeure restée infructueuse.

Le franchisé a été condamné en première instance à verser plus de 200 000 € au franchiseur en vertu des redevances restées impayées ; il invoquait en appel le non-respect par le franchiseur de son engagement de ducroire afin de réduire d'autant le montant des redevances dues.

La Cour d'appel de Versailles, dans un arrêt du 7 avril 2011, a considéré que la décision du franchiseur était une décision arbitraire et fautive de ne plus exécuter son engagement de ducroire.

Selon les juges du fond, le franchiseur n'avait pas respecté les modalités de suspension de son engagement de ducroire, puisqu'il avait directement notifié la suspension dudit engagement, sans la faire précéder de l'envoi d'une mise en demeure visant des impayés restée infructueuse.

La Cour d'appel a ainsi considéré que le franchiseur avait commis une faute dans l'exécution d'une obligation « *absolument essentielle* » qui justifiait, selon elle, à elle seule la demande de réduction des redevances formulées par le franchisé.

Par arrêt du 11 décembre 2012, la Cour de cassation casse l'arrêt déféré au motif que la cour d'appel n'avait pas recherché si une première lettre, adressée au franchisé antérieurement au courrier visé par les juges du fond, ne constituait pas la mise en demeure prescrite par le contrat de franchise.

Sans revenir sur le pouvoir d'appréciation des faits qui relève des juges du fond, la Cour de cassation sanctionne la Cour d'appel qui n'avait pas suffisamment vérifié si les modalités de résiliation de l'engagement de ducroire prévues au contrat avaient été respectées.

CONCURRENCE ET PRATIQUES COMMERCIALES

De l'impossibilité d'interdire la vente par internet dans un réseau de distribution sélective Autorité de la concurrence, 12 décembre 2012, décision n°12-D-23

Une fois encore, l'Autorité de la concurrence a fait preuve de la plus grande sévérité à l'égard de la tête d'un réseau de distribution sélective dans le domaine des produits bruns (matériels hi-fi et home cinéma), qui imposait à ses distributeurs (bien qu'elle s'en soit défendue à la fin de la procédure), une interdiction absolue de vendre en ligne les produits distribués dans le réseau.

Considérant, au terme d'un raisonnement quelque peu contestable, que la tête de réseau avait ainsi violé l'interdiction des ententes anticoncurrentielles prévue par le droit communautaire, elle a condamné la tête de réseau à une amende de 900.000 euros (il convient néanmoins de relativiser le montant de la condamnation, dans la mesure où l'entreprise encourait une amende de plus de 58 millions d'euros).

I – L'identification de l'interdiction de vente en ligne

En l'espèce, dans le contrat de distribution en vigueur dans le réseau français de la marque, inchangé depuis 1989, était prévue une interdiction de la distribution des produits « *par correspondance* ». Après avoir admis lors des premières auditions que cette interdiction couvrait la vente en ligne (laquelle n'existait pas à l'époque de la rédaction du contrat-type du réseau), la tête de réseau s'est ensuite ultérieurement rétractée, soutenant que l'interdiction ne visait pas la vente par internet.

L'Autorité de la concurrence a donc approfondi sa recherche, afin d'établir l'existence de cette interdiction. Celle-ci ressortait, selon l'Adlc, d'une circulaire diffusée aux membres du réseau en 2000 présentant la politique d'utilisation d'Internet, qui prévoyait notamment l'interdiction pour les distributeurs d'utiliser les logos, marques et autres biens immatériels de la tête de réseau sur leurs propres sites web, ce qui empêchait en pratique toute activité de vente en ligne. Par ailleurs, l'Adlc se fonde sur l'audition de deux distributeurs du réseau qui avaient révélé l'existence à tout le moins d'un « flou », et plus généralement d'une interdiction en pratique de pratiquer la vente en ligne au sein du réseau.

II – L'application du droit communautaire et du droit français

Alors même que l'interdiction des ententes anticoncurrentielles prévue par le droit communautaire nécessite que soient remplis un certain nombre de critères, l'Autorité de la concurrence, sans doute dans une volonté ferme de condamnation des pratiques d'interdiction de la vente en ligne, en a fait application. Pourtant, la décision soulève des interrogations, notamment quant à la réalité d'une affectation sensible du marché. D'une part, les concurrents de la tête de réseau concernée ont, depuis plusieurs années, ouvert la vente en ligne dans leurs réseaux. D'autre part, l'Adlc reconnaît elle-même, au stade de l'évaluation du dommage, que compte tenu notamment de la technicité des produits, « *cette pratique n'a été de nature à affecter qu'un nombre limité de consommateurs* ».

Pour justifier l'applicabilité du droit communautaire, l'Adlc relève notamment que la pratique touche l'ensemble des distributeurs de la marque sur le territoire national, y compris ceux situés sur des territoires frontaliers, et est dès lors susceptible d'impacter le commerce entre Etats membres. De même, elle relève que s'agissant d'une problématique liée à la vente en ligne, celle-ci dépasse nécessairement le seul secteur d'implantation du distributeur par son point de vente physique.

III – La double sanction

Rejetant tous les aspects de l'argumentation développée par la tête de réseau, notamment quant à la nécessité pour le consommateur de disposer d'un conseil personnalisé pour ces produits de haute technicité, l'Adlc condamne la tête de réseau à l'amende de 900.000 euros précitée. Par ailleurs, elle prononce en outre une injonction à l'encontre de la tête de réseau : celle-ci est tenue, dans un délai maximum de trois mois à compter de la notification de la décision, soit de modifier ses contrats de distribution, soit de diffuser une circulaire générale, afin de stipuler en termes clairs que les distributeurs du réseau ont la possibilité de procéder à des ventes en ligne s'ils le souhaitent.

Rupture brutale des relations commerciales en l'absence de faute contractuelle

CA Paris, 9 janvier 2013, RG n°11/11465

Un fournisseur italien avait conclu en 2004 un accord de distribution, non formalisé par écrit, avec son distributeur en France. Ce dernier était chargé de la distribution des produits du fournisseur en France, notamment auprès des enseignes de grande distribution alimentaire.

En début d'année 2010, le fournisseur avait dénoncé la relation le liant au distributeur français avec effet immédiat, lui indiquant qu'il reprenait en direct la vente de ses produits. Le fournisseur avait alors justifié, d'une part, du fait de la réception de l'information du distributeur sur le déréférencement de ses produits auprès plusieurs enseignes de grande distribution et, d'autre part, en reprochant au distributeur d'avoir procédé à la promotion de sa propre marque, concurrente de celle du fournisseur.

Dans une première instance, le tribunal de commerce a condamné le distributeur – ayant fait l'objet dans l'intervalle d'une procédure de liquidation judiciaire – à régler au fournisseur les sommes dues au titre des factures qu'il avait refusé de régler. Parallèlement, dans une seconde instance, le fournisseur a été condamné à indemniser le fournisseur pour la rupture brutale des relations commerciales, sur le fondement de la violation de l'article L.442-6 I 5° du Code de commerce.

Insatisfait de la condamnation pour rupture brutale, le fournisseur avait formé appel de la décision rendue sur la seconde instance, espérant pouvoir établir une faute lui permettant d'échapper à l'obligation de préavis imposée par la loi.

I – La nécessité d'une faute justifiant la rupture sans préavis

L'article L.442-6 I 5° du Code de commerce impose à tout professionnel souhaitant mettre un terme à sa relation commerciale établie avec un partenaire, de respecter un préavis minimum, déterminé en tenant compte de différents critères, et ce quelle que soit la forme juridique des engagements liant les parties (à ce titre, le caractère non écrit du contrat était sans influence).

La loi prévoit deux exceptions à cette obligation, permettant la résiliation du contrat sans préavis : l'existence d'un cas de force majeure ou celle d'une faute contractuelle de l'autre partie. Dans ces hypothèses, la résiliation peut être immédiate, sans engager la responsabilité de son auteur.

Bien qu'il ait invoqué ces motifs de résiliation dès la rupture de la relation, le fournisseur n'est pas parvenu à établir devant la cour d'appel la réalité des fautes reprochées à son cocontractant. En effet, il a été jugé qu'il n'existait pas de preuve que les déréférencements étaient imputables au distributeur. Par ailleurs, sans fournir plus de précision, la Cour d'appel de Paris considère que le retard du distributeur à informer le fournisseur du déréférencement d'une des enseignes – retard de quatre mois, qui peut tout de même paraître relativement long – « *n'est pas, en soi, fautif* ».

En l'absence de faute de son distributeur, le fournisseur engage sa responsabilité en rompant la relation sans préavis, dont la durée est déterminée par la cour.

II – La réduction du préavis déterminé en première instance

Les juges de première instance avaient considéré qu'un préavis de dix mois aurait dû être accordé au distributeur, et l'avait indemnisé sur cette base. La Cour d'appel, considérant ce préavis trop long au regard de la durée de la relation (six ans), le réduit à six mois. Néanmoins, paradoxalement, cette réduction de la durée du préavis ne s'est pas accompagnée d'une réduction de l'indemnisation versée au fournisseur qui, calculée sur la marge brute sur le chiffre d'affaires qui aurait dû être réalisé pendant la durée de ce préavis, augmente de 48.000 euros en appel.

III – Le rejet des autres demandes du distributeur

Le distributeur évincé sollicitait également la condamnation du fournisseur à l'indemniser pour la perte de marge brute qu'il aurait réalisé avec les enseignes de grande distribution : la Cour d'appel rejette cette demande, précisant que seule la brutalité de la rupture peut être indemnisée.

De même, elle ne fait pas droit aux autres demandes d'indemnisation du distributeur. La première portait sur le remboursement des frais publicitaires engagés par le distributeur : considérant que ces frais n'avaient pas été sollicités par le fournisseur et relevaient de la stratégie commerciale du distributeur, la Cour d'appel les laisse à la charge de ce dernier. Enfin, elle rejette les griefs de concurrence déloyale, jugeant que, dès lors que la relation avait pris fin, le fournisseur pouvait licitement reprendre les ventes en direct.

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Marque et prise en considération du lieu de fabrication des produits

CA Paris, 21 décembre 2012, RG n°12/07836

Une société chinoise a déposé une demande d'enregistrement portant sur une marque verbale « Beauvillon PARIS » pour désigner des produits relevant des classes 3, 18, 24 et 25. Le directeur de l'INPI a notifié une objection fondée sur le fait que la marque appliquée notamment aux produits suivants : « *parfumerie, cosmétiques, cuir et imitations du cuir, peaux d'animaux ; malles et valises, parapluies, parasols et cannes, tissus et produits textiles, à savoir : linge de bain à l'exception de l'habillement, linge de lit, linge de maison, linge de table, couvertures de voyage, couvertures de lit et de tables, vêtements, chaussures, chapellerie* », était de nature à tromper le public. Il proposait en conséquence de préciser le libellé de certains produits en ajoutant la mention « *tous ces produits étant fabriqués en France* ». La société déposante refusa de modifier le libellé de son dépôt comme le lui suggérait le directeur de l'INPI, ce qui conduit au rejet de la demande d'enregistrement.

Un recours était donc formé devant la Cour d'appel de Paris à l'encontre de cette décision aux motifs qu'elle n'indiquait pas en quoi Paris est réputée pour chacun des produits visés dans le libellé, qu'il n'est pas établi que les titulaires des 8000 marques qui incluent le nom de Paris fasse fabriquer leurs produits à Paris, que la restriction ainsi imposée apparaît discriminatoire et dépourvue d'objectivité, que de nombreuses marques incluant le nom de Paris ont été déposées depuis son dépôt sans que les critères de distinction fondant le rejet ou l'acceptation de telles demandes d'enregistrement soient expliqués, que de nombreux produits comportant le terme « Paris » ne sont pas fabriqués à Paris ni même en France. Le déposant soutenait également que le risque de tromperie qui lui est opposé par le Directeur de l'INPI doit s'appliquer à tous les déposants qui sollicitent l'enregistrement de signes comportant le mot « Paris » et qu'en réalité la véritable motivation de la décision est moins la protection du public au regard d'une mention pouvant induire en erreur quant à l'origine des produits qu'un protectionnisme économique non assumé.

Par cet arrêt du 21 décembre 2012, la Cour approuve la décision qui lui est soumise.

La Cour affirme que la décision critiquée a, à bon droit, visé les dispositions de l'article L711-3 c) CPI selon lequel ne peut être adopté comme marque un signe « *de nature à tromper le public notamment sur la nature, la qualité ou la provenance géographique du produit ou du service* ».

La Cour revient ensuite sur la fonction essentielle de la marque de garantir l'identité d'origine du produit ou du service désigné par la marque et rajoute, de façon inédite, « *au point d'assurer à ce consommateur que les produits revêtus de la marque ont été fabriqués par une entreprise déterminée qui garantira l'origine et les valeurs intrinsèques des produits commercialisés* » : il s'agit d'une référence explicite à la garantie de qualité que, pourtant, on refuse d'attribuer aux marques. Selon la Cour, il ressort de la présentation globale du signe en cause que la mention « Paris » constitue l'information destinée au consommateur lui permettant de déduire que la marque Beauvillon sert à désigner des produits fabriqués à Paris, ou par extension en France, et l'association que fera le consommateur est d'autant plus évidente que le signe à consonance française désigne des produits qui relèvent de la tradition française.

La Cour approuve également la décision qui lui est soumise en ce qu'elle a visé l'article L.217-6 du Code de la consommation lequel prohibe l'apposition d'un signe sur des produits mis en vente en France de nature à faire croire, s'ils sont étrangers, qu'ils ont été fabriqués en France ou qu'ils ont une origine française. Selon la Cour cette disposition interdit à une société chinoise d'apposer sur les produits qu'elle vend en France une marque laissant croire au consommateur que les produits sont fabriqués en France de sorte que ne pas exiger qu'elle complète le libellé par la mention « *tous ces produits étant fabriqués en France* » reviendrait à l'encourager à commettre une infraction pénale ou à l'absoudre d'en avoir commis une. Cette décision est peut-être un tournant en droit des marques, on attendra donc avec impatience la position que prendra la Cour de cassation éclairant ainsi les praticiens sur les conséquences de la mention d'un nom géographique dans une marque.

Déchéance et portée territoriale de l'usage d'une marque communautaire

CJUE, 15 décembre 2012, aff. C-149/11

Le titulaire d'une marque qui n'en ferait pas un usage sérieux encourt la déchéance de ses droits à l'expiration d'une période cinq ans. Cette règle, prévue à l'article L713-5 CPI pour les marques françaises, est également prévue pour les marques communautaires à l'article 15 du Règlement communautaire n°207/2009 qui dispose : « *Si, dans un délai de cinq ans à compter de l'enregistrement, la marque communautaire n'a pas fait l'objet par le titulaire d'un usage sérieux dans la Communauté pour les produits ou les services pour lesquels elle est enregistrée, ou si un tel usage a été suspendu pendant un délai ininterrompu de cinq ans, la marque communautaire est soumise aux sanctions prévues au présent règlement, sauf juste motif pour le non-usage* ». Au niveau communautaire, l'appréciation de l'usage sérieux d'une marque communautaire pose la question de l'étendue territoriale de cet usage. Tel était l'objet de la question préjudicielle posée à la Cour dans cette affaire qui était interrogée sur le point de savoir si l'usage sérieux de la marque dans un seul Etat membre suffit à considérer qu'il y a un usage sérieux dans la Communauté.

La Cour rappelle l'état de sa jurisprudence et les précisions déjà apportées : une marque fait l'objet d'un usage sérieux lorsqu'elle est utilisée conformément à sa fonction essentielle qui est de garantir l'identité d'origine des produits et services pour lesquels elle a été enregistrée aux fins de créer ou conserver un débouché pour ces produits et services, à l'exclusion d'usages symboliques aux seules fins de maintenir les droits sur la marque. Selon la Cour, l'importance territoriale n'est que l'un des facteurs, parmi d'autres, pris en compte pour déterminer si l'usage est sérieux ou non. Précisant la notion « *d'usage sérieux* » visé par le Règlement communautaire, la Cour indique que, dans l'appréciation de l'usage sérieux dans la Communauté, il convient de faire abstraction des frontières du territoire des Etats membres. L'étendue territoriale de l'usage d'une marque communautaire est donc l'un des facteurs à prendre en compte, comme les caractéristiques du marché en cause, la nature des produits ou services protégés, mais ne peut, à elle seule, exclure ou établir l'usage sérieux évitant la déchéance sur l'ensemble du territoire communautaire.

Portée de la protection d'une marque faible

CA Paris, 14 décembre 2012, RG n°12/03442

Les faits de cette affaire étaient assez classiques pour le contentieux de la contrefaçon, mais la motivation de la décision mérite que l'on s'y arrête. Le titulaire de la marque « Prévoir », pour désigner notamment des services d'assurances, assigna une société en contrefaçon et concurrence déloyale pour atteinte à son nom commercial, son enseigne et ses noms de domaine une autre société en raison du dépôt et de l'usage de la marque « bienprevoir.fr », de l'usage de la dénomination sociale « bienprevoir.fr » et l'utilisation de noms de domaine composés de la racine « bienprevoir ». La Cour confirme le jugement entrepris qui a débouté la demanderesse de l'ensemble de ses demandes. La marque « Prévoir », dont la distinctivité était contestée est sauvée de justesse. Après avoir rappelé le sens de ce terme, la Cour indique que « *ce verbe est par conséquent un terme purement descriptif nécessaire pour désigner les services visés dans les enregistrements des marques opposées qui, pris isolément, ne saurait servir à constituer une marque distinctive. Toutefois, l'adjonction d'un élément verbal ou figuratif qui, comme en l'espèce, ne peut être considéré comme négligeable est de*

nature à conférer au terme PREVOIR une distinctivité destinée à lui faire acquérir l'autonomie nécessaire pour assurer la désignation des services visés dans les enregistrements ». Valable, la marque n'est pour autant pas contrefaite « *dans la mesure où le terme verbal PREVOIR est très faiblement distinctif pour désigner les activités d'assurance vie et de capitalisation qui sont visées dans l'extrait du registre du commerce et des sociétés de la société PREVOIR – VIE GROUPE PREVOIR, celle-ci ne saurait invoquer un risque de confusion dans l'esprit des consommateurs de nature à fonder l'action en contrefaçon qu'elle a engagée* ». Dès lors qu'elles répondent aux conditions de validité, les marques font l'objet de droits sans distinction. Pour autant, la portée de la protection dépend de leur caractère plus ou moins arbitraire.

Rares sont les décisions qui font expressément référence au caractère faiblement distinctif d'une marque ; on se félicitera donc que la Cour ait souligné cet élément. Pour autant, l'arrêt n'est pas à l'abri de la critique faute d'explicitier l'absence de risque de confusion.

DROIT IMMOBILIER

Obligation d'entretien du bailleur d'un centre commercial

Cass. civ. 3^{ème}, 19 décembre 2012, pourvoi n°11-23.541

Par cet arrêt remarqué, la Cour de cassation rappelle les obligations pesant sur les bailleurs, auxquelles n'échappent pas les bailleurs de locaux situés dans un centre commercial.

Un bailleur avait donné à bail un local à usage de salon de coiffure situé dans une galerie commerciale dans laquelle était exploité un hypermarché. Un nouveau centre commercial ayant été construit à proximité, l'hypermarché et les boutiques de la galerie commerciale y avaient emménagé. S'étant donc retrouvé seul dans la galerie commerciale, le preneur avait alors assigné son bailleur en résiliation du bail à ses torts exclusifs et en paiement de diverses sommes.

Pour contester sa condamnation, le bailleur faisait valoir que le bail ne lui imposait pas d'obligation particulière liée à l'existence de la galerie marchande, c'est-à-dire relative au maintien de la commercialité des lieux.

La Cour de cassation rejette son pourvoi.

S'appuyant sur les constatations des juges du fond qui avaient relevé un dépérissement général de l'immeuble, la suppression de l'accès aux toilettes du centre et l'existence de gravats et de levées de terre empêchant le libre accès au parking, la Cour de cassation conclut à un manquement grave du bailleur à ses obligations légales, justifiant la résiliation du bail à ses torts exclusifs. Le propriétaire était tenu d'entretenir les parties communes du centre, "*accessoires nécessaires à l'usage de la chose louée*".

Cet arrêt doit être mis en perspective avec les tentatives des preneurs qui, depuis une dizaine d'années, s'attachent à mettre à la charge des bailleurs de centres commerciaux une obligation de commercialité.

En vertu de l'article 1719 du Code civil, le bailleur est soumis à une triple obligation :

- obligation de délivrance,
- obligation d'entretien,
- obligation de garantie de jouissance paisible.

La Cour de cassation ayant refusé de retenir à la charge du bailleur une obligation de commercialité, les preneurs demandent désormais réparation de leur préjudice sur le fondement de ces obligations légales.

La Cour de cassation adopte une conception extensive des obligations légales du bailleur, qu'il s'agisse de la délivrance ou de la jouissance paisible de la chose louée.

La Haute juridiction avait déjà jugé, dans un arrêt en date du 31 octobre 2006 (pourvoi n°05-18.377), que le défaut d'entretien des parties communes d'un centre commercial était constitutif d'un manquement du bailleur à son obligation d'entretien, privant les preneurs des "avantages" qu'ils tenaient du bail.

Ces "avantages" sont la contrepartie des charges lourdes pesant sur les preneurs de centres commerciaux qui, lors de la prise à bail, peuvent difficilement négocier les clauses des contrats types de bail qui leur sont proposés.

Le bailleur doit mettre en œuvre tous les moyens nécessaires au bon fonctionnement et à la pérennité du centre commercial.

Il doit assurer au preneur la jouissance paisible des locaux loués, c'est-à-dire ceux compris dans l'assiette du bail, mais également ses accessoires, telle que la galerie commerciale menant aux locaux loués.

L'obligation du bailleur se trouve donc élargie, dépassant le strict cadre des seuls locaux loués.

Cette conception doit amener le bailleur comme le preneur à être vigilants sur la rédaction du contrat de bail, en prévoyant notamment des clauses précises quant aux obligations respectives des parties.

Ce faisant, les parties peuvent convenir de clauses aggravant leurs obligations, notamment celle du bailleur relative au maintien de la commercialité des locaux.

Prise en charge des dépenses de ravalement dans un bail commercial

Cass. civ. 3^{ème}, 19 décembre 2012, pourvoi n°11-25.414

Par un arrêt récent, la Cour de cassation a considéré que les dépenses de ravalement, ne constituant pas des charges locatives, incombent au bailleur sauf stipulation expresse contraire dans le contrat de bail commercial.

Dans l'espèce jugée, une société civile immobilière, propriétaire de locaux commerciaux, a donné à bail lesdits locaux à une société. Cette dernière ayant cessé le règlement de ses loyers et charges comprenant notamment des frais de ravalement des façades de l'immeuble, la bailleuse l'a assignée en paiement des arriérés desdits loyers et charges.

Par arrêt en date du 1^{er} juillet 2011, la Cour d'appel d'Aix en Provence a fait droit à cette demande en retenant :

- d'une part, que les parties, en précisant dans le contrat de bail le caractère non limitatif de la clause sur les charges incombant au locataire, auraient entendu faire supporter par ce dernier toutes les charges liées à l'entretien de la chose.
- d'autre part, que le preneur, en acceptant sans équivoque et sans contestation de régler pendant quatre années le montant des provisions sur charges, aurait donné tacitement son accord pour assumer les charges autres que celles liées à son usage de la chose louée.

La société locataire s'est alors pourvue en cassation aux motifs pris que les travaux de ravalement de façade seraient à la charge du bailleur, sauf stipulation expresse contraire dans le contrat de bail mentionnant la prise en charge de ces frais par le preneur.

Ce qui ne serait pas le cas en l'espèce, le contrat de bail stipulant que :

« le preneur remboursera au bailleur tous les impôts et taxes de quelque nature que ce soit, présents ou futurs concernant les lieux loués dont y compris le foncier ; le preneur remboursera également toutes les charges et

prestations afférentes à ces locaux, aux prorata de son occupation, telles que chauffage, ascenseur, électricité, gaz, fournitures d'entretien des parties communes, assurance de l'immeuble, dépenses d'eau de l'immeuble (consommation et frais de compteurs) les honoraires de gérance, charges accessoires telles que le téléphone de l'immeuble ; cette liste étant simplement indicative et non limitative ».

La société locataire ajoute, en outre, que le règlement par ses soins, pendant quatre années du montant des provisions sur charges appelées par le bailleur ne démontrerait en aucun cas un accord de sa part pour assumer des charges autres que celles liées à son usage de la chose louée.

La Cour de cassation a retenu cet argumentaire en cassant l'arrêt d'appel sur le fondement de l'alinéa 2 de l'article 1720 du Code civil disposant que le bailleur doit faire, pendant la durée du bail, toutes les réparations qui peuvent devenir nécessaires, autres que locatives.

La Cour suprême rappelle en effet que les dépenses de ravalement incombent au bailleur, sauf stipulation expresse contraire dans le contrat de bail, le seul paiement de provisions ne suffisant pas à caractériser un accord du preneur pour les prendre à sa charge.

Cet arrêt s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence de la Cour de cassation, laquelle rappelle de façon constante qu'en ce qui concerne l'imputation des charges en matière de bail commercial, la dérogation aux dispositions de l'article 1720 du Code civil précité, doit être strictement limitée à la volonté des parties devant être expresse et dénuée de toute équivoque.

En effet, contrairement à la répartition des charges et des réparations entre bailleur et locataire, strictement réglementée en matière de bail d'habitation, toute liberté est laissée aux parties en matière de baux commerciaux, ce qui suppose par conséquent que la clause relative aux charges et aux réparations soit rédigée par les parties de façon précise et non ambiguë.

INTERNATIONAL

Acquisition d'un terrain au Brésil par un étranger

Les enseignes souhaitant se développer au Brésil et qui envisageraient de procéder à l'acquisition ou à la location de terrains en zone agricole pour y installer des entrepôts de stockage pourront lire avec intérêt l'article qui suit.

La loi n° 5.709/71 (« Loi ») prévoit certaines restrictions ou interdictions pour l'achat ou la location de terrains agricoles par des étrangers, personnes physiques ou morales. La Loi prévoit aussi que l'autorité publique responsable du contrôle de l'application des lois et des normes afférentes à l'utilisation des terrains agricoles (« Incra – Instituto Nacional da Colonização e Reforma Agrária ») est également compétente pour analyser et octroyer les autorisations nécessaires pour l'achat ou la location des terrains par des étrangers. La Loi a donné lieu à l'adoption du décret d'application n° 74.965/74 (« Décret »).

Ce cadre légal, créé pendant la dictature militaire et dans un contexte historique de nationalisme, avait comme prémisses, la protection de la souveraineté du pays et de son territoire, afin de limiter l'invasion de la « frontière agricole », ainsi que la spéculation financière concernant les prix d'achat ou vente des terrains agricoles.

Les restrictions relatives à l'acquisition et à la location des terrains agricoles s'articulent sur deux points : la surface du terrain d'une part et la domiciliation de l'acheteur d'autre part, étant entendu que les règles devant être respectées par les personnes physiques ne sont pas les mêmes que pour les personnes morales. L'article 1^{er} § 1 de la Loi prévoit que les étrangers (personnes physiques et les sociétés domiciliées au Brésil, contrôlées par des étrangers ou les sociétés étrangères ayant une autorisation pour opérer au Brésil) peuvent acheter des terrains agricoles dans les limites établies par la Loi. Les limitations de surface fixées prennent en considération la mesure établie par l'Incra, le MEI (Mesure utilisée pour fixer la surface de chaque terrain).

Il convient de revenir sur les règles applicables en cas d'achat par une personne morale et en cas d'achat par une personne physique.

Personne Morale :

En cas d'achat ou de location d'un terrain par une société étrangère (ou une société brésilienne dont la majorité du capital social est détenue par une personne morale ou physique domiciliée à l'étranger), il convient de demander l'autorisation à l'Incra, indépendamment de la surface du terrain, et de présenter aux autorités publiques brésiliennes compétentes le projet qui sera développé sur le terrain en question. A noter que l'acquisition ou la location d'un terrain agricole ayant une surface égale ou supérieure à 50 hectares est en principe interdit aux personnes morales étrangères ou aux sociétés brésiliennes dont la majorité du capital social est détenue par une personne morale ou physique domiciliée à l'étranger. L'acquisition et la location d'un terrain, par une société brésilienne, ayant la majorité au capital social détenu par une personne morale ou physique domiciliée au Brésil ne requiert aucune demande d'autorisation auprès de l'Incra. Il est important de noter que ces restrictions s'appliquent également en cas de vente indirecte, c'est-à-dire en cas de scission, absorption, et/ou cession du contrôle d'une société, conformément à l'article 20 du Décret.

Personne Physique :

Les transactions (achat ou location) d'un terrain par une personne physique étrangère, résidant au Brésil, ayant un RNE (carte de séjour des étrangers), ne requièrent pas d'autorisation si la surface du terrain est inférieure à 3 MEIs. L'acquisition ou la location d'un deuxième terrain par une personne physique domiciliée au Brésil nécessite une demande d'autorisation si la surface dépasse 3 MEIs. Concernant l'achat du terrain par une personne physique, résidant à l'étranger, la loi n'aborde, indépendamment de la surface du terrain, que la possibilité d'achat de terrains agricoles par des étrangers résidants au Brésil. Observons enfin que la pratique des notaires consiste à ne pas autoriser l'achat, par une personne physique domiciliée à l'étranger, des terrains agricoles par des étrangers n'ayant pas de visa et donc pas de RNE (carte de séjour des étrangers).

La Loi prévoit qu'il est impossible d'effectuer l'acquisition et la location d'un terrain agricole par un étranger si 25% de la surface totale de la ville où se trouve l'immeuble est déjà détenu par des étrangers, ou si 40% des ces 25% sont détenus par des étrangers de même nationalité.

Les terrains ayant une surface supérieure à 50 MEIs ne pourront pas être loués ou vendus à des personnes physiques (domiciliées au Brésil) sans l'autorisation du congrès national.

Les terrains ayant une surface supérieure à 100 MEIs ne pourront pas être loués ou vendus à des personnes morales sans l'autorisation du congrès national.

Pénalités

La Loi énonce que la vente ou la location réalisée sans l'autorisation préalable des autorités publiques est nulle. Le notaire qui recevrait et enregistrerait un tel acte verrait sa responsabilité pénale engagée, en plus des dommages et intérêts liés au préjudice subi à verser. Concernant les notaires, la Loi prévoit qu'ils doivent enregistrer auprès de la conservation des hypothèques les transactions immobilières objets d'une location ou d'une vente à un étranger. Cette obligation n'ayant pas été parfaitement respectée par le passé, ceci a permis, compte tenu également du manque de suivi de l'administration fiscale, la réalisation d'opérations de location et de vente sans l'autorisation préalable des autorités brésiliennes.

Historique

En 1988, la nouvelle constitution fédérale brésilienne a posé les principes généraux concernant l'activité économique du pays. L'article 171 de la Constitution prévoit que sont considérées comme des sociétés brésiliennes les sociétés ayant leur siège au Brésil et créées selon le droit brésilien, et contrôlées indirectement ou directement, par des personnes physiques brésiliennes domiciliées et résidant au Brésil, ou par une entité de droit public interne. La nouvelle constitution fédérale prévoit aussi, en son article 190, que l'achat et la location de terrains agricoles seront réglementés et limités par une législation spécifique, qui devra prévoir aussi les cas où l'autorisation du congrès national est requise. La réforme constitutionnelle de 1995 a eu pour effet la suppression de l'article 171 de la Constitution et, par conséquent, du concept de « société brésilienne », permettant l'acquisition et la location des terrains agricoles par des sociétés détenues par des étrangers. C'est alors qu'un nou-

veau mémoire a été rédigé par l'AGU, suite à cette réforme constitutionnelle, avec pour objectif de renforcer la position déjà exprimée dans le mémoire susvisé. En 2010, le gouvernement Lula, via l'AGU, a rédigé un nouveau mémoire, qui concluait au maintien de l'application de l'article 1§1 de la Loi, ce qui empêchait l'achat de terrains agricoles, par les sociétés brésiliennes contrôlées par des étrangers. Par la suite, les tribunaux ont posé des règles basées sur les mémoires susvisés, règles désormais appliquées par les notaires brésiliens. Ainsi, depuis Octobre 2010, la pratique des notaires brésiliens est plutôt conservatrice eu égard aux questions relatives à la vente et à la location des terrains agricoles aux étrangers. Les nouvelles restrictions, imposées en la matière par le gouvernement brésilien, s'expliquent par le non respect de la Loi par certains notaires brésiliens, en particulier dans les régions les plus isolées du Brésil. L'acquisition et la location des terrains ruraux par des étrangers est donc un sujet extrêmement délicat. Aujourd'hui, un projet de la loi est en cours de discussion au congrès national. L'objectif poursuivi serait de modifier le texte de la Loi pour permettre l'acquisition et la location des terrains ruraux par des étrangers, sauf dans certains cas où des contraintes, voire des interdictions, sont expressément établies par le projet de loi. Enfin, il est important de préciser que le projet de loi prévoit que les transactions immobilières réalisées antérieurement à la Loi de 1971 seraient définitivement validées. Toutefois, cette disposition devra faire l'objet de précisions concernant l'étendue de sa portée, dans la mesure où cette disposition survivrait aux diverses analyses et modifications des parlementaires intervenues avant son approbation définitive par le Congrès de Brasilia.

En conclusion, on le voit, l'achat d'un terrain agricole par des étrangers (ou des sociétés brésiliennes dont la majorité capitalistique appartient à des étrangers) doit être réalisé dans le respect des dispositions légales, même si jusqu'à présent certaines opérations ont pu être menées en dehors du cadre légal en vigueur. Il convient préalablement à une opération d'acquisition ou de location d'un terrain agricole (voire de tout terrain agricole ou urbain, et de manière générale pour toute acquisition immobilière au Brésil) de vérifier avec précision la situation juridique du terrain, ainsi que les règles posées par la municipalité sur laquelle le terrain est situé, afin de sécuriser juridiquement tout projet d'acquisition.

ACTUALITÉ SIMON ASSOCIÉS

DERNIERS ÉVÈNEMENTS

SIMON ASSOCIÉS ET FFF

« DÉVELOPPER SON RÉSEAU A L'INTERNATIONAL »

Organisé par Maître François-Luc SIMON en partenariat avec la Fédération Française de la Franchise
Jeudi 7 Février 2013 - FFF, 29 rue de Courcelles – 75008 PARIS

SIMON ASSOCIÉS ET A2C (GROUPE SNCF)

« LE COMMERCE EN GARE »

Organisé par A2C, Simon Associés, Territoires & Marketing et Inlex IP
Mercredi 20 Février 2013 – Hotel Concorde Opéra – 75008 PARIS

PROCHAINS ÉVÈNEMENTS

SIMON ASSOCIÉS ET REED EXPO

« LE DEVELOPPEMENT DES ENSEIGNES AU MAROC »

Organisé par Reed Expo et Simon Associés
Jeudi 7 mars 2013 – Reed Expositions France - 52-54 quai de Dion-Bouton - 92806 Puteaux

SIMON ASSOCIÉS (SALON DE LA FRANCHISE)

SIMON ASSOCIÉS sera présent au Salon Franchise Expo Paris du 24 au 27 mars 2013
Notre stand est situé au cœur du village des Experts de la FFF, Stand J25

SIMON ASSOCIÉS : ÉVÈNEMENTS EFE

Formation « La Franchise en pratique », les 10 et 11 avril 2013 à Paris

Matinée-Actualité « Le droit de la Franchise », le 11 avril 2013 de 9h à 12h30 à Paris

Cette liste des évènements et publications n'est pas exhaustive.

Vous pouvez consulter à tout moment notre site internet www.simonassociés.com
pour prendre connaissance des articles ou évènements du Département « Distribution, Concurrence, Consommation ».