

SOMMAIRE

PARIS - NANTES
MONTPELLIER - LYON
FORT-DE-FRANCE

Bureaux intégrés

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

Réseau SIMON Avocats

ALGÉRIE - ARMÉNIE
AZERBAÏDJAN - BAHREÏN
BELGIQUE - BRÉSIL
BULGARIE - CAMEROUN
CHILI - CHINE - CHYPRE
COLOMBIE - COREE DU SUD
CÔTE D'IVOIRE - ÉGYPTÉ
ÉMIRATS ARABES UNIS
ESTONIE - ÉTATS-UNIS
HONGRIE - ÎLE MAURICE
INDE - INDONESIE - IRAN
ITALIE - LUXEMBOURG
MAROC - OMAN
PARAGUAY - PÉROU
RD CONGO - SÉNÉGAL
THAÏLANDE - TUNISIE

Conventions transnationales

www.simonassocies.com
www.lettredesreseaux.com

DISTRIBUTION	
Vice du consentement et imprécision des motifs invoqués par le franchisé CA Paris, 24 janvier 2018, n°15/15812 et CA Paris, 13 décembre 2017, n°13/19504 (deux arrêts)	p. 2
Les restitutions après l'annulation d'un contrat de franchise CA Paris, 17 janvier 2018, n°15-17.647	p. 3
Nullité du contrat de réservation CA Paris, 15 février 2018, n°15/10648	p. 6
Résiliation unilatérale du contrat pour manquement grave indépendamment du contenu de la clause résolutoire CA Versailles, 28 novembre 2017, RG n°16/04524	p. 7
Cession du contrat de distribution et consentement du cédé Tour d'horizon	p. 10
La clause de non-sollicitation de personnel Étude	p. 11
Apologie de l'abrogation du texte relatif à l'instance de dialogue social dans les réseaux de franchise Texte définitif du projet de loi adopté le 14 février 2018 par le Sénat	p. 13
CONCURRENCE & CONSOMMATION	
Pronuptia, trente ans après... Cass. com., 20 décembre 2017, n°16-20.500 et 16-20.501 (deux arrêts)	p. 14
Déséquilibre significatif et charge de la preuve de la tentative de soumission CA Paris, 16 février 2018, n°16/05737 ; CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879 (deux arrêts)	p. 18
Absence de caractère établi des relations commerciales poursuivies après le terme d'un contrat à durée déterminée non reconductible tacitement CA Paris, 10 janvier 2018, n°15-02.432	p. 20
Pouvoir de la Cour d'appel de Paris et pratiques restrictives de concurrence Cass. com., 17 janvier 2018, n°17-10.360	p. 21
L'interdiction de la revente à perte entre professionnels ne constitue pas une pratique commerciale déloyale au sens de la Directive n°2005/29/CE du 11 mai 2005 Cass. crim., 19 décembre 2017, n°17-83.867	p. 23
PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE & NOUVELLES TECHNOLOGIES	
Appréciation du caractère distinctif d'un signe lors du dépôt de la marque CA Versailles, 20 février 2018, n°17/06661	p. 24
Service après-vente en ligne non sécurisé : DARTY condamné par la CNIL à 100.000 € d'amende ! Délibération de la CNIL n°SAN-2018-001 du 8 janvier 2018	p. 25
Règlement européen sur la protection des données (RGPD) J - 80 : comment la CNIL gère-t-elle cette période transitoire ?	p. 26
IMMOBILIER – CONSTRUCTION – URBANISME	
Fixation conventionnelle du loyer et renonciation à la procédure de révision judiciaire Cass. civ. 3 ^{ème} , 15 février 2018, n°17-11.866 et 17-11.867, Publié au Bulletin	p. 28
Bail commercial et désamiantage : extension de l'obligation de délivrance du bailleur Cass. civ. 3 ^{ème} , 18 janvier 2018, n°16-26.011	p. 29
Droit de repentir et prescription de l'action en paiement de l'indemnité d'occupation Cass. civ. 3 ^{ème} , 18 janvier 2018, n°16-27.678, P+B	p. 30
Vente à la découpe : inconstitutionnalité du droit de préemption des communes Décision n°2017-683 QPC du 9 janvier 2018	p. 31
INTERNATIONAL	
Exportation et contrefaçon de marque : revirement de jurisprudence Cass. com., 17 janvier 2018, n°15-29.276	p. 33
ACTUALITÉ SIMON ASSOCIÉS	p. 34

DISTRIBUTION

Vice du consentement et imprécision des motifs invoqués par le franchisé

CA Paris, 24 janvier 2018, n°15/15812 et CA Paris, 13 décembre 2017, n°13/19504 (deux arrêts)

Ce qu'il faut retenir :

La preuve du vice du consentement n'est pas rapportée lorsque le franchisé ne précise pas quelles informations manquantes l'auraient empêché de donner un consentement éclairé et aurait eu pour conséquence son refus de s'engager.

Pour approfondir :

Les deux arrêts commentés donnent l'occasion de revenir sur la question essentielle de la preuve du vice du consentement, qui constitue à n'en pas douter l'une des questions les plus fréquentes dans le contentieux du droit de la franchise, quoique finalement assez peu analysée en matière de franchise.

Concrètement la question soulevée peut être formulée en ces termes :

- le franchisé constate le non-respect par le franchiseur de l'une des dispositions prévues à l'article R. 330-1 du code de commerce (par ex. : non transmission ou imperfections des documents dits réglementaires (**EGM** et **ELM**) ; informations inexactes sur le réseau ; historique de l'enseigne non conforme à la réalité ; etc.) ;
- mais le franchisé :
 - o ne soutient pas que s'il avait connu la réalité, il n'aurait pas souscrit le contrat de franchise,
 - ou**
 - o n'indique pas précisément en quoi la faute commise (par omission ou imperfection) a pu effectivement vicier son consentement.

Lorsque le franchiseur a commis pléthore de fautes significatives dans la phase précontractuelle, il n'est pas rare que le franchisé soit réputé avoir rapporté cette preuve, à condition toutefois qu'il l'invoque ; dans ce cas, il est concevable en effet que la multiplication des fautes commises par le franchiseur justifie à elle seule

que le vice du consentement soit retenu, en particulier lorsque la nature même de ces fautes pouvait légitimement induire le franchisé en erreur et le convaincre de signer un contrat qu'il n'aurait pas signé si son consentement avait été éclairé.

Ces considérations sont connues.

Toutefois, dans un très grand nombre d'hypothèses, la preuve de l'existence du vice du consentement ne va pas de soi ... ; les fautes commises, quoiqu'avérées, présentent une nature telle que le vice du consentement est nécessairement exclu (par ex : absence de transmission par le franchiseur de son RIB) ou n'est pas *automatiquement* réputé exister (par ex : absence de transmission d'un ELM).

Dans ce dernier cas – de loin le plus fréquent en pratique – il appartient alors au franchisé, conformément au droit commun de la responsabilité, de justifier d'éléments concrets, précis et concordants pour qu'il soit considéré avoir rapporté cette preuve.

Or, l'on trouve parfois les traces de cette exigence légitime en jurisprudence, en particulier lorsque le franchisé n'a pas indiqué avec la précision requise les motifs en considération desquels son consentement a pu avoir été vicié.

Les deux arrêts commentés illustrent cette exigence.

Dans la **première espèce** (CA Paris, 13 décembre 2017, n°13/19504), la Cour d'appel de Paris retient : « Toutefois, [le franchisé] ne précise pas quelles informations manquantes l'auraient empêché de donner un consentement éclairé et aurait eu pour conséquence son refus de s'engager. En effet s'agissant des informations financières, il n'est pas contesté qu'il a fait réaliser par un cabinet d'expertise comptable au mois d'avril 2010 un prévisionnel de création d'activité (pièce n°6 appelant), étude dont les éléments financiers se rapprochent de ceux du DIP. Par ailleurs, s'agissant de la situation comptable du réseau A... et de la viabilité des centres franchisés, [le franchisé] ne soutient pas que s'il avait connu la réalité de la situation économique, il n'aurait pas souscrit le contrat de franchise. La seule méconnaissance de la situation comptable de la société A... au moment de la signature du contrat de franchise ne peut suffire en soi à caractériser le vice du consentement du [franchisé]. Ce dernier allègue aussi que la banque lui a refusé le crédit sollicité, sans justifier cependant cette allégation ni le motif de ce refus, le cas échéant ».

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

■ Bordeaux - Chambéry - Clermont-Ferrand - Grenoble - Le Havre - Rouen - Saint-Denis (La Réunion) - Saint-Etienne - Strasbourg - Toulouse ■
■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Côte d'Ivoire - Égypte -
Emirats Arabes Unis - Estonie - États-Unis - Hongrie - Île Maurice - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Oman - Paraguay - Pérou -
RD Congo - Sénégal - Thaïlande - Tunisie ■

De même, dans la **seconde espèce** (CA Paris, 24 janvier 2018, n°15/15812), la Cour d'appel de Paris souligne : « La cour constate que les appelants se contentent de faire état de généralités sur les obligations du franchiseur en la matière et de se référer à des décisions de diverses juridictions et qu'ils s'abstiennent de préciser quel élément de l'état du marché local, déterminant de leur consentement, le franchiseur se serait sciemment abstenu de leur communiquer de sorte qu'ils auraient été induits en erreur. Ils ne caractérisent pas plus l'information sur les perspectives de développement du marché qui aurait été omise de sorte qu'ils auraient été trompés. Par suite, ils ne justifient d'aucun vice du consentement à ce titre et ce moyen sera rejeté ».

Que faut-il en retenir ?

Il appartient au franchisé de rapporter la preuve du vice ayant affecté son consentement et il doit, pour y parvenir, démontrer précisément quelles informations manquantes l'auraient empêché de donner un consentement éclairé et aurait eu pour conséquence son refus de s'engager.

Cette règle mérite d'être rappelée – et c'est tout l'apport des deux arrêts commentés –, ce d'autant que la jurisprudence s'est parfois hasardée, il y a une dizaine d'années, à renverser la charge de la preuve en considérant que le franchiseur ne démontre pas que le consentement du franchisé n'a pas été vicié (v. en ce sens, CA Versailles, 12 juin 2008, n°07/01264 : « *Attendu qu'un document aussi indigent [un état local du marché], eût-il été remis dans les délais prévus par la loi, qu'il n'aurait pas permis au cocontractant potentiel [du franchiseur] de s'engager en connaissance de cause au vu d'informations sincères sur le marché immobilier ; Attendu que, pour les motifs précédemment exposés, [le franchiseur] n'apporte pas la preuve que son manquement à l'obligation que lui fait l'article L 330-3 du code de commerce n'a pas vicié le consentement [du franchisé]* »).

Rappelons enfin, de manière beaucoup plus générale, que la Cour de cassation considère de longue date (Cass. com., 6 déc. 2005, n°03-20.510, inédit ; Cass. com., 14 janv. 2003, n°01-10.120, inédit ; Cass. com., 10 janv. 1995, Les Petites Affiches, 5 mai 1995, n°54, p. 13) que pèse sur celui qui allègue le vice du consentement – le franchisé – la charge de la preuve de son existence, de la date à laquelle il a été découvert et, s'agissant plus spécifiquement du dol, de l'intention de tromper, et ce alors même qu'aucune information ne lui aurait été

remise (v. pour une application : CA Montpellier, 7 janv. 2003, Juris-Data n°212738).

A rapprocher : CA Versailles, 12 juin 2008, n°07/01264

Les restitutions après l'annulation d'un contrat de franchise

CA Paris, 17 janvier 2018, n°15-17.647

Ce qu'il faut retenir :

Par un arrêt rendu le 17 janvier 2018, la Cour d'Appel de Paris rappelle que la **nullité d'un contrat** emporte son effacement rétroactif. Il est donc censé n'avoir jamais existé et a pour effet de mettre les parties dans leur état initial même s'il est à exécution successive. Elle a cependant refusé de tirer les conséquences de la nullité d'un **contrat de franchise**, en considérant qu'il n'y a pas lieu de déduire l'avantage retiré par le franchisé des services fournis par le franchiseur « *dès lors que seule la partie de **bonne foi** au contrat annulé peut demander la condamnation de la partie fautive à réparer le préjudice qu'elle a subi en raison de la conclusion du contrat annulé* ».

Pour approfondir :

Souhaitant créer sa propre entreprise, Madame M.H., exerçant la profession de coiffeuse, s'est rapprochée de la société S.A., appartenant à un groupe de coiffure regroupant une dizaine d'enseignes, exploitant notamment un réseau de franchise de salons de coiffure sous la marque « C. & Co ». Le 28 octobre 2011, la société S.A. lui a remis un **document d'information précontractuelle**, ainsi qu'une étude d'implantation sur la ville de Poitiers. Le 6 décembre 2011, les parties ont conclu un contrat de franchise pour l'exploitation d'un salon de marque « C. & Co » dans un local neuf situé dans une galerie commerciale à Poitiers.

La galerie commerciale ne souhaitant pas l'implantation d'une enseigne « C. & Co », la société S.A. a proposé à Madame M.H. d'acquiescer un fonds de commerce situé dans le centre-ville de Poitiers auprès d'un membre du réseau de franchise qui l'exploitait sous une autre enseigne du groupe de coiffure. Madame M.H. a créé la société N'R, qui s'est substituée à elle dans ses engagements de franchise, a racheté le fonds de commerce auparavant exploité sous une autre enseigne du groupe et a ouvert un salon sous l'enseigne « C. & Co ».

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Côte d'Ivoire - Égypte - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Hongrie - Île Maurice - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Oman - Paraguay - Pérou -

RD Congo - Sénégal - Thaïlande - Tunisie ■

L'exploitation de ce salon a rencontré des difficultés. Après avoir bénéficié d'une procédure de sauvegarde par jugement du 19 février 2013, puis d'un plan de continuation par jugement du 25 février 2014, la société N'R a fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire par jugement du 8 juillet 2014.

Entre temps, la société N'R n'ayant pas réglé ses redevances de franchise pendant la période d'observation et, après mise en demeure et négociations infructueuses entre les parties, la société S.A. a prononcé la résiliation du contrat de franchise, à effet immédiat, par courrier recommandé du 25 novembre 2013, réitérée le 27 janvier 2014.

Par exploit du 11 mars 2014, le liquidateur judiciaire de la société N'R a assigné la société S.A. devant le Tribunal de Commerce de Paris, qui a accueilli partiellement ses demandes en constatant que le document d'information précontractuelle remis à madame M.H. ne contenait pas toutes les informations requises par le décret n° 91-337 du 4 avril 1991 et a condamné la société S.A. à verser une somme de 6.000 € à titre de dommages et intérêts au liquidateur de la société N'R, le déboutant pour le surplus de ses demandes. Ce dernier a interjeté appel du jugement.

Par un arrêt en date du 17 janvier 2018, la Cour d'Appel de Paris a prononcé l'annulation du contrat de franchise et a donc statué sur les restitutions consécutives à l'annulation.

C'est seulement sur ce dernier point, concernant les restitutions consécutives à l'annulation du contrat de franchise, que nous commenterons l'arrêt rendu le 17 janvier 2018 par la Cour d'Appel de Paris.

Le franchisé a sollicité le remboursement du droit d'entrée à hauteur de 7.000 euros et de l'intégralité des redevances de franchise versées à hauteur de 5.000 euros.

Le franchiseur a demandé à la Cour d'ajuster et de réduire les demandes du franchisé en tenant compte de l'avantage retiré par ce dernier des prestations fournies par le franchiseur.

La Cour a fait droit aux seules demandes du franchisé en considérant que :

« La nullité d'un contrat emporte son effacement rétroactif. Il est donc censé n'avoir jamais existé et a pour effet de mettre les parties dans leur état initial

même s'il est à exécution successive. Par suite, il y a lieu de restituer à Maître Blanc, ès-qualités, les sommes versées au franchiseur dans le cadre du contrat annulé, dont la preuve est rapportée. Il y a lieu de lui allouer à ce titre les sommes non contestées de 7 000 euros versés au titre du droit d'entrée et de 5.000 euros au titre des redevances versées, soit la somme totale de 12.000 euros de laquelle il n'y a pas lieu de déduire comme le soutient vainement la société S.A. l'avantage retiré par la société N'R des services fournis par le franchiseur en cours d'exécution du contrat dès lors que seule la partie de bonne foi au contrat annulé peut demander la condamnation de la partie fautive à réparer le préjudice qu'elle a subi en raison de la conclusion du contrat annulé ».

Cette jurisprudence de la Cour d'Appel de Paris est critiquable à de nombreux égards.

Il convient, en effet, de rappeler que la nullité emporte, par principe, l'anéantissement rétroactif du contrat (Cass., civ. 1^{ère}, 16 juill. 1998, n° 96-18404, Bull. Civ. I, n°251).

Le contrat dont la nullité est prononcée étant considéré, par le jeu d'une fiction, n'avoir jamais existé, la nullité a pour effet de remettre les parties dans l'état où elles se trouvaient avant la conclusion de l'acte annulé.

En présence d'un contrat synallagmatique, toutes les parties au contrat doivent se restituer mutuellement ce qu'elles ont reçu en application du contrat annulé.

Tel est le cas du contrat de franchise, qui comporte des obligations croisées du franchiseur à l'égard du franchisé et réciproquement du franchisé à l'égard du franchiseur.

Le prononcé de la nullité d'un contrat de franchise doit donc entraîner la remise en état de chacune des parties : le franchisé naturellement, mais aussi le franchiseur.

La Cour de Cassation a clairement rappelé ce principe :

« Attendu que pour condamner [le franchiseur] à restituer au franchisé la somme de 65.068 francs versée en exécution du contrat de franchise et rejeter la demande de restitution présentée par [le franchiseur], la Cour d'appel constate que ledit contrat est nul pour indétermination du prix.

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

■ Bordeaux - Chambéry - Clermont-Ferrand - Grenoble - Le Havre - Rouen - Saint-Denis (La Réunion) - Saint-Etienne - Strasbourg - Toulouse ■
■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Côte d'Ivoire - Égypte -
Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Hongrie - Île Maurice - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Oman - Paraguay - Pérou -
RD Congo - Sénégal - Thaïlande - Tunisie ■

Attendu qu'en se déterminant ainsi par un motif insuffisant à établir que [le franchiseur], dont l'arrêt avait constaté qu'il avait exécuté ses obligations résultant des contrats litigieux, ne pouvait bénéficier d'aucune restitution ou compensation pécuniaire à des prestations fournies, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. » (Cass. com. 21 février 1995, n° 93-12-805).

Toute la difficulté en matière de franchise réside dans le fait que si les restitutions faites au franchisé portent essentiellement sur des sommes d'argent (droit d'entrée, redevances), les prestations fournies par le franchiseur (telles que la mise à disposition d'un savoir-faire, d'une marque, d'une enseigne, d'une assistance, de formations, de publicités) sont par nature insusceptibles d'être restituées.

La règle est donc la restitution par équivalent.

La jurisprudence a, en effet considéré, que la restitution matérielle des prestations reçues par le franchisé étant impossible « *cette restitution devait se faire sous la forme d'une indemnité* » (Cass. civ. 1^{ère} 16 juillet 1998, Bull. civ. I, n°251 et Cass. civ. 1^{ère}, 11 juin 2002, n° 00-15297, Bull. civ. I, n°163).

Pour valoriser ces prestations, la jurisprudence se réfère parfois à ce qui a été prévu contractuellement, en dispensant le franchiseur de restituer au franchisé les sommes correspondantes.

La Cour d'appel de Montpellier a ainsi jugé que :

« Force est de constater que le franchisé se trouve dans l'impossibilité de restituer les prestations reçues par application du contrat (...), lequel a été exécuté pendant 16 mois. En effet, le franchisé ne peut à l'évidence restituer les prestations d'utilisation de la marque et des produits, de publicité, de formation, d'information ou d'exécution des modèles de coiffure.

Dès lors, comme ces restitutions s'avèrent matériellement impossible, il convient de préciser que le franchiseur ne sera pas tenu d'en restituer la contrepartie » (CA Montpellier, 3 octobre 2000, Juris-data n°128551 ; Cf. également CA Paris, 10 septembre 2014, n° 10/14533).

Dans d'autres cas, la jurisprudence a condamné le franchisé à restituer au franchiseur une somme d'argent « *à titre d'indemnité, en contrepartie des prestations non restituables, dont elle a bénéficié* » (CA

Montpellier, 9 juin 2015, n° 14/00125 ; Cf. également CA Paris, 9 avril 2009, N° 06/14632).

Dans le présent cas d'espèce, la Cour d'Appel de Paris a considéré que « *la nullité d'un contrat emporte son effacement rétroactif. Il est donc censé n'avoir jamais existé et a pour effet de mettre les parties dans leur état initial même s'il est à exécution successive* ». Elle a cependant refusé de tirer les conséquences de la nullité à l'égard du franchiseur en considérant qu'il n'y a pas lieu de déduire l'avantage retiré par le franchisé des services fournis par le franchiseur « dès lors que seule la partie de bonne foi au contrat annulé peut demander la condamnation de la partie fautive à réparer le préjudice qu'elle a subi en raison de la conclusion du contrat annulé ».

Cette solution revient à créer, sous couvert de « *restitutions* », une situation totalement déséquilibrée qui n'existait pas avant le contrat de franchise, puisque le franchisé pourra conserver gratuitement tout le bénéfice du savoir-faire qu'il a acquis auprès du franchiseur, tandis que ce dernier aura restitué au franchisé toutes les sommes perçues en contrepartie des prestations qu'il lui a fournies.

Cette situation a également pour effet de procurer un enrichissement sans cause (ou injustifié) au franchisé ayant effectivement bénéficié de prestations du franchiseur sans la moindre contrepartie pour ce dernier. Or, la Cour de cassation a rappelé, au visa de l'article 1371 du Code Civil et du principe de l'enrichissement sans cause, que « *la bonne foi de l'enrichi ne prive pas l'appauvri du droit d'exercer contre celui-là, l'action de in rem verso* » (Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 2014, n° 12-29304).

Par son raisonnement, la Cour nous semble opérer une confusion entre :

- les restitutions, qui ont pour seule vocation de remettre les parties dans l'état où elles se trouvaient avant la conclusion de la convention annulée,
- et l'indemnisation des préjudices découlés des fautes éventuellement commises par le franchiseur, que le franchisé ne pourra solliciter que sur le fondement d'une action en responsabilité délictuelle dès lors que le contrat a été annulé.

Il est sommes toutes peu probable que le raisonnement de la Cour d'Appel de Paris tienne dans l'éventualité d'un pourvoi.

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

■ Bordeaux - Chambéry - Clermont-Ferrand - Grenoble - Le Havre - Rouen - Saint-Denis (La Réunion) - Saint-Etienne - Strasbourg - Toulouse ■
■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Côte d'Ivoire - Égypte -
Emirats Arabes Unis - Estonie - États-Unis - Hongrie - Île Maurice - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Oman - Paraguay - Pérou -
RD Congo - Sénégal - Thaïlande - Tunisie ■

La Cour de cassation a en effet cassé, au visa de l'article 1304 ancien du Code Civil, un arrêt de la Cour d'Appel de Paris ayant rejeté, après avoir annulé des contrats de fourniture, la demande du fournisseur de conserver, au titre de la restitution par équivalent de sa prestation de maintenance, les redevances versées par son cocontractant en retenant que :

« suite à l'annulation d'un contrat, les restitutions consécutives à cette annulation relèvent des seules règles de la nullité énonçant que les parties doivent être remises en leur état antérieur, que seule la partie de bonne foi au contrat annulé peut demander la condamnation de la partie fautive à réparer le préjudice qu'elle a subi en raison de la conclusion du contrat annulé, que (le fournisseur) est mal fondé à soutenir que les sommes payées au titre du contrat de maintenance sont acquises en contrepartie des prestations de maintenance accomplies ».

La Cour a, en effet, considéré « *qu'en statuant ainsi, alors que, dans le cas où un contrat nul a été exécuté, les parties doivent être remises dans l'état où elles se trouvaient avant cette exécution et que, lorsque cette remise en état se révèle impossible, la partie qui a bénéficié d'une prestation qu'elle ne peut restituer doit s'acquitter d'une restitution en équivalent, la cour d'appel a violé le texte susvisé* » (Cass. com., 30 mars 2016, n° 14-12447).

A rapprocher : Cass. com., 30 mars 2016, n° 14-12447 ; v. plus généralement, sur la question des restitutions consécutives à l'anéantissement du contrat de franchise, F.-L. SIMON, *Théorie et pratique du droit de la franchise*, éd. JOLY 2009, spéc. §§. 221-223

Nullité du contrat de réservation CA Paris, 15 février 2018, n°15/10648

Ce qu'il faut retenir :

Les informations incomplètes, imprécises et erronées figurant dans le document d'information précontractuelle (DIP) devant être remis vingt jours minimum avant le versement prévu par le contrat de réservation peuvent justifier la nullité dudit contrat pour vice du consentement.

Pour approfondir :

Il faut rappeler brièvement tout d'abord que le contrat de réservation est la convention par laquelle la tête de réseau s'engage à ne pas signer de contrat de distribution (contrat de franchise, contrat de concession, contrat d'affiliation etc.) avec un tiers sur un territoire (ou à implanter lui-même un point de vente) et pendant une période déterminée, le plus souvent en contrepartie d'une indemnité versée par le futur distributeur. Lorsque le versement d'une somme d'argent est exigé préalablement à la signature du contrat de distribution, notamment pour obtenir la réservation d'une zone, les prestations assurées en contrepartie de cette somme sont précisées par écrit, ainsi que les obligations réciproques des parties en cas de dédit (C. com., art. L.330-3, al. 3). Au plan juridique, il s'agit d'une promesse de contrat (unilatérale ou synallagmatique selon le contenu du contrat de réservation), assortie d'une réservation de territoire. L'indemnité versée est conservée par la tête de réseau lorsque le futur distributeur renonce à la signature du contrat de distribution (v. pour une illustration, v. CA Aix-en-Provence, 14 juin 1995, Juris-Data n°044769) ; à l'inverse, cette somme s'impute sur le droit d'entrée payé par le futur distributeur lorsque le contrat de distribution est finalement signé.

Lorsque le futur distributeur verse à la tête de réseau une somme d'argent avant la signature du contrat de distribution, notamment en vertu d'un contrat de réservation, le document d'information précontractuelle (DIP) doit lui être remis vingt jours avant ledit versement. Ce faisant, la jurisprudence veille à la qualité de l'information fournie par la tête de réseau à travers le DIP.

L'arrêt commenté en fournit une illustration supplémentaire.

En l'espèce, pour prononcer la nullité d'un contrat de réservation, la Cour d'appel de Paris retient que le demandeur démontre qu'il a n'a pas bénéficié d'une information pré-contractuelle conforme aux exigences posées par l'article R. 330-1 du code de commerce, en raison du caractère lacunaire, imprécis et erroné du DIP que lui a adressé la tête de réseau, « *ce qui constitue non pas un dol de la part de [cette dernière], faute de preuve d'une intention trompeuse de la part de celle-ci, mais a eu pour effet d'induire en erreur [le demandeur] et a vicié son consentement, de sorte que le contrat est entaché de nullité* ».

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

■ Bordeaux - Chambéry - Clermont-Ferrand - Grenoble - Le Havre - Rouen - Saint-Denis (La Réunion) - Saint-Etienne - Strasbourg - Toulouse ■
■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Côte d'Ivoire - Égypte -
Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Hongrie - Île Maurice - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Oman - Paraguay - Pérou -
RD Congo - Sénégal - Thaïlande - Tunisie ■

Pour retenir cette solution, l'arrêt commenté souligne notamment que « la documentation alors fournie par le concédant, outre son caractère très général, s'avère :

- incomplète, en ce qu'elle ne comprend pas en annexe les comptes annuels de [la tête de réseau] de l'année 2011 (étant indifférent que ceux-ci soient publiés), seuls ceux des années 2009 et 2010 étant joints, ne précise nullement la nature et le montant des dépenses et investissements spécifiques à la marque que [le demandeur] devra engager avant de commencer l'exploitation, et fait état d'informations anciennes (de 2004) concernant le marché local de l'agglomération de Versailles,
- imprécise et erronée, en ce qu'elle se réfère tout à la fois à la cession de marque et à la franchise, alors que ces deux modes d'exploitation sont très différents, les obligations du propriétaire de la marque envers l'exploitant étant beaucoup plus importantes lorsque il est franchiseur, avec en particulier des obligations de transmission du savoir-faire et d'assistance (technique et commerciale), plutôt que concédant, où il se limite en substance à autoriser l'utilisation de sa marque, ce, même si le contrat de réservation, en ses seules stipulations préliminaires in fine, prévoyait que le bénéficiaire agira 'par ses propres moyens et/ou avec l'aide de ses conseils', à savoir ceux de [la tête de réseau] ».

Et que « cette confusion a au surplus été entretenue par la remise, antérieurement à l'envoi du DIP, lors du salon du 19 mars 2012, d'une plaquette publicitaire (...) mettant en exergue les prestations conséquentes d'assistance de [la tête de réseau], et, postérieurement à la signature du contrat de réservation, d'un livret d'accueil manifestement rédigé à destination des franchisés ».

A rapprocher : CA Paris, 6 décembre 2017, n°13/15730 – v. plus généralement, sur le contrat de réservation : Théorie et Pratique du droit de la Franchise, éd. JOLY 2009, spéc. §.118

Résiliation unilatérale du contrat pour manquement grave indépendamment du contenu de la clause résolutoire

CA Versailles, 28 novembre 2017, RG n°16/04524

Ce qu'il faut retenir :

La gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls, indépendamment du contenu même de la clause résolutoire prévue au contrat. Cette gravité peut parfois justifier l'absence de mise en demeure préalable et être exclusive d'un délai de préavis.

Pour approfondir :

Dans le cadre d'un **contrat de franchise** conclu dans le domaine de l'optique, une société franchiseur a procédé à la **résiliation** unilatérale aux torts du franchisé du contrat avant son terme, au motif que ce dernier avait un comportement gravement fautif, rendant impossible la poursuite de leurs relations contractuelles (v. plus généralement, sur la résiliation du contrat de franchise, **F.L. SIMON, Théorie et Pratique du droit de la Franchise, éd. JOLY 2009, spéc. §.497 et suivants**).

Le franchiseur a ensuite assigné le franchisé devant le Tribunal de commerce de Versailles aux fins de voir constaté le bien-fondé de la résiliation du contrat et d'obtenir réparation du préjudice subi du fait de la résiliation anticipée du contrat de franchise ; cette résiliation étant intervenue malgré la présence dans le contrat d'une **clause résolutoire**.

Par jugement en date du 8 juin 2016, les juges ont fait droit à sa demande. Le franchisé a par conséquent interjeté appel de la décision. Ainsi, la Cour d'appel de Versailles a dû se prononcer sur le bien-fondé de la résiliation unilatérale réalisée sans pour autant mettre en œuvre la clause résolutoire **(1)**, cela en vérifiant chacun des griefs invoqués par le franchiseur **(2)** nous offrant une nouvelle illustration des manquements d'une gravité pouvant justifier d'une résiliation unilatérale ou d'une résolution judiciaire **(3)**.

1. - La résiliation unilatérale du contrat nonobstant l'existence d'une clause résolutoire.

L'arrêt commenté permet de rappeler les mécanismes de résiliation unilatérale des contrats. Les juges ont tout d'abord rappelé que la « *clause résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des parties ne satisfera point à son engagement* » comme cela résulte de l'ancien article 1184 du Code civil (actuel article 1224).

Ils ont indiqué ensuite que « *la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls* ». En effet, la faculté de résilier immédiatement et de façon unilatérale le contrat est offerte à une partie lorsque son cocontractant commet des manquements graves.

L'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations codifie ce principe dans le nouvel article 1226 du code civil disposant que « *le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification [...] et doit alors prouver la gravité de l'inexécution* ». Cet article consacre l'état du droit positif initié par l'arrêt de principe TOCQUEVILLE rendu par la Cour de cassation le 13 octobre 1998 (pourvoi n°96-21.485) relative à la résiliation unilatérale.

Toutefois, si le cocontractant a résilié unilatéralement le contrat et qu'il ne justifie pas des manquements graves de l'autre partie, puisqu'il aura résilié à ses risques et périls, il devra dédommager le cocontractant lésé de cette résiliation.

Enfin, il est important de souligner que la Cour d'appel de Versailles confirme la décision des juges du fond ayant constaté le bien-fondé de la résiliation du contrat aux risques et périls nonobstant la non mise en œuvre de la clause résolutoire prévue au contrat. En effet, les juges ne sanctionnent pas le franchiseur sur le fait de ne pas avoir respecté les modalités de résiliations prévues contractuellement entre les parties dès lors que le manquement est suffisamment grave pour justifier une résiliation unilatérale de la part du franchiseur.

Cette décision s'inscrit dans la position de la Cour de cassation selon laquelle l'existence d'une clause

résolutoire ne ferme pas au créancier la voie de la résolution unilatérale, une telle rupture pouvant être mise en œuvre « *peu important les modalités formelles de la résiliation contractuelle* » (Cass. com., 10 févr. 2009, n° 08-12.415 : Juris-Data n° 2009-047014 ; Cass. com., 1^{er} oct. 2013, n° 12-20.830, inédit).

2. - Les manquements justifiant la résiliation unilatérale

La cour indique qu'il « convient dès lors de rechercher si les conditions d'une résiliation unilatérale pour manquement grave de la société (franchiseur) à ses obligations sont réunies ».

La Cour d'appel de Versailles a donc repris un à un les manquements du franchisé soulevés par le franchiseur pour décider si la résiliation était justifiée ou non.

- Le premier grief était relatif au fait que le franchisé procédait à des remboursements en espèces inexplicables qui génèrent ainsi des sorties de caisse et en conséquence, une minoration du chiffre d'affaires du magasin.

La Cour a considéré que ce manquement n'était pas d'une « *gravité suffisante pour justifier de la résiliation du contrat* » puisqu'une seule des sorties de caisse n'était en fait pas justifiée et que son montant était faible comparé au chiffre d'affaires annuel.

- Sur le deuxième grief, lequel reprochait au franchisé d'utiliser une ordonnance non nominative pour plusieurs dossiers, les juges ont raisonnablement décidé que ce manquement était d'une particulière gravité car il s'agissait d'un « *procédé frauduleux de falsification d'ordonnances dans le but de permettre des remboursements de mutuelle qui n'auraient pas dû exister* », procédé qualifié par le franchisé lui-même de « *manipulation frauduleuse* ».
- Enfin, concernant le troisième et dernier grief, le franchiseur reprochait au franchisé d'avoir mis en place une double facturation, par l'utilisation d'un fichier Excel en plus du logiciel relatif à la facturation, permettant ainsi de modifier les factures aux fins d'obtenir des remboursements indus des mutuelles.

Les juges ont retenu que « *l'utilisation du fichier Excel [...] dans le but de modifier une vingtaine de factures caractérise un manquement grave de la société [franchisée] à ses obligations contractuelles, en ce sens que son comportement risquait de mettre en difficulté le franchiseur, tant à l'égard des mutuelles concernées qu'à l'égard de ses concurrents qui pouvaient agir à son encontre en concurrence déloyale* ».

La Cour d'appel conclut en indiquant que « *ce manquement grave, ajouté à la falsification d'ordonnances médicales justifie que la société [franchiseur] ait prononcé la résiliation unilatérale du contrat pour manquement grave du franchiseur* ».

Par conséquent, la Cour confirme la décision des premiers juges et donc condamne le franchiseur au paiement d'indemnités pour préjudice économique au franchiseur.

3. - Panorama d'illustration des manquements d'une gravité justifiant une résiliation unilatérale ou une résolution judiciaire

Cette décision récente est l'occasion de s'intéresser plus largement sur ce que la jurisprudence considère comme des manquements suffisamment graves justifiant la résiliation unilatérale ou résolution judiciaire d'un contrat à durée déterminée (tout type de contrat confondu) avant l'arrivée de son terme.

En effet, dans le cadre d'une résolution judiciaire, la partie s'estimant victime du comportement de son cocontractant ne va pas prendre la décision de rompre unilatéralement le contrat mais va solliciter le juge pour qu'il tranche la question et prononce la résolution judiciaire du contrat. Ainsi, le juge examinera les manquements reprochés afin de déterminer s'ils sont suffisamment graves pour prononcer la résolution judiciaire.

En conséquence, que l'on soit en présence d'une résiliation unilatérale ou d'une résolution judiciaire, les manquements étudiés par le juge le seront de manière identique.

Il est intéressant de présenter les jurisprudences où les manquements d'une des parties présentaient une telle gravité que la résiliation unilatérale par l'autre partie n'était pas considérée comme abusive mais, au contraire, justifiée.

Il ressort de ce panel que les juges utilisent leur pouvoir d'appréciation souveraine pour contrôler que les manquements invoqués sont bien suffisamment graves pour que la résiliation n'ait pas été faite aux risques et périls de son auteur.

L'analyse de ce panel révèle que mis à part la gravité du manquement, aucun critère ne peut être dégagé, comme cela peut être le cas par exemple pour la caractérisation du déséquilibre significatif.

Toutefois, existe un point commun entre toutes ces décisions : la gravité de ces manquements est telle qu'il est impossible de continuer la relation.

A rapprocher :

TABLEAU RECAPITULATIF DES DECISIONS JURISPRUDENTIELLES

TYPE DE RUPTURE	RATIO DECIDENDI	DECISION
Résolution judiciaire	- Achat du franchiseur du matériel au franchiseur comme prévu dans contrat - Après réception du matériel, franchiseur la restitue et assigne le franchiseur - Résolution judiciaire	CA Poitiers, 24 mars 1993, Juris-Data n°1993-050387
Résolution judiciaire	Franchiseur n'a pas respecté son obligation d'information du franchiseur (concernant une décision du comité)	CA Bordeaux, 11 novembre 1993, n° 92/004977
Résolution judiciaire	Franchiseur ne paye plus ses redevances alors que c'était une de ses obligations principales	CA Montpellier, 21 janvier 2003, n°01/00119
Résolution judiciaire	- Franchiseur n'a pas fourni à son franchiseur un fichier régulièrement actualisé, condition essentielle à l'activité pour l'activité du franchiseur (agent matrimonial) - Défaut d'assistance	CA Nîmes, 14 septembre 2000, n°99/1495
Résiliation unilatérale	Non-conformité des produits aux critères microbiologiques	Cass. civ 1 ^{ère} , 24

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Côte d'Ivoire - Égypte - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Hongrie - Île Maurice - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Oman - Paraguay - Pérou -

RD Congo - Sénégal - Thaïlande - Tunisie ■

	• Susceptibles de conséquences sur la santé publique • Contamination microbienne	septembre 2009, n°08-14.524
Résiliation judiciaire	• Franchisé n'a pas ouvert les deux agences dans les délais contractuellement convenus	CA Paris, 11 janvier 2012, n°09/10566
Résolution judiciaire	• Franchisé n'a pas respecté le caractère intuitu personae du contrat de franchise • Franchisé a utilisé un site internet différent de celui du franchiseur • Franchisé n'a pas communiqué ses chiffres d'affaires • Franchisé a fait preuve de mauvaise foi • Franchisé n'a pas respecté la procédure prévue pour la rupture	CA Orléans, 21 mars 2013, n°12/00056
Résiliation judiciaire	• Franchiseur défaillant dans l'exécution de ses engagements contractuels : ne traitait plus depuis des mois des candidatures • Franchiseur ne dispensait aucune assistance ou collaboration	CA Orléans, 16 avril 2015, n°14/01807
Résiliation unilatérale	• Manquement de son obligation d'assistance • Défaut de visites demandées par le franchisé	CA Nîmes, 7 mai 2015, n°14/01258
Résiliation judiciaire	• Franchisé ne communique plus ses statistiques mensuelles d'achat au franchiseur (malgré ses demandes)	CA Bordeaux, 6 août 2015, n°09/05018
Résiliation unilatérale	• Non-respect de l'obligation d'achat minimum annuel (en contrepartie de laquelle = pas versement de droit d'entrée, redevance, pas d'obligation d'exclusivité)	CA Paris, 24 février 2016, n°13/19611
Résolution judiciaire	• Franchiseur n'a pas respecté son obligation de	CA Aix-en-Provence, 2

	• réserver un territoire à son franchisé • Franchiseur n'a pas respecté ses obligations de bonne foi et loyauté	juin 2016, n°14/03618
Résiliation unilatérale	• Falsifications d'ordonnances de la part du franchisé • Modification de factures dans le but d'obtenir des remboursements indus des mutuelles	CA Versailles, 28 novembre 2017, n°16/04524

Cession du contrat de distribution et consentement du cédé

Tour d'horizon

Ce qu'il faut retenir :

Le cocontractant manifeste implicitement mais nécessairement son acceptation à la cession du contrat (qu'il soit conclu ou non *intuitu personae*) dès lors qu'il en poursuit l'exécution, notamment par les paiements successifs réalisés entre les mains du cessionnaire.

Pour approfondir :

En premier lieu, si le consentement du cédé est requis en cas de cession du contrat (sauf clause particulière du contrat), ce consentement ne doit pas nécessairement être écrit, ni même exprès. Et, si le simple silence du cédé ne suffit pas à caractériser son acceptation à la cession, ses actes positifs peuvent parfaitement caractériser son consentement.

En effet, la jurisprudence considère qu'en exécutant le contrat à l'égard du cessionnaire du contrat, le cocontractant cédé donne sans ambiguïté son consentement à la cession intervenue.

Il en est notamment ainsi lorsque le cocontractant cédé paye ses redevances entre les mains du cessionnaire du contrat ou, de manière plus générale, accomplit des actes positifs caractérisant son consentement à la cession. Telle est la solution continuellement adoptée à l'occasion de la cession de tout type de contrat :

- CA Aix-en-Provence, 5 septembre 2017, n°15/04903 (cession d'un contrat de franchise),
- Cass. com., 11 mai 2017, n°15-15.867 (cession de contrat de location de matériel informatique (a contrario)),
- CA Metz, 1^{er} juillet 2014, n°12/02124 (cession de licence d'exploitation de logiciel),
- Cass. com., 14 sept. 2010, n°09-13.508 (cession d'un contrat de concession),
- Cass. com., 28 avr. 2004, n°00-22.354 (cession d'un contrat de nettoyage),
- TGI Paris, ord. réf. 11 juin 2009, 09/52384 (cession d'un contrat d'enseigne),
- CA Nîmes, 12 février 2009, n°08/02739 (cession de contrat de location de matériel),
- CA Versailles, 26 juin 2008, n°07/01126 (cession de contrat de maintenance),
- Cass. com., 6 juill. 1999, n°96-20.495 (cession d'un contrat de distribution exclusive).

On le voit, la poursuite sans réserve de l'exécution du contrat par le contractant cédé à l'égard du cessionnaire caractérise l'acceptation sans équivoque, par le cédé, de la cession du contrat au cessionnaire. Cette règle est appliquée de manière générale en droit des contrats (et notamment en matière de contrats de distribution).

Il ressort donc de la jurisprudence précitée que le droit positif n'exige pas que le consentement du cédé soit exprès mais uniquement qu'il soit « certain », ce qui ressort de la poursuite de l'exécution par le contractant cédé.

En second lieu, la nécessité d'un accord « certain » à la cession, qu'il soit exprès ou tacite, est valable pour tous les types de contrats, y compris les contrats conclus *intuitu personae* (v. par ex., TGI Paris, ord. réf. 11 juin 2009, n°09/52384 ; v. également, en matière de concession, Cass. com., 14 sept. 2010, n°09-13.508 ; en matière de cession de contrat de distribution exclusive, Cass. com., 6 juill. 1999, n°96-20.495).

La Cour de cassation indique très clairement, si besoin était, que dans les contrats conclus *intuitu personae*, le consentement du cocontractant peut résulter des paiements réalisés successivement par le cocontractant entre les mains du cessionnaire (Cass. com., 7 janv. 1992, n°90-14.831) :

« Mais attendu que le fait qu'un contrat ait été conclu en considération de la personne du cocontractant ne fait pas obstacle à ce que les droits

et obligations de ce dernier soient transférés à un tiers dès lors que l'autre partie y a consenti ; que l'arrêt relève qu'informée le 26 novembre 1982 par lettre du syndic de la société CMC, laquelle n'avait pas disparu du seul fait de l'ouverture de la procédure collective, et de la société Northern Data que celle-ci assurerait désormais la maintenance des équipements informatiques et percevrait les redevances contractuelles, la société GGH a poursuivi sans réserve l'exécution du contrat ; qu'elle a ainsi réglé les factures mensuelles, dès le 2 décembre 1982 et pour les mois de janvier, février et mars 1983, et a sollicité, pour la même période, l'intervention des services techniques de la société Northern Data ; qu'ayant ainsi, sans se fonder sur le paiement d'une seule facture, constaté que la société GGH avait manifesté de façon non équivoque sa volonté d'accepter la cession du contrat litigieux à la société Northern Data, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ».

Le cocontractant manifeste implicitement mais nécessairement son acceptation à la cession du contrat (qu'il soit conclu ou non *intuitu personae*) dès lors qu'il en poursuit l'exécution, notamment par les paiements successifs réalisés entre les mains du cessionnaire.

A rapprocher : Opposabilité du contrat de distribution au distributeur bénéficiaire d'une TUP (Cass. com., 4 février 2014, n°12-22.404) - Contrat de franchise : l'intuitu personae (vidéo) - F.L. Simon, Théorie et Pratique du droit de la franchise, éd. JOLY, 2009, spéc. §§. 423 et suivants (sur le changement de franchiseur résultant de la cession pure et simple du contrat de franchise)

La clause de non-sollicitation de personnel Étude

Ce qu'il faut retenir :

La clause de non-sollicitation de personnel, qui interdit au débiteur d'embaucher les salariés et/ou les collaborateurs du créancier, est par principe valable. Une telle clause prévient toute velléité de débauchage du personnel du créancier de l'obligation et permet de protéger son savoir-faire. Son contenu rédactionnel fait l'objet de nombreuses variantes, et d'une jurisprudence toujours fournie.

Pour approfondir :

La clause de non-sollicitation de personnel – à ne pas confondre avec la clause de non-sollicitation de clientèle – est celle par laquelle le contractant d'une entreprise s'engage vis-à-vis de cette dernière à ne pas solliciter ou embaucher, pendant une durée déterminée, les salariés et/ou les collaborateurs de son cocontractant ; dit autrement, elle interdit au débiteur d'embaucher les salariés et/ou les collaborateurs du créancier (v. sur l'ensemble de la question, A.-S. Lucas-Puget, *Clause de non-sollicitation de collaborateurs*, Contrats, conc. consom. 2016, form. 4. ; C. Caseau-Roche, *La clause de non-sollicitation* : AJ Contrats d'affaires-Concurrence-Distribution 2015, p. 64 ; J. Beckhard-Cardoso et M. Desplats, *Non-concurrence : trois clauses, deux clauses, une question*, JCP E 2010, p. 1157 ; S. Benilsi, *La clause de non-sollicitation*, JCP, S, 2007, p. 1976).

En revanche, la clause de non-sollicitation de personnel n'a pas pour objet d'empêcher le salarié de créer sa propre entreprise et/ou d'être embauché par un concurrent de son employeur.

Une telle clause est licite, conformément au principe de liberté contractuelle. La Cour de cassation en admet la validité au motif qu'elle ne constitue pas une clause de non-concurrence « dont elle n'est ni une variante ni une précision de celle-ci » (Cass. com., 11 juill. 2006, n° 04-20.438 ; Contrats, conc. consom. 2006, comm. n° 232, note M. Malaurie-Vignal ; D. 2006, Pan. 2923, obs. M. Gomy ; RTD civ. 2007, p. 111, obs. J. Mestre et B. Fages). Une telle clause n'a donc pas à être limitée dans le temps et dans l'espace ; elle ne doit pas davantage contenir de contrepartie financière à l'égard des salariés et collaborateurs concernés, ceux-ci n'étant au demeurant pas partie au contrat comportant l'interdiction d'embaucher (Cass. com., 10 mai 2006, n° 04-10696, Bull. civ. 2006, IV, n° 116 ; Juris-Data n° 2006-033533 ; JCP, G, 2006, I, 176, obs. P. Grosser ; D. 2006, pan. 2923, obs. M. Gomy – v. aussi, Ph. Stoffel-Munck, *La clause de non-sollicitation, équivalent gratuit de la clause de non-concurrence*, note sous CA Lyon, 12 juill. 2005, Comm. comm. électr. 2006, comm. n° 26).

Sa validité n'étant pas conditionnée au respect du régime assez restrictif de la clause de non-concurrence, la clause de non-sollicitation de personnel est couramment utilisée en pratique, notamment dans les réseaux de distribution et, de manière plus générale, dans bon nombre d'opérations commerciales (cessions de parts sociales ou d'actions, cession de fonds de

commerce, etc.) et de contrats de prestations de services (v. pour une application assez récente, Cass. com., 12 juill. 2016, n° 14-19728). Toutefois, dans certains cas exceptionnels, le salarié pourrait engager une action en responsabilité pour réparer le préjudice que lui cause la clause de non-sollicitation de personnel ne comportant pas de contrepartie financière ; il en va ainsi lorsque la clause considérée porte une atteinte manifestement excessive à sa liberté de travailler (Cass. soc., 2 mars 2011, n° 09-40.547, Juris-Data n° 2011-002675 ; JCP S 2011, 1181 ; Contrats, conc. consom. 2011, comm., 139 ; v. aussi, S. Benilsi, *La clause de non-sollicitation*, JCP, S, 2017, 1976 ; Cass. com., 10 mai 2006, n° 04-10696, Bull. civ. 2006, IV, n° 116).

Les contractants d'une entreprise étant en contact avec les salariés et collaborateurs de celle-ci, la tentation de débauchage ne peut être exclue. La clause de non-sollicitation de personnel prévient ainsi toute velléité de débauchage du personnel de l'un et/ou l'autre partie(s) au contrat.

Une telle clause permet encore de protéger le savoir-faire du créancier de l'obligation (lorsque le salarié dispose de ce savoir-faire) – à l'instar des clauses de non-concurrence, d'exclusivité et de confidentialité – et d'éviter de contrarier son organisation.

Il est vivement recommandé de préciser dans la clause de non-sollicitation de personnel :

- si l'interdiction de débauchage est réciproque,
- si l'interdiction de débauchage s'applique :
 - o aux seuls salariés de l'entreprise ou à d'autres types de collaborateurs, ou à certaines catégories d'entre eux (il est parfois préférable de limiter l'interdiction à certains postes-clés) ;
 - o aux salariés et/ou collaborateurs actuels ou anciens,
 - o y compris lorsque le salarié ou le collaborateur a lui-même sollicité le débiteur de l'obligation (sans quoi le débiteur de l'obligation et le salarié concerné pourraient déjouer la clause en prétextant que le premier n'a fait que répondre à la sollicitation du second) ;
- sa durée qui, le plus souvent, est supérieure à celle du contrat qui la contient (en pratique, c'est précisément au moment où le contrat qui la contient arrive à son terme que le risque de débauchage est le plus grand),

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

■ Bordeaux - Chambéry - Clermont-Ferrand - Grenoble - Le Havre - Rouen - Saint-Denis (La Réunion) - Saint-Etienne - Strasbourg - Toulouse ■
■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Côte d'Ivoire - Égypte -
Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Hongrie - Île Maurice - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Oman - Paraguay - Pérou -
RD Congo - Sénégal - Thaïlande - Tunisie ■

- le cas échéant, la sanction attachée à sa violation qui, en pratique, consiste le plus souvent en une indemnité dont le montant – déterminé ou déterminable – est contractuellement prévu.

Les juridictions du fond demeurent particulièrement attentives au contenu rédactionnel d'une telle clause (v. par ex., CA Versailles, 14 décembre 2017, n°15/04790 : « *Qu'il importe peu que la société ait tenté – vainement – de faire revenir le salarié sur sa décision ou qu'il exécute son préavis compte tenu des termes du courrier précité (...) et alors que, eu égard notamment à la rédaction du contrat au titre de la clause de non-sollicitation, l'existence ou non d'un préavis et son exécution ou non étaient sans impact sur le point de départ du délai accordé à la société pour délier le salarié de son obligation* »). La Cour de cassation procède à un contrôle de l'interprétation retenue par les juridictions du fond (Cass. com., 11 juill. 2006, n° 04-20.438, préc. (cassation au visa de l'article 1134 du code civil, la cour d'appel ayant « *dénaturé les termes clairs et précis* » de la clause de non-sollicitation de personnel)).

La clause de non-sollicitation de personnel se distingue :

- de la clause de non-sollicitation de *clientèle*, qui interdit au salarié de démarcher la clientèle de son employeur,
- de la clause de non-concurrence, dont elle peut être le complément utile.

A signaler enfin que la clause de non-sollicitation de clientèle pourra parfois être requalifiée en clause de non-concurrence (Cass. soc., 15 mars 2017, n°15-28.142 ; Cass. soc., 2 déc. 2015, n°13-20.706 ; Cass. soc., 2 mars 2011, n° 09-40.547 ; Juris-Data n° 2011-002675 ; JCP, S, 2011, 1181, note I. Beyneix ; Cass. soc., 27 oct. 2009, n° 08-41.501, Juris-Data n° 2009-050069, Contrats, conc. consom. 2009, comm. n° 288, note M. Malaurie-Vignal).

A rapprocher : CA Versailles, 14 décembre 2017, n°15/04790 et Cass. com., 12 juill. 2016, n°14-19728 (sur le pouvoir d'interprétation du juge) ; Cass. soc., 15 mars 2017, n°15-28.142 (sur le risque de requalification de la clause de non-sollicitation de clientèle en clause de non-concurrence).

Apologie de l'abrogation du texte relatif à l'instance de dialogue social dans les réseaux de franchise

Texte définitif du projet de loi adopté le 14 février 2018 par le Sénat

Ce qu'il faut retenir :

L'article 64 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (dite Loi Travail), créant une instance de dialogue social dans les réseaux de franchise, est abrogé.

Pour approfondir :

L'article 64 de la loi Travail avait introduit dans notre droit cette monstruosité juridique qu'est l'instance de dialogue social, et le décret n°2017-773 du 4 mai 2017 pris pour son application avait achevé ce sentiment critique en détaillant les conditions de sa mise en œuvre avec une maladresse inégalée.

Nous avons alors éprouvé le besoin de consacrer une analyse technique de ces textes, en soulignant les trois principaux caractères de cette institution, tout à la fois étrange, inutile et dangereuse. *Etrange*, car les conditions dans lesquelles la loi Travail avait été votée – sans concertation, ni étude d'impact –, sans même l'accord du Sénat, pouvait laisser d'autant plus songeur que les travaux parlementaires avaient été parsemés d'affirmations péremptoires, traduisant un sentiment de méconnaissance par notre législateur du système de la franchise. *Inutile*, car ces textes donnaient naissance à une instance de dialogue dans les réseaux de franchise, sans toutefois procurer de véritables avantages aux salariés des franchisés, par ailleurs déjà protégés par le Code du travail. *Dangereuse*, enfin, car le décret d'application avait essentiellement pour effet de perturber le comportement des acteurs de la franchise – à commencer par les réseaux de franchise concernés –, en raison des incohérences, imprécisions et lacunes que ces textes comportaient. Ainsi, nous avons fermement prôné et argumenté en faveur de la suppression de l'instance de dialogue social dans les réseaux de franchise (**F.-L. SIMON, L'instance de dialogue social dans les réseaux de franchise, Numéro Hors-série LDR, 21 juin 2017, également publié aux LPA des 11 et 12 juillet 2017**).

L'instance de dialogue social vient fort heureusement de disparaître du droit positif, en dépit des protestations de la CFDT.

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Côte d'Ivoire - Égypte - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Hongrie - Île Maurice - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Oman - Paraguay - Pérou -

RD Congo - Sénégal - Thaïlande - Tunisie ■

En effet, le Sénat a définitivement adopté le 14 février 2018 le projet de loi de ratification des ordonnances du 22 septembre 2017 et de l'ordonnance du 20 décembre 2017, qui entérine la suppression de l'instance de dialogue social dans les réseaux de franchise (**Projet de loi, Sénat, n°59 - 14 février 2018**), l'article 7 de ce texte énonçant :

« L'article 64 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels est abrogé ».

L'abrogation de ce texte résulte d'un amendement sénatorial du 23 janvier 2018 (**Amendement n°176 rect.**), ultérieurement repris par la commission mixte paritaire enregistré au parlement le 31 janvier suivant, qui en exposait succinctement les motifs :

« L'article 64 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 (dite loi Travail) a pour objet de créer une instance représentative des salariés des franchisés auprès des réseaux de franchise, chargée notamment de négocier des conventions et accords au sein du réseau.

Cette disposition remet en cause le statut de la franchise. Le franchisé est un commerçant indépendant du franchiseur, et qui encourt les mêmes risques économiques et supporte les mêmes responsabilités juridiques qu'un entrepreneur non franchisé. L'article a créé de fait un lien de subordination qui n'a pas lieu d'être entre franchisé et franchiseur. Or cette disposition est incompréhensible sur le plan social. Les salariés de l'entrepreneur franchisé ont les mêmes droits sociaux que tous les autres salariés. Ils ont donc déjà droit à une représentation collective dans les règles de droit commun.

La disposition engendre ainsi une complexité incompréhensible et contraire aux objectifs de simplification de la législation pour les entreprises, en créant, au sein d'une même entreprise, deux types de représentation différents. En outre, rien ne justifie, économiquement comme juridiquement, des négociations sociales entre les salariés d'un franchisé et les dirigeants d'un franchiseur qui n'a aucun lien juridique, et notamment d'autorité, avec eux.

Cette disposition - qui affecte tous les secteurs de l'économie : équipement de la personne, de la maison, hôtellerie, restauration, automobile,

services à la personne, aux entreprises - est donc un contresens économique. Elle signe la fin du contrat de franchise, qui constitue aujourd'hui l'une des principales sources de développement de l'emploi en France et l'une des réussites économiques actuelles, souvent symbole de réussite personnelle et professionnelle.

Cet article fut déclaré partiellement contraire à la Constitution en raison de l'atteinte disproportionnée qu'il représentait à la liberté d'entreprendre (Décision n° 2016-736 DC du 4 août 2016).

Pour toutes ces raisons, la Délégation aux entreprises juge essentiel que cet article soit abrogé. C'est l'objet de cet amendement ».

Cette abrogation, approuvée le **6 février 2018** par l'Assemblée nationale en dépit des regrets exprimés par certains, s'inscrit dans le mouvement plus général voulu par les ordonnances des 22 septembre et 20 décembre 2017, qui tendent à mettre fin à l'invasion de règles ayant progressivement étouffé les entreprises françaises.

Voici donc une bien sage décision.

A rapprocher : Article 64 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels (dite Loi Travail), créant une instance de dialogue social dans les réseaux de franchise.

CONCURRENCE & CONSOMMATION

Pronuptia, trente ans après...

Cass. com., 20 décembre 2017, n°16-20.500 et 16-20.501 (deux arrêts)

Ce qu'il faut retenir :

En matière de franchise, les clauses qui organisent le contrôle indispensable à la préservation de l'identité et de la réputation du réseau, symbolisé par l'enseigne, ne constituent pas des restrictions de concurrence au sens des articles 101, §1 TFUE et L.420-1 du Code de commerce.

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

■ Bordeaux - Chambéry - Clermont-Ferrand - Grenoble - Le Havre - Rouen - Saint-Denis (La Réunion) - Saint-Etienne - Strasbourg - Toulouse ■
■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Côte d'Ivoire - Égypte - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Hongrie - Île Maurice - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Oman - Paraguay - Pérou - RD Congo - Sénégal - Thaïlande - Tunisie ■

Pour approfondir :

L'article L.330-1 du Code de commerce, en indiquant qu'« est limitée à un maximum de dix ans » la durée de validité des **clauses d'exclusivité d'approvisionnement**, est un trompe-l'œil. De fait, ces clauses ne bénéficient de l'exemption par catégorie du Règlement n°330/2010 du 20 avril 2010 *concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du Traité* (ci-après, le Règlement d'exemption) que si leur durée ne dépasse pas *cinq années*. Au-delà, donc, une exemption individuelle est en principe nécessaire. Toutefois, la franchise n'étant pas une opération restrictive de concurrence (CJCE, 17 déc. 1986, *Pronuptia*, aff. 161/84), les éventuelles clauses restrictives de concurrence qu'elle peut comporter ne relèvent pas de l'article 101§1 TFUE et L.420-1 C. com., chaque fois qu'elles sont des *restrictions accessoires*. Les arrêts rendus par la Cour de cassation le 20 décembre 2017 le rappellent, trente ans après l'arrêt *Pronuptia*.

Dans deux espèces concernant le même franchiseur et le même fournisseur, les franchisés soutenaient que la clause d'approvisionnement exclusif qu'ils avaient souscrite en concluant des contrats de franchise pour une durée de neuf ans, renouvelable par tacite reconduction par période de cinq ans, constituaient des ententes prohibées.

Les franchisés faisaient valoir en premier lieu que la clause d'approvisionnement exclusif n'était pas exemptée par le Règlement d'exemption. Certes, le Règlement comporte des dispositions relatives à l'obligation d'approvisionnement exclusif, qu'il nomme « obligation de non-concurrence » – il en donne la définition suivante : « toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou les services contractuels, ou toute obligation directe ou indirecte imposant à l'acheteur l'obligation d'acquiescer auprès du fournisseur ou d'une autre entreprise désignée par le fournisseur plus de 80 % de ses achats annuels en biens ou en services contractuels et en biens et en services substituables sur le marché en cause, calculés sur la base de la valeur ou, si cela est de pratique courante dans le secteur, du volume des achats qu'il a effectués au cours de l'année civile précédente », art. 1, d). Mais en vertu de son article 5, l'exemption ne « s'applique pas aux obligations suivantes contenues dans des accords verticaux : a) toute obligation directe ou indirecte de non-concurrence dont la durée est indéterminée ou dépasse cinq ans » (art. 5, 1, a)), étant précisé qu'« une

obligation de non-concurrence tacitement renouvelable au-delà d'une période de cinq ans est considérée comme ayant été conclue pour une durée indéterminée » (art. 5, 1, dernier alinéa). En l'espèce, l'obligation d'approvisionnement exclusif étant conclu pour une durée de neuf ans (qui plus est tacitement reconductible), elle ne pouvait être exemptée en vertu du Règlement. Les franchisés arguaient en deuxième lieu que la clause d'approvisionnement exclusif, ne relevant pas de l'exemption par catégorie, devait faire l'objet d'une exemption individuelle, mais que le franchiseur ne rapportait pas la preuve que les critères en étaient remplis (il faut observer qu'en l'espèce, les décisions des juges du fond, et les pourvois dans leur sillage, ont confondu les critères de l'*exemption individuelle* et des *restrictions accessoires*...). La clause n'étant exemptée ni par catégorie, ni individuellement, ils en tiraient en troisième lieu qu'elle était nulle de plein droit.

Il convient de rappeler à titre liminaire que, le plus souvent, lorsqu'il est question d'examiner une pratique à l'aune de la prohibition des ententes, le raisonnement se fait en deux temps : on commence par se demander si telle opération est restrictive de concurrence et, si tel est le cas, on vérifie qu'il n'existe pas de cause d'exemption (catégorielle ou individuelle). Toutefois, il se peut qu'au premier stade du raisonnement, on constate que pour le *principal*, l'opération n'est pas restrictive de concurrence, mais qu'*accessoirement*, elle comporte bien des clauses restrictives : c'est ce que l'on appelle les « restrictions accessoires ». Or, d'après la jurisprudence de la CJUE et les Lignes directrices *concernant l'application de l'article 81 [devenu 101], paragraphe 3, du traité* (2004/C 101/08) (ci-après, les *Lignes directrices*), une telle opération n'est pas restrictive de concurrence et ne relève donc pas de l'article 101§1 dès lors que les restrictions accessoires qu'elle comporte remplissent certaines conditions. Comme l'a synthétisé la Commission, « si, sur la base de ces principes, on parvient à la conclusion que la principale opération couverte par l'accord ne restreint pas la concurrence, il n'est plus nécessaire d'examiner si les restrictions individuelles contenues dans l'accord sont également compatibles avec l'article 81, paragraphe 1, dans la mesure où elles sont accessoires à l'opération principale, non restrictive. » (*Lignes directrices*, pt 28).

Dans son fameux arrêt *Pronuptia*, la Cour de justice avait jugé que la franchise (de distribution), « qui permet au franchiseur de tirer parti de sa réussite, ne porte pas atteinte en soi à la concurrence » (pt 15).

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

■ Bordeaux - Chambéry - Clermont-Ferrand - Grenoble - Le Havre - Rouen - Saint-Denis (La Réunion) - Saint-Etienne - Strasbourg - Toulouse ■
■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Côte d'Ivoire - Égypte -
Emirats Arabes Unis - Estonie - États-Unis - Hongrie - Île Maurice - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Oman - Paraguay - Pérou -
RD Congo - Sénégal - Thaïlande - Tunisie ■

Elle avait également fait application de la théorie des restrictions accessoires pour juger que certaines clauses restrictives étaient valables. Elle avait estimé que, pour fonctionner, la franchise suppose que le franchiseur transmette aux franchisés savoir-faire et assistance sans risquer qu'ils profitent aux concurrents (pt 16) et que le franchiseur puisse prendre des mesures propres à préserver l'identité et la réputation du réseau qui est symbolisé par l'enseigne (pt 17). En conséquence, les clauses « indispensables » à la protection du savoir-faire et de l'assistance (telles les clauses de non-concurrence), de même que les clauses qui organisent le contrôle « indispensable » à la préservation de l'identité et la réputation du réseau (telles les clauses d'application du savoir-faire, d'aménagement des locaux, d'approvisionnement) ne constituent pas des restrictions de concurrence (pt 16 et s.). En particulier, la Cour avait considéré qu'une « clause prescrivant au franchisé de ne vendre que des produits provenant du franchiseur ou de fournisseurs sélectionnés par lui doit, dans de telles conditions, être considérée comme nécessaire à la protection de la réputation du réseau » (pt 21). Et c'est le même constat qui fut dressé par Lignes directrices sur les restrictions verticales : « une obligation de non-concurrence relative aux biens ou services achetés par le franchisé ne relèvera pas de l'article 101, paragraphe 1, lorsqu'elle est nécessaire au maintien de l'identité commune et de la réputation du réseau franchisé. Dans de tels cas, la durée de l'obligation de non-concurrence n'est pas un facteur pertinent au regard de l'article 101, paragraphe 1, pour autant qu'elle n'excède pas celle de l'accord de franchise lui-même » (pt 190). En droit français de la concurrence, dix ans plus tard, la décision *Zannier* (Cons. conc., déc. n° 96-D-36, 28 mai 1996) rendue par le Conseil de la concurrence s'inscrira dans le sillage de l'arrêt *Pronuptia*.

Dans ses décisions les plus récentes, la Cour de justice a précisé la notion de restrictions accessoires. Elle considère que « si une opération ou une activité déterminée ne relève pas du principe d'interdiction prévu à l'article 101, paragraphe 1, TFUE, en raison de sa neutralité ou de son effet positif sur le plan de la concurrence, une restriction à l'autonomie commerciale d'un ou de plusieurs des participants à cette opération ou à cette activité ne relève pas non plus dudit principe d'interdiction si cette restriction est objectivement nécessaire à la mise en œuvre de ladite opération ou de ladite activité et proportionnée aux objectifs de l'une ou de l'autre » (CJUE, 23 janvier 2018, *Roche et Novartis*, aff. C-179/16, pt 68 ; CJUE, 11 septembre 2014, *MasterCard*, aff. C-382/12 P, pt 89 ; et v. aussi CJCE, *Remia*, aff. 42/84, pts 19 et 20 ;

CJCE *Pronuptia*, préc., pts 15 à 17 ; CJCE, 15 décembre 1994, *DLG*, aff. C-250/92, pt 35 ; CJCE, 12 décembre 1995, *Oude Luttikhuis*, aff. C-399/93, pts 12 à 15, TPI, 18 septembre 2001, *Métropole télévision (M6)*, pt 106 ; adde *Lignes directrices*, pt 29). L'idée générale est que « lorsqu'il n'est pas possible de dissocier une telle restriction de l'opération ou de l'activité principale sans en compromettre l'existence et les objets, il y a lieu d'examiner la compatibilité avec l'article 81 CE de cette restriction conjointement avec la compatibilité de l'opération ou de l'activité principale dont elle constitue l'accessoire, et cela bien que, prise isolément, pareille restriction puisse paraître, à première vue, relever du principe d'interdiction de l'article 81, paragraphe 1, CE » (CJUE, 11 septembre 2014, *MasterCard e.a./Commission*, aff. C-382/12 P, pt 90).

S'agissant de la condition de nécessité objective, elle n'implique pas « une mise en balance des effets pro- et anticoncurrentiels d'un accord » (TPI, *Métropole télévision (M6)*, préc., pt 107 ; *Lignes directrices*, pt 30). En revanche, il convient de se demander « si la réalisation de [l'opération principale] serait impossible en l'absence de la restriction en question ». La cour fait montre d'une grande vigilance : « le fait que ladite opération soit simplement rendue plus difficilement réalisable voire moins profitable en l'absence de la restriction en cause ne saurait être considéré comme conférant à cette restriction le caractère « objectivement nécessaire » requis afin de pouvoir être qualifiée d'accessoire » sauf à priver d'effet utile l'article 101§1 (CJUE, *MasterCard*, préc., pt 91 ; CJUE, *Roche et Novartis*, préc., pt 71 ; comp. TPI, *Métropole télévision (M6)*, préc., pt 109 : si « en l'absence de la restriction, l'opération principale s'avère difficilement réalisable voire irréalisable, la restriction peut être considérée comme objectivement nécessaire à sa réalisation »). Dit autrement, le critère de la nécessité objective « porte sur la question de savoir si, à défaut d'une restriction déterminée de l'autonomie commerciale, une opération ou une activité principale qui ne relève pas de l'interdiction posée à l'article 81, paragraphe 1, CE et par rapport à laquelle ladite restriction est secondaire risque de ne pas se réaliser ou de ne pas se poursuivre » (CJUE, *MasterCard*, préc., pt 93) ou si « il n'est pas possible de dissocier une telle restriction de l'opération ou de l'activité principale sans en compromettre l'existence et les objets » CJUE, 23 janvier 2018, *Roche et Novartis*, préc., pt 70).

En franchise, il conviendra donc de se demander si les clauses restrictives de concurrence sont indispensables à l'opération projetée.

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

■ Bordeaux - Chambéry - Clermont-Ferrand - Grenoble - Le Havre - Rouen - Saint-Denis (La Réunion) - Saint-Etienne - Strasbourg - Toulouse ■
 ■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Côte d'Ivoire - Égypte -
 Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Hongrie - Île Maurice - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Oman - Paraguay - Pérou -
 RD Congo - Sénégal - Thaïlande - Tunisie ■

Ce sera le cas le plus souvent des clauses d'approvisionnement exclusif. Toutefois, il convient d'être vigilant lors de la rédaction de la clause.

S'agissant de la condition de proportionnalité, il convient de vérifier si la « durée » et le « champ d'application matériel et géographique » de la restriction « n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour la réalisation de ladite opération » et « si la durée ou le champ d'application de la restriction excèdent ce qui est nécessaire pour la réalisation de l'opération », ne pouvant constituer une restriction accessoire, elle devra faire l'objet d'une exemption (TPI, *Métropole télévision (M6)*, préc., pt 113). En franchise, il conviendra donc de se demander si les clauses restrictives de concurrence sont proportionnées. Ce sera le cas le plus souvent des clauses d'approvisionnement exclusif, mais parfois il faudra distinguer suivant les produits.

Dès lors, en l'espèce, il ne fallait pas examiner la question à l'aune des exemptions, c'est-à-dire de l'article 101§3 (ou de l'article L.420-4 C. com.), mais bien à l'aune des restrictions accessoires, c'est-à-dire de l'article 101§1 (ou de l'article L.420-1 C. com.). Les décisions rapportées sont en ce sens. Précisément, la Cour de cassation approuve les cours d'appel d'avoir considéré dans les deux affaires « qu'en matière de franchise, les clauses qui organisent le contrôle indispensable à la préservation de l'identité et de la réputation du réseau, symbolisé par l'enseigne, ne constituent pas des restrictions de concurrence au sens des articles 101, paragraphe 1 [TFUE] et L.420-1 [C. com.] » et d'en avoir tiré que « la clause d'approvisionnement exclusif imposée aux franchisés était nécessaire pour disposer chez chacun d'eux d'une uniformité de qualité et de goût des produits fabriqués selon un cahier des charges et un procédé propre [au franchiseur], constituant ainsi un élément décisif pour l'image et l'identité du réseau de franchise ».

Dans les cas où la théorie des restrictions accessoires ne peut être retenue parce que les conditions n'en sont pas remplies – ce qui n'était pas le cas en l'espèce –, l'accord comportant des restrictions « non accessoires » relève de l'article 101§1 et de l'article L.420-1. Il reste alors à vérifier qu'il n'existe pas de cause d'exemption. A cet égard, le Règlement d'exemption offre au franchiseur une zone certaine de sécurité. A défaut d'en relever, une exemption individuelle devra être recherchée.

Bien que certains en discutent parfois, la franchise (ou plus exactement ses dispositions, dès lors qu'elle-même ne restreint pas la concurrence) relève du champ d'application du Règlement d'exemption. C'est ainsi que d'après son article 2.3 : « *L'exemption prévue au paragraphe 1 s'applique aux accords verticaux contenant des dispositions concernant la cession à l'acheteur ou l'utilisation par l'acheteur de droits de propriété intellectuelle, à condition que ces dispositions ne constituent pas l'objet principal de ces accords et qu'elles soient directement liées à l'utilisation, à la vente ou à la revente de biens ou de services par l'acheteur ou ses clients (...).* »

Or, d'après l'article 1.1, f), on entend par « *droits de propriété intellectuelle* », « *les droits de propriété industrielle, les savoir-faire, les droits d'auteur et les droits voisins* » (adde Lignes directrices sur les restrictions verticales, pts 31 s.).

Il est donc cohérent de relever, comme l'a fait la Commission, que les restrictions contenues dans un accord de franchise sont couvertes par le règlement d'exemption (Lignes directrices sur les restrictions verticales, pt 190).

Au final, on retiendra qu'en franchise, il n'est pas question, au moins dans un premier temps, d'apprécier les éventuelles clauses restrictives à l'aune de l'article 101§3, mais de l'article 101§1. Précisément, il convient d'examiner si ces clauses sont valables en tant qu'elles ne sont que des restrictions accessoires à un système non restrictif de concurrence. Pour autant, et dans un second temps, s'il s'avérait que les clauses restrictives ne pouvaient être considérées comme des restrictions accessoires faute d'être « objectivement nécessaires » et « proportionnées », la question de leur éventuelle exemption se poserait, tant au regard du règlement d'exemption que de l'exemption individuelle. S'agissant d'une clause d'approvisionnement exclusif, dès lors qu'elle est supérieure à cinq années, son exemption catégorielle n'étant pas possible, la seule manière de la rendre licite est d'y voir une restriction accessoire ou de la faire bénéficier d'une clause d'exemption individuelle.

A rapprocher : CJUE, 23 janvier 2018, Roche et Novartis, aff. C-179/16 ; v. aussi, F.L. Simon, *Théorie et Pratique du droit de la franchise*, éd. JOLY, 2009, spéc. §§. 714 et suivants (sur la validité, au regard du droit communautaire, de la clause d'approvisionnement exclusif comprise dans un contrat de franchise)

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Côte d'Ivoire - Égypte - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Hongrie - Île Maurice - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Oman - Paraguay - Pérou -

RD Congo - Sénégal - Thaïlande - Tunisie ■

Déséquilibre significatif et charge de la preuve de la tentative de soumission

CA Paris, 16 février 2018, n°16/05737 ; CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879 (deux arrêts)

Ce qu'il faut retenir :

Pour caractériser le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au sens de l'article L.442-6, I, 2° du code de commerce, la soumission ou tentative de soumission, stigmatisée par l'absence de pouvoir réel de négociation, doit être démontrée par la partie qui l'allègue, notamment en présence d'un contrat d'adhésion ; à défaut, le texte précité ne peut trouver à s'appliquer.

Pour approfondir :

Trois éléments doivent être réunis en vue de l'application de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce relatif au **déséquilibre significatif** : (i) un partenariat commercial et (ii) une soumission ou tentative de soumission à (iii) des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.

La deuxième condition – soumission ou tentative de soumission – est stigmatisée par l'absence de pouvoir réel de négociation, dont l'importance d'en caractériser l'existence a été soulignée par la Cour de cassation (Cass. com., 26 avr. 2017, n°15-27865). La soumission ou tentative de soumission n'est pas un cas de violence qui supposerait nécessairement une pression ou une menace formelle ; dès lors, le constat d'une absence de pouvoir réel de négociation paraît suffire pour caractériser la soumission.

Mais, encore faut-il que l'absence de pouvoir réel de négociation soit tout de même caractérisée ...

L'absence de possibilité de négociation pourra résulter tout d'abord du pouvoir de marché de l'un des partenaires (Cass. com., 4 oct. 2016, n°14-28013 ; CEPC, avis n°16-5, relatif à une demande d'avis d'une société sur l'existence d'un délai légal de transmission de nouveaux tarifs à ses clients ; v. aussi, CA Paris, 21 juin 2017, RG n°15/18784). Dans cette hypothèse, un faisceau d'indices est requis pour caractériser l'absence de pouvoir réel de négociation.

L'absence de possibilité de négociation pourra résulter ensuite de la présence d'un contrat d'adhésion, mais encore convient-il alors de vérifier que le contrat n'a pas été négocié parce qu'il n'était pas négociable, ainsi

qu'on l'a déjà souligné (v. en ce sens, Déséquilibre significatif - Article L.442-6, I, 2° du code de commerce – Numéro Spécial LDR, 2 octobre 2017 (116 décisions et avis commentés), spéc. §. 19 : « *Dans un contrat d'adhésion, cette condition est le plus souvent remplie (CA Paris, 19 avril 2017, RG n°15/24221 : « l'insertion de clauses dans une convention type ou un contrat d'adhésion qui ne donne lieu à aucune négociation effective des clauses litigieuses peut constituer [la soumission ou la tentative de soumission] »), encore qu'il conviendrait de vérifier que le contrat n'a pas été négocié parce qu'il n'était pas négociable... »* »).

Telle est la solution qui vient d'être consacrée par la Cour d'appel de Paris dans deux affaires récentes qui, ce faisant, se prononce (à juste titre selon nous) sur la question de la charge de la preuve. Cette question se pose en ces termes : s'agissant des clauses qui n'ont pas été modifiées mais dont rien ne prouve qu'elles ne pouvaient l'être, appartient-il au rédacteur de l'acte de prouver que la négociation aurait pu s'exercer sur les conditions non négociées du contrat ; ou appartiendra-t-il (au contraire) au destinataire de l'acte de prouver que la négociation était véritablement exclue ?

La réponse apportée par la Cour d'appel de Paris est claire et logique : l'élément de soumission ou de tentative de soumission de la pratique de déséquilibre significatif implique la démonstration par la partie victime de l'absence de négociation effective des clauses incriminées.

Dans la **première espèce** (CA Paris, 20 décembre 2017, n°13/04879), la partie poursuivante (ici, le Ministre de l'économie) estime que la soumission et la tentative de soumission sont caractérisées en l'espèce par :

- l'existence d'un contrat type imposé aux fournisseurs comportant les clauses litigieuses ayant une portée générale et dont la rédaction entraîne une insécurité juridique,
- l'imposition d'obligations non réciproques, la société défenderesse n'apportant pas la preuve d'un rééquilibrage du contrat,
- et l'asymétrie du rapport de force en faveur du distributeur et du déséquilibre des clauses au détriment des fournisseurs.

La société défenderesse souligne que la définition de la pratique de l'infraction de déséquilibre significatif dans le code de commerce englobe une notion de soumission, que le juge se doit de rechercher pour chaque cas et chaque contrat.

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Côte d'Ivoire - Égypte -

Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Hongrie - Île Maurice - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Oman - Paraguay - Pérou -

RD Congo - Sénégal - Thaïlande - Tunisie ■

Elle soutient que le Ministre de l'économie ne rapporte pas en l'espèce la preuve d'une soumission des fournisseurs concernés et soulève l'absence de présomption de soumission dans le secteur de la grande distribution, ainsi que le caractère insuffisant de l'étude du contenu rédactionnel des clauses pour en déduire l'effet de soumission.

A cet égard, la Cour d'appel de Paris retient que si la structure d'ensemble du marché de la grande distribution peut constituer un indice de rapports de forces déséquilibrés, se prêtant difficilement à des négociations véritables entre distributeurs et fournisseurs, cette seule considération ne peut suffire à démontrer l'élément de soumission ou de tentative de soumission d'une clause du contrat signé entre eux, même si ce contrat est un contrat-type. Cet indice doit être complété par d'autres indices. Elle ajoute encore : *« La preuve de l'absence de négociation effective peut résulter de la circonstance que des fournisseurs cocontractants ont tenté, mais ne sont pas parvenus, à obtenir la suppression des clauses litigieuses dans le cadre de négociations ou qu'aucune suite n'a été donnée aux réserves ou avenants proposés par les fournisseurs pour les modifier »*, avant de considérer *« qu'en l'espèce, en effet, le ministre n'apporte aucun élément de preuve afférent aux circonstances factuelles dans lesquelles les cinq contrats versés à la procédure ont été conclus. S'il a pu être déduit, dans d'autres cas, un indice de soumission ou de tentative de soumission de déséquilibre significatif, de l'adoption, par un nombre significatif de fournisseurs, de clauses identiques qui leur étaient manifestement défavorables, indice conforté par d'autres indices, tel n'est pas le cas dans la présente espèce »*. L'application de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce est alors écartée.

Dans la **seconde espèce** (CA Paris, 16 février 2018, n°16/05737), la société poursuivante soutient que l'insertion de clauses abusives dans un contrat d'adhésion peut constituer une « tentative de soumission » par la société défenderesse.

Or, la société défenderesse indique quant à elle :

- n'avoir jamais exercé la moindre contrainte sur la société poursuivante ;
- n'avoir jamais refusé de négocier avec cette dernière les clauses du contrat ;
- que la société poursuivante ne lui a jamais fait part de sa volonté de négocier les termes du contrat ;

- que leurs relations contractuelles ne traduisent aucun rapport de force économique en sa faveur puisqu'elle n'est pas un partenaire incontournable pour son cocontractant.

Ce faisant, la Cour d'appel de Paris retient que la société poursuivante *« n'établit pas que le contrat lui ait été imposé ni qu'elle n'ait pas eu la possibilité de le négocier »* alors qu'elle est une professionnelle avertie de la vente en ligne et qu'elle avait tout loisir d'utiliser d'autres plateformes en l'absence de clause d'exclusivité.

L'application de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce est également écartée.

La solution ainsi retenue dans ces deux affaires doit être approuvée, pour deux raisons au moins ; la première touche au droit processuel, la seconde au droit substantiel. En premier lieu, il appartient au juge commercial de vérifier que la partie requérante apporte la démonstration de la caractérisation de la pratique qu'il invoque, par des éléments suffisamment probants, conformément à l'article 9 du code de procédure civile, selon lequel *« Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention »*. En second lieu, la solution retenue par la Cour d'appel de Paris est en adéquation avec la notion même de contrat d'adhésion ; en effet, pour que le contrat soit d'adhésion, la négociation ne doit pas seulement être absente, elle doit être volontairement exclue ! (v. sur ce point, **F.-L. SIMON, De la bonne foi et de la loyauté au stade précontractuel, LDR novembre-décembre 2017, spéc. I°-A°-b)**). Le seul constat de l'absence de négociation ne saurait donc signifier que la négociation était nécessairement exclue. Il semble donc logique de faire peser sur le demandeur à l'action la charge de la preuve que la négociation était véritablement exclue.

A rapprocher : Cass. com., 26 avr. 2017, n°15-27865 ; v. aussi, pour un Panorama de jurisprudence sur les contours de la notion de déséquilibre significatif : Déséquilibre significatif – Article L.442-6, I, 2° du code de commerce – Numéro Spécial LDR, 2 octobre 2017 (116 décisions et avis commentés (2016-2017) ; v. aussi, Tour d'horizon sur le déséquilibre significatif – LDR janvier-février 2017 – 5 ans de jurisprudence (2011-2016).

Absence de caractère établi des relations commerciales poursuivies après le terme d'un contrat à durée déterminée non reconductible tacitement

CA Paris, 10 janvier 2018, n°15-02.432

Ce qu'il faut retenir :

Les dispositions de l'article L.442-6, I, 5° du Code de commerce sanctionnant la rupture brutale de relations commerciales établies ne s'appliquent pas aux relations commerciales poursuivies à l'issue du terme d'un contrat de distribution à durée déterminée sans possibilité de tacite reconduction, lesquelles sont « nécessairement précaires ».

Pour approfondir :

Une société de droit espagnol A.L., créatrice d'une marque de prêt-à-porter, a confié à une société de droit français A., spécialisée dans le commerce de gros d'habillement et de chaussures, la distribution exclusive en France de ses produits pour une période de 3 ans, correspondant à 6 saisons, soit jusqu'au 10 août 2010.

Le **renouvellement** de ce contrat, par périodes successives de 3 ans, était conditionné à un accord exprès et écrit des deux parties avant son échéance.

Ce contrat est arrivé à son terme le 10 août 2010 sans qu'aucun accord ne soit formalisé pour son renouvellement.

Les relations commerciales entre les parties se sont ensuite poursuivies de manière informelle, mais se sont semble-t-il altérées après quelques difficultés rencontrées auprès des clients du distributeur français.

Les parties ne sont pas parvenues à s'entendre sur les conditions de vente des produits et la société française a annulé certaines commandes les 13 février et 5 avril 2011. Par courrier du 11 janvier 2012, la société espagnole a rompu les relations commerciales, ce dont la société française a pris acte par lettre RAR du 11 février 2012.

Par exploit du 24 octobre 2012, la société française a assigné la société espagnole en indemnisation pour rupture brutale de relations commerciales établies par devant le Tribunal de Commerce de Lyon, lequel a notamment, par jugement rendu le 15 septembre 2014 :

- constaté l'absence de brutalité de la rupture des relations commerciales,
- débouté la société française de l'intégralité de ses demandes et prétentions.

La société française a interjeté appel de ce jugement.

Par un arrêt rendu le 10 janvier 2018, la Cour d'Appel de Paris a dit la société française mal fondée en toutes ses demandes de dommages-intérêts pour rupture brutale de relations commerciales établies et a confirmé le jugement en toutes ses dispositions en considérant que :

« Le caractère provisoire des relations commerciales à l'issue du terme du contrat à durée déterminée sans possibilité de tacite reconduction, les fait nécessairement échapper à l'application de l'article L.442-6, I, 5° du Code de Commerce ».

La Cour a en effet considéré que :

- *« Il n'est pas discuté que le contrat de distribution du 10 août 2007 a été conclu pour une période déterminée de 3 ans, que son renouvellement était conditionné à un accord exprès et écrit des parties avant son échéance (article 10), qu'il est arrivé à son terme le 10 août 2010 sans qu'aucun accord pour son renouvellement ne soit formalisé et que les relations commerciales entre les parties se sont poursuivies de manière informelle jusqu'au 11 janvier 2012.*
- *Il en résulte que les parties ont choisi d'inscrire leur relation commerciale dans le cadre d'un contrat à durée déterminée, sans possibilité de tacite reconduction et que faute d'accord écrit sur les conditions de sa poursuite, préalablement à son terme, le contrat du 10 août 2007 est venu à expiration le 10 août 2010, ce terme étant connu depuis l'origine par la société A.*

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Côte d'Ivoire - Égypte -

Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Hongrie - Île Maurice - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Oman - Paraguay - Pérou -

RD Congo - Sénégal - Thaïlande - Tunisie ■

- A compter du 11 août 2010, il s'en est donc suivi une période de relations nécessairement précaires, résiliables à tout moment, au cours de laquelle les parties étaient libres de convenir d'un nouveau contrat de distribution ou de nouer des relations avec d'autres partenaires. L'envoi de propositions de nouvelles conditions générales de distribution par la société A par courriel du 25 mai, retournées avec des propositions de modifications par la société A.L., par courriel du 23 juin 2011 précisant « nous en reparlerons de manière à trouver le meilleur accord possible pour les deux parties », s'inscrit dans le cadre de négociations en vue de la signature d'un nouvel accord et ne démontrent aucunement ni que la société A.L. ait accepté les propositions de la société A. et ni qu'elle se soit engagée à poursuivre des relations contractuelles pérennes. Il ne ressort d'aucun élément que cette dernière ait pu raisonnablement croire à leur nécessaire poursuite et ce, d'autant que le 28 décembre 2011, la société A.L. lui a rappelé la nécessité de rediscuter des conditions de vente pour l'avenir » (Nous soulignons).

On peut s'interroger sur la portée de cet arrêt, qui exclut très clairement du champ d'application des dispositions de l'article L.442-6, I, 5° les relations entretenues entre les parties à l'issue du terme d'un contrat à durée déterminée sans possibilité de tacite reconduction, en retenant la « nécessaire précarité » des relations ainsi poursuivies.

La Cour a semble-t-il axé son raisonnement sur la croyance légitime des parties dans la continuité de la relation commerciale, en considérant qu'il ne ressortait d'aucun élément du dossier que la société française « ait pu raisonnablement croire à leur nécessaire poursuite ».

La Cour rejoint ainsi le raisonnement tenu récemment par la chambre commerciale de la Cour de Cassation dans une espèce où deux parties avaient conclu plusieurs contrats de concession successifs, le dernier ayant été signé le 1^{er} novembre 2006 pour une durée de 36 mois. Avant l'issue de ce dernier contrat, le concédant a manifesté sa volonté, dans l'hypothèse de la signature d'un nouveau contrat, de modifier la zone géographique dévolue à son concessionnaire. Ce dernier ayant refusé ce nouveau découpage géographique, l'estimant non viable économiquement,

le concédant n'a pas renouvelé son dernier contrat de concession et a confié sa zone territoriale à un nouveau concessionnaire. Le concessionnaire a assigné son ancien concédant en paiement de dommage et intérêts. Celui-ci a cependant été débouté de ses demandes par un arrêt rendu le 16 avril 2015 par la Cour d'Appel de Paris. Saisi d'un pourvoi contre cet arrêt, la Cour de Cassation l'a rejeté sur le point qui nous intéresse en considérant :

« qu'ayant relevé que le contrat de concession avait été conclu pour une durée de trente-six mois et qu'il ne comportait aucune clause de tacite reconduction, de sorte qu'il prenait fin le 31 octobre 2009, l'arrêt retient que le non-renouvellement d'un tel contrat constitue un droit pour chacune des parties et que la société Xerox n'était pas tenue, lors de son échéance, de signer un nouveau contrat à l'identique ; qu'il en déduit que cette société n'a fait qu'user de son droit en proposant à son concessionnaire, dans un délai raisonnable, avant l'expiration du contrat en cours, de nouvelles modalités quant au découpage du périmètre concédé ; que la cour d'appel ayant, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision, le grief de la première branche, qui critique des motifs surabondants, est inopérant » (Cass. com., 11 janvier 2017, n° 15-13780 et 15-17548).

A rapprocher : Cass. com., 11 janvier 2017, n° 15-13780 et 15-17548

Pouvoir de la Cour d'appel de Paris et pratiques restrictives de concurrence

Cass. com., 17 janvier 2018, n°17-10.360

Ce qu'il faut retenir :

La Cour d'appel de Paris ne dispose pas d'un pouvoir juridictionnel général et exclusif pour connaître du recours contre la décision d'une juridiction de premier degré fondée sur l'article L. 442-6, I du Code de commerce.

Pour approfondir :

La société Sebso a conclu avec la société Distribution Casino France un contrat de franchise, qu'elle a dénoncé avec effet au 19 novembre 2015.

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

■ Bordeaux - Chambéry - Clermont-Ferrand - Grenoble - Le Havre - Rouen - Saint-Denis (La Réunion) - Saint-Etienne - Strasbourg - Toulouse ■
■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Côte d'Ivoire - Égypte - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Hongrie - Île Maurice - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Oman - Paraguay - Pérou - RD Congo - Sénégal - Thaïlande - Tunisie ■

Se prévalant de pratiques méconnaissant l'**article L.442-6, I, 2° du Code de commerce**, produisant également des effets anticoncurrentiels au sens des dispositions de l'article L. 420-1 du même code, cette société a saisi, par requête, le président du Tribunal de commerce de Grenoble, qui l'a autorisée, par ordonnance du 4 mars 2016, à pratiquer diverses mesures d'investigation au siège d'un membre du même réseau, la société IF Investissements, afin de recueillir des pièces en lien avec les relations nouées entre ce franchisé et la société Casino, et a désigné à cette fin un huissier de justice. D'emblée, il est précisé que le Tribunal de commerce de Grenoble ne figure pas parmi les 8 juridictions spécialisées visées à l'annexe 4-2-1 du Code de commerce, seules compétentes pour connaître des litiges relatifs à l'application de l'article L.442-6 du Code de commerce. Le président du Tribunal de commerce de Grenoble, saisi d'un recours en rétractation par les sociétés Casino et IF Investissements et d'une demande de libération de séquestre par une assignation délivrée par la société Sebso, a, par deux ordonnances rendues le 19 juillet 2016, rejeté le recours en rétractation et fait droit à la demande de la société Sebso. La société Casino a interjeté appel de ces ordonnances auprès de la Cour d'appel de Grenoble, laquelle a joint les instances. Par arrêt du 10 novembre 2016, la Cour d'appel de Grenoble a infirmé les ordonnances du 19 juillet 2016, rétracté l'ordonnance sur requête du 4 mars 2016 et ordonné la restitution des originaux des documents saisis et des copies ayant pu être récupérées. Dans son arrêt du 17 janvier 2018, publié au bulletin, la Chambre commerciale de la Cour de cassation confirme le revirement entrevu dans deux arrêts du 29 mars 2017 puisqu'elle retient, de première part, que :

« les recours formés contre les décisions rendues par des juridictions non spécialement désignées par l'article D. 442-3 du Code de commerce, quand bien même elles auraient statué dans un litige relatif à l'application de l'article L. 442-6 du même code, sont, conformément à l'article R. 311-3 du Code de l'organisation judiciaire, portés devant la Cour d'appel dans le ressort de laquelle elles sont situées, tandis que seuls les recours formés contre les décisions rendues par des juridictions spécialisées sont portés devant la Cour d'appel de Paris ».

La compétence de la Cour d'appel de Grenoble, et l'incompétence de la Cour d'appel de Paris, étant établies, la Haute Juridiction, après avoir rappelé que *« seules les juridictions du premier degré spécialement désignées par les articles D. 442-3 et R. 420-3 du Code de commerce sont investies du pouvoir de statuer sur les litiges relatifs à l'application de l'article L. 442-6 ou dans lesquels les dispositions de l'article L. 420-1 du même code sont invoquées »*, confirme l'arrêt d'appel en ce qu'il a retenu l'incompétence du président du tribunal de commerce de Grenoble pour ordonner la mesure d'investigation fondée sur la méconnaissance de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce.

En effet, la Chambre commerciale de la Cour de cassation retient :

« qu'après avoir énoncé que, si la partie qui demande une mesure sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile dispose du choix de saisir soit le président du tribunal appelé à connaître du litige soit celui du tribunal du lieu de l'exécution de la mesure d'instruction, le président saisi ne peut toutefois ordonner une telle mesure que dans les limites du pouvoir juridictionnel de ce tribunal, c'est à bon droit qu'ayant constaté que la société Sebso se prévalait dans sa requête de pratiques méconnaissant l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce et relevé que le tribunal de commerce de Grenoble, dans le ressort duquel la mesure d'investigation devait être exécutée, n'avait pas le pouvoir juridictionnel de statuer sur un tel litige, la Cour d'appel a infirmé les ordonnances déferées et rétracté l'ordonnance sur requête ayant ordonné la mesure, peu important que la requête ait pu invoquer, en outre, un fondement de droit commun ».

Cette jurisprudence a le mérite du pragmatisme puisqu'elle devrait conduire à diminuer quelque peu le nombre de dossiers pendants devant la Cour d'appel de Paris et réduire les délais de procédure.

A rapprocher : Cass. com., 29 mars 2017, n°15-24.241 et n°15-17.659

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

■ Bordeaux - Chambéry - Clermont-Ferrand - Grenoble - Le Havre - Rouen - Saint-Denis (La Réunion) - Saint-Etienne - Strasbourg - Toulouse ■
■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Côte d'Ivoire - Égypte -
Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Hongrie - Île Maurice - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Oman - Paraguay - Pérou -
RD Congo - Sénégal - Thaïlande - Tunisie ■

L'interdiction de la revente à perte entre professionnels ne constitue pas une pratique commerciale déloyale au sens de la Directive n°2005/29/CE du 11 mai 2005

Cass. crim., 19 décembre 2017, n°17-83.867

Ce qu'il faut retenir :

La Cour de cassation sanctionne la pratique de la revente à perte effectuée entre professionnels et rappelle que la Directive n°2005/29/CE du 11 mai 2005 condamnant les pratiques commerciales déloyales s'applique uniquement aux pratiques qui portent directement atteinte aux intérêts économiques des consommateurs et ne s'applique donc pas aux transactions entre professionnels. Le fait d'interdire la revente à perte entre professionnels est donc légitime, dès lors que cette pratique ne porte pas directement atteinte aux intérêts économiques des consommateurs.

Pour approfondir :

Une centrale d'achat achète des paires de baskets auprès de son fournisseur qu'elle revend ensuite aux magasins à un prix inférieur à leur prix d'achat effectif. Une action est alors engagée à l'encontre de la centrale d'achat pour infraction à la réglementation interdisant la pratique de la revente à perte.

L'article L.442-2 du Code de commerce prévoit en effet que « le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif est puni de 75.000 € d'amende. (...) ». Le texte ne donne aucune précision sur l'identité du destinataire de l'offre ou l'acheteur : l'interdiction s'applique donc, dès lors qu'une opération de « revente » est identifiée, que la pratique soit mise en œuvre à destination d'un professionnel ou d'un consommateur.

En première instance, le tribunal correctionnel n'a pas condamné la centrale d'achat pour pratiques de revente à perte. Un appel a été interjeté et la Cour d'appel de Rennes, par un arrêt du 28 avril 2016, a infirmé sur ce point le jugement rendu en première instance.

Pour sa défense, la centrale d'achat a soutenu que la réglementation française prohibant la revente à perte était inconventionnelle à la Directive n°2005/29/CE du 11 mai 2005 du Parlement européen et du Conseil de l'UE relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le

marché intérieur et à la position adoptée par la Cour de justice de l'Union européenne.

S'agissant tout d'abord de la Directive n°2005/29/CE, la centrale rappelle que le texte condamne les pratiques commerciales déloyales et qu'il pose deux conditions pour qu'une pratique commerciale soit considérée comme déloyale, à savoir : a) être « contraire aux exigences de la diligence professionnelle » et b) « altère[r] ou [être] susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs » (article 5 de la Directive). En substance, selon la centrale, le fait d'interdire la revente à perte porterait atteinte aux intérêts du consommateur, et serait par conséquent contraire aux dispositions de la Directive.

La centrale a également invoqué la décision de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) du 7 mars 2013 rendue à propos de la loi belge, laquelle prohibe la revente à perte, à l'instar du droit français. La centrale a ainsi relevé que, dans cette décision, la CJUE a rappelé que, par principe, la directive « doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une disposition nationale, telle que celle en cause au principal, qui prévoit une interdiction générale d'offrir à la vente ou de vendre des biens à perte, pour autant que cette disposition poursuit des finalités tenant à la protection des consommateurs ».

Il convient néanmoins de noter que la CJUE a toutefois estimé dans cette affaire qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer sur l'interprétation du droit interne et de déterminer si la réglementation de la revente à perte s'inscrivait dans le cadre d'une pratique commerciale déloyale (CJUE, ord. 7 mars 2013, aff. C-343/12).

En définitive, la centrale a soutenu que le fait d'interdire la revente à perte porterait atteinte aux intérêts du consommateur et que l'interdiction posée par l'article L.442-2 du Code de commerce constituerait ainsi une pratique commerciale déloyale au sens de la Directive du 11 mai 2005 ; la centrale en déduisait que la réglementation française prohibant la revente à perte serait ainsi inconventionnelle avec la Directive et la position de la CJUE.

La Haute Cour a cependant approuvé la position adoptée par les juges du fond en ce qu'ils ont condamné la centrale d'achat pour infraction à l'interdiction de la revente à perte.

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

■ Bordeaux - Chambéry - Clermont-Ferrand - Grenoble - Le Havre - Rouen - Saint-Denis (La Réunion) - Saint-Etienne - Strasbourg - Toulouse ■
■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Côte d'Ivoire - Égypte -
Emirats Arabes Unis - Estonie - États-Unis - Hongrie - Île Maurice - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Oman - Paraguay - Pérou -
RD Congo - Sénégal - Thaïlande - Tunisie ■

La Cour de cassation, pour confirmer la condamnation de la centrale, a relevé qu'en l'espèce la pratique litigieuse avait été mise en œuvre entre professionnels : la centrale d'achat avait revendu à des professionnels, des produits à un prix inférieur à leur prix d'achat effectif. Dans ce contexte, la Cour de cassation a considéré que la Directive invoquée par la centrale ne trouvait pas à s'appliquer.

En effet, la Cour a estimé que la Directive prohibant les pratiques commerciales déloyales ne s'appliquait « *qu'aux pratiques qui portent directement atteinte aux intérêts économiques des consommateurs et, ainsi, ne s'applique pas aux transactions entre professionnels* ». La Haute Cour a ainsi considéré que dès lors que la pratique litigieuse ne concernait que des professionnels, elle ne pouvait pas directement porter atteinte aux intérêts du consommateur ; en conséquence, les conditions posées par l'article 5 de la Directive pour considérer qu'une pratique commerciale est déloyale ne seraient pas remplies.

Selon la Cour de cassation, l'interdiction de la revente à perte viserait donc à protéger prioritairement la concurrence et, en conséquence, ne tomberait pas sous le coup de l'application de la Directive prohibant les pratiques commerciales déloyales. Ainsi, lorsque la pratique commerciale - en l'occurrence la revente à perte - n'aurait pas pour finalité de protéger les consommateurs mais d'éliminer du marché les distributeurs locaux et d'accaparer ensuite le marché pour pratiquer des prix normaux, voir supérieurs, alors l'interdiction de cette pratique serait dans ce cas justifiée et ne serait pas in conventionnelle.

Il convient toutefois de souligner que la Chambre criminelle de la Cour de cassation a souligné que la Directive n'avait pas vocation à s'appliquer dès lors que la pratique litigieuse en cause avait été mise en œuvre « entre professionnels ». Cela signifie-t-il que la prohibition de la revente à perte pourrait être condamnée, au regard de la Directive, dans l'hypothèse où elle serait mise en œuvre directement à l'encontre de consommateurs et qu'une telle pratique pourrait ainsi « directement » leur porter atteinte ? Il conviendra de suivre les prochaines décisions qui seront rendues par la Cour de cassation sur ce sujet.

A rapprocher : article L.442-2 du Code de commerce ; Directive n°2005/29/CE du 11 mai 2005 du Parlement européen et du Conseil de l'UE relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et à la

position adoptée par la Cour de justice de l'Union européenne ; CJUE, ord. 7 mars 2013, aff. C-343/12.

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE & NOUVELLES TECHNOLOGIES

Appréciation du caractère distinctif d'un signe lors du dépôt de la marque

CA Versailles, 20 février 2018, n°17/06661

Ce qu'il faut retenir :

**Lors du dépôt d'une demande d'enregistrement de
marque l'INPI apprécie le caractère distinctif du signe.
Les décisions sont susceptibles de recours.**

Pour approfondir :

Lors du dépôt d'une demande d'enregistrement de
marque l'INPI apprécie le caractère distinctif du signe.
Les décisions sont susceptibles de recours.

C'est précisément à l'occasion d'un tel recours que la
Cour d'appel de Versailles a été amenée à apprécier le
caractère distinctif du terme « EQUATORIALE » déposé
pour désigner des produits de la classe 30 en particulier
« *chocolats et produits de chocolat, confiserie* ».

Selon l'article L711-2 du code de la propriété
intellectuelle : « *Sont dépourvus de caractère distinctif :*

- a) *Les signes ou dénominations qui, dans le langage courant ou professionnel, sont exclusivement la désignation nécessaire, générique ou usuelle du produit ou du service ;*
- b) *Les signes ou dénominations pouvant servir à désigner une caractéristique du produit ou du service, et notamment l'espèce, la qualité, la quantité, la destination, la valeur, la provenance géographique, l'époque de la production du bien ou de la prestation de service ;*
- c) *Les signes constitués exclusivement par la forme imposée par la nature ou la fonction du produit, ou conférant à ce dernier sa valeur substantielle. »*

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

■ Bordeaux - Chambéry - Clermont-Ferrand - Grenoble - Le Havre - Rouen - Saint-Denis (La Réunion) - Saint-Etienne - Strasbourg - Toulouse ■
■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Côte d'Ivoire - Égypte -
Emirats Arabes Unis - Estonie - États-Unis - Hongrie - Île Maurice - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Oman - Paraguay - Pérou -
RD Congo - Sénégal - Thaïlande - Tunisie ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

Le déposant soutenait que la dénomination EQUATORIALE ne peut pas désigner une caractéristique de qualité d'un chocolat puisque tous les chocolats sont fabriqués à partir de cacao provenant de régions situés sur ou près de l'équateur. Il considérait également que la dénomination comporte une part de fantaisie suffisante pour constituer une marque valable distinguant les produits de ceux qui ont une autre origine commerciale. Selon lui encore, si le signe est susceptible d'évoquer la partie géographique des pays et régions proches de l'équateur, il reste purement évocateur sans autre considération tenant à la provenance géographique ou à la qualité des produits.

Ces arguments ne vont pas convaincre la Cour.

Selon les juges l'adjectif EQUATORIALE qualifiant les régions situées aux alentours de l'équateur, cet adjectif, y compris dans sa forme substantivée, n'est pas seulement évocateur mais descriptif de la zone géographique équatoriale, faisant partie du langage courant, pour la désigner. Si un grand nombre de pays se trouve situé dans cette région, il n'en demeure pas moins que l'indication EQUATORIALE est descriptive d'une origine géographique.

Le consommateur d'attention moyenne, normalement informé, raisonnablement attentif et avisé, qui amalgamera le cacao au chocolat, percevra le signe EQUATORIALE comme la référence à cette zone géographique réputée pour la culture des fèves de cacao, matière première essentielle des chocolats et produits du chocolat.

En définitive, selon les juges, la descriptivité du signe EQUATORIALE découle du lien existant entre l'origine et la qualité des produits, cette origine équatoriale ayant pour dessein d'attirer le consommateur sur leur qualité particulière.

Les juges ajoutent qu'il existe un intérêt général à préserver la disponibilité du terme EQUATORIALE qui doit pouvoir être utilisé par les opérateurs du domaine du chocolat et de la confiserie concernés par cette même information.

A rapprocher : article L.711-2 du code de la propriété intellectuelle

Service après-vente en ligne non sécurisé : DARTY condamné par la CNIL à 100.000 € d'amende !

Délibération de la CNIL n°SAN-2018-001 du 8 janvier 2018

Ce qu'il faut retenir :

LA CNIL a prononcé une sanction de 100.000 euros à l'encontre de la société DARTY pour manquement à son obligation de sécurité. En effet, à la suite d'une alerte puis d'un contrôle de vérification en ligne, la CNIL a constaté qu'une faille de sécurité permettait d'accéder librement à l'ensemble des demandes et des données renseignées par les clients de la société, via un formulaire en ligne de demande de service après-vente.

Pour approfondir :

Le 27 février 2017, l'éditeur d'un site internet spécialisé dans la sécurité des systèmes d'information a informé les services de CNIL qu'une violation de **données à caractère personnel** à partir de l'URL <http://darty.epticahosting.com/selfdarty/register.do> permettrait d'accéder à plusieurs milliers de données de clients de la société.

La CNIL a alors procédé à des missions de contrôle en ligne et sur place au sein des locaux de la société DARTY.

A l'occasion du contrôle en ligne, la CNIL a constaté que l'URL en cause renvoyait vers un formulaire permettant aux clients de la société de déposer une demande de service après-vente. Une fois le formulaire obligatoirement renseigné d'une adresse électronique et d'un mot de passe, un lien hypertexte correspondant au numéro d'enregistrement de la demande permettait d'accéder à son suivi. La délégation a constaté que cet identifiant était contenu dans l'adresse URL. En modifiant le numéro d'identifiant dans cette adresse URL, les fiches de demande de service après-vente remplies par d'autres clients de la société devenaient accessibles.

Lors du contrôle sur place effectué au sein des locaux de DARTY, la CNIL a constaté que DARTY utilisait pour la gestion des demandes de service après-vente de ses clients un outil fourni par son sous-traitant, la société EPTICA.

Ce logiciel de service après-vente était alimenté par trois sources :

- le formulaire de demande de service après-vente accessible depuis le site de la société, www.darty.com ;
- les demandes adressées par courrier électronique à une adresse dédiée ;
- le formulaire accessible depuis l'URL litigieuse.

Ce dernier formulaire, à l'origine de la violation des données correspond au formulaire natif développé et commercialisé par la société EPTICA dans sa solution de gestion des demandes de service après-vente et pour lequel la société EPTICA n'avait pas mis en place de filtrage des adresses URLs.

DARTY a précisé qu'elle ne l'utilisait pas et qu'il n'aurait pas dû être accessible.

Pourtant, lors du contrôle fait par la CNIL, il a été constaté que les fonctionnalités du logiciel rendant accessible ce formulaire n'avaient pas été désactivées.

A ce titre, la CNIL a considéré qu'une bonne pratique en matière de sécurité des systèmes informatiques consiste à désactiver les fonctionnalités ou modules d'un outil qui ne seraient pas utilisés ou pas nécessaires.

Par ailleurs, il était évident que le sous-traitant de DARTY ne présentait pas un niveau de sécurité adéquat. Le simple fait que DARTY fasse appel à un prestataire sous-traitant ne la décharge pas de son obligation de préserver la sécurité des données traitées pour son compte, en sa qualité de responsable du traitement.

Dès lors, DARTY aurait dû s'assurer préalablement à l'utilisation du logiciel de service après-vente, que les règles de paramétrage de l'outil mis en œuvre pour son compte ne permettaient pas à des tiers non autorisés d'accéder aux données des clients.

L'absence de vulnérabilité fait partie des tests élémentaires qui doivent être réalisés par une société en matière de sécurité des systèmes d'information selon la CNIL.

Dans la mesure où des fiches des clients étaient toujours accessibles entre le premier et le second contrôle de la CNIL et que de nouvelles fiches avaient été créées dans ce laps de temps, la formation restreinte a considéré que le manquement à l'obligation de sécurité était caractérisé.

Partant, la CNIL a prononcé une sanction d'un montant de 100.000 euros à l'encontre de la société DARTY. Le montant faible de la sanction a été déterminé en considération de la bonne coopération de DARTY avec les services de la CNIL et de son initiative de diligenter un audit de sécurité après cette atteinte à la sécurité.

A noter que ce même contrôle aurait pu donner lieu à des sanctions beaucoup plus lourdes à l'encontre de DARTY s'il s'était déroulé après l'entrée en application du Règlement européen sur la protection des données personnelles qui prévoit pour ce type de violation des sanctions pouvant atteindre 10.000.000 d'euros ou 2% du chiffre d'affaire mondial de DARTY et aurait également engagé directement la responsabilité de son prestataire la société EPTICA.

A rapprocher : article 34 et article 35 de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 dite loi informatique et libertés.

Règlement européen sur la protection des données (RGPD)

J - 80 : comment la CNIL gère-t-elle cette période transitoire ?

Ce qu'il faut retenir :

Afin d'accompagner au mieux les entreprises dans leur mise en conformité avec le Règlement européen sur la protection des données, la CNIL concentre tous ses efforts et ressources dans l'élaboration d'outils d'aide à la mise en conformité et abandonne progressivement certaines de ses prérogatives telles que la délivrance de labels ou d'autorisation de traitement.

Pour approfondir :

A quelques jours de l'entrée en application du Règlement européen sur la protection des données (« RGPD ») et dans l'attente de la nouvelle loi « CNIL » actuellement en discussion au Parlement, beaucoup d'entreprises ne savent pas comment gérer au quotidien la protection des données personnelles durant cette période transitoire.

Dans l'attente de l'entrée en application du **RGPD**, les dispositions de la loi informatique et libertés restent pleinement applicables. Toutefois, afin de faciliter le passage au règlement, la CNIL prévoit un mode de fonctionnement transitoire.

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

■ Bordeaux - Chambéry - Clermont-Ferrand - Grenoble - Le Havre - Rouen - Saint-Denis (La Réunion) - Saint-Etienne - Strasbourg - Toulouse ■
■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Côte d'Ivoire - Égypte -
Emirats Arabes Unis - Estonie - États-Unis - Hongrie - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Oman - Paraguay - Pérou -
RD Congo - Sénégal - Thaïlande - Tunisie ■

Par trois communiqués de presse en date du 19, 23 et 26 février 2018, la CNIL a apporté quelques précisions sur son mode de fonctionnement et ses attentes durant cette période de transition vers le nouveau cadre de protection.

1. – Le sort des formalités préalables et demandes d’instruction en cours

Tant que le RGPD n’est pas entré en application ce sont les dispositions de la loi informatique et libertés qu’il faut appliquer.

La loi informatique prévoit notamment des obligations de formalités préalables à la mise en œuvre d’un traitement de données à caractère personnel.

Pourtant, la CNIL annonce d’ores et déjà qu’elle ne sera pas en mesure de traiter, dans le délai imparti, l’ensemble des demandes qui lui sont soumises notamment les demandes d’autorisation qu’elle a déjà reçues et qui sont en cours d’instruction ou qui lui seront adressées d’ici le 24 mai 2018.

Dès lors, la CNIL appelle les entreprises à privilégier dès à présent les actions de mise en conformité avec les règles de fond du RGPD et à préparer si nécessaire une analyse d’impact, en s’appuyant sur les outils d’aide mis à disposition par la CNIL. Cette analyse d’impact est notamment obligatoire pour les traitements antérieurs au 25 mai 2018 n’ayant pas fait l’objet de formalités préalables auprès de la CNIL.

S’agissant particulièrement des demandes de label CNIL, la Commission met progressivement fin à son activité de labellisation au profit de la nouvelle procédure de certification prévue par le RGPD.

Afin de ne plus délivrer de label à compter du 25 mai 2018, la CNIL refusera d’instruire tout dossier qui lui sera soumis après le 30 mars prochain.

Les derniers labels resteront valables pendant toute la période d’échéance à l’issue de laquelle leurs bénéficiaires ne pourront plus demander leur renouvellement auprès de la CNIL mais devront se rapprocher de certificateurs, qui procèderont à l’instruction de leurs demandes.

A ce titre, Le Règlement européen et le projet de loi actuellement en discussion au Parlement prévoient en lieu et place des labels CNIL des certifications délivrées par des organismes certificateurs agréés par la CNIL ou

accrédités par l’organisme national d’accréditation (COFRAC).

Une certification de Délégués à la Protection des Données est ainsi en cours d’élaboration.

2. – Les outils de mise en conformité à disposition des entreprises

Afin d’aider les entreprises à anticiper les impacts du RGPD, la CNIL a élaboré un certain nombre d’outils d’aide à la mise en conformité.

En effet, d’ici le 25 mai 2018, la CNIL a d’ores et déjà mis à disposition des entreprises les outils d’anticipation suivants :

- ✓ La méthode en 6 étapes pour se préparer au RGPD
- ✓ La foire aux questions disponible sur son site internet ;
- ✓ Le logiciel PIA, qui facilite la réalisation des analyses d’impact sur la protection des données ;
- ✓ Un modèle de registre.

Par ailleurs, ces outils seront bientôt complétés puisque la CNIL publiera bientôt des modèles-type de mentions d’information, de formulaires de recueil du consentement ainsi qu’un formulaire de désignation du délégué à la protection des données.

De plus, la CNIL prépare la rédaction de référentiels pour guider les professionnels dans leurs démarches de conformité. Ces référentiels seront essentiellement fondés sur des normes déjà adoptées par la CNIL sous la forme d’autorisations uniques, normes simplifiées, packs de conformité, etc.

Par ailleurs, pour simplifier l’interprétation des dispositions du RGPD, la CNIL élabore actuellement la liste des traitements obligatoirement soumis à analyse d’impact et la liste des traitements pour lesquels, au contraire, aucune analyse n’est requise.

Enfin, des actions plus spécifiques à certaines structures ou types d’entreprises sont également à venir. Un « pack TPE-PME » élaboré par la CNIL, en partenariat avec la Banque publique d’investissement (BPI), sera bientôt publié.

Initialement prévu pour la fin d’année 2017, dans son communiqué en date du 19 février dernier la CNIL a annoncé sa publication à la fin du mois de mars 2018.

3. – Que se passera-t-il le 25 mai 2018 ?

Face au renforcement important du montant des sanctions beaucoup se demandent comment les contrôles de la CNIL se dérouleront à compter de l'entrée en application du RGPD.

Pour la CNIL il est certain que le 25 mai 2018 n'est pas une date couperet mais une marche à monter. D'une manière générale, ses pouvoirs de contrôle restent inchangés et elle continuera à procéder à des vérifications dans les locaux des organismes, en ligne, sur audition et sur pièces dans les mêmes conditions. Toutefois, dans le cadre de ses contrôles, la CNIL prononcera ses décisions en distinguant deux types d'obligations.

D'une part, les principes fondamentaux de la protection des données restent inchangés et continueront à faire l'objet de vérifications strictes et rigoureuses par la CNIL.

D'autre part, les nouvelles obligations et nouveaux droits résultant du RGPD (tels que le droit à la portabilité, les analyses d'impact, etc.) pour lesquelles les contrôles auront essentiellement pour but, dans un premier temps, d'aider et accompagner les entreprises à comprendre les impacts du RGPD et à trouver comment implémenter ces nouvelles obligations.

Pour être prêt au 25 mai 2018 et identifier l'ensemble des actions de mise en conformité avec le RGPD, l'audit de conformité est l'étape préalable et incontournable.

Seul un diagnostic de l'existant et une analyse traitement par traitement pourront faire apparaître les écarts de conformité avec le RGPD et les actions correctives à mettre en place.

Pour se prémunir contre des sanctions lourdes, cet audit sera notamment l'occasion de déceler des points de non-conformité aux principes fondamentaux et obligations préexistantes pour lesquels la mise en conformité doit intervenir sans délais.

A rapprocher : L'actualité de la CNIL ; Règlement européen sur la protection des données personnelles

IMMOBILIER – CONSTRUCTION URBANISME

Fixation conventionnelle du loyer et renonciation à la procédure de révision judiciaire

Cass. civ. 3^{ème}, 15 février 2018, n°17-11.866 et 17-11.867, Publié au Bulletin

Ce qu'il faut retenir :

La fixation conventionnelle du loyer librement intervenue entre les parties emporte renonciation à la procédure de révision judiciaire du loyer et constitue une modification notable de leurs obligations respectives intervenue en cours de bail dans des conditions étrangères à la loi et justifiant donc, par elle-même, le déplaçonnement du loyer.

Pour approfondir :

En l'espèce, une caisse de retraite aux droits de laquelle se trouve une SCI, concède à une société deux baux commerciaux portant sur des locaux contigus. Le 17 janvier 2012, la bailleuse engage une procédure en fixation des loyers révisés.

Le 21 février 2013, le locataire initie une procédure en renouvellement des deux baux à compter du 1^{er} avril 2013 aux conditions antérieures.

Par deux avenants du 7 mars 2014, les parties décident de mettre fin aux procédures de révision et réajustent les loyers à compter du 1^{er} janvier 2012 jusqu'au 31 mars 2013. La bailleuse demande la fixation à la valeur locative des loyers du bail renouvelé à compter du 1^{er} avril 2013. Le locataire fait grief à l'arrêt d'accueillir la demande de la bailleuse et se pourvoit en cassation, considérant que la cour d'appel d'avoir violé les articles L. 145-34, dans sa rédaction applicable à l'espèce, et R. 145-8 du Code de commerce.

La Cour de cassation rejette les pourvois et déclare non fondé le moyen selon lequel la fixation consensuelle du loyer ne constitue pas une modification notable des obligations des parties justifiant le déplaçonnement du loyer :

« Mais attendu que la cour d'appel a exactement retenu que la fixation conventionnelle du loyer librement intervenue entre les parties emportait renonciation à la procédure de révision judiciaire du loyer et constituait une modification notable des obligations respectives des parties intervenue en cours de bail dans des conditions étrangères à la loi et justifiant, à elle seule, le déplaçonnement ».

A rapprocher : Cass. civ. 3^{ème}, 4 avr. 2001, n° 99-18.899, Bull. civ. III, n° 43

Bail commercial et désamiantage : extension de l'obligation de délivrance du bailleur

Cass. civ. 3^{ème}, 18 janvier 2018, n°16-26.011

Ce qu'il faut retenir :

Le bailleur, tenu d'une obligation de délivrance à l'égard du preneur, doit prendre en charge les travaux de désamiantage et ses conséquences alors même que le désamiantage n'a été rendu nécessaire que par les seuls travaux d'aménagement du preneur.

Pour approfondir :

Une association prend un immeuble à bail auprès d'une SCI, pour une destination de crèche. Pour le financement, la conception et la réhabilitation de l'immeuble, l'association conclut en amont un contrat de promotion immobilière.

Le bail comportait en annexe un diagnostic technique amiante (DTA) établi à la demande du bailleur, indiquant que l'immeuble ne comportait ni matériau ni produit contenant de l'**amiante**.

Cependant, au cours des travaux d'aménagement, des plaques de fibrociment contenant de l'amiante sont découvertes en toiture, impliquant un surcoût ainsi que des retards importants de livraison et dont l'association réclame le remboursement auprès de son bailleur.

La Cour d'appel de Versailles (Versailles, 20 septembre 2016, n°15/01490) rejette les demandes de l'association, exonérant ainsi le bailleur pour les motifs suivants :

- la loi en vigueur au moment de la conclusion du bail (décret n°96-97 du 7 février 1996 modifié par le décret du 3 mai 2002) ne stipulait pas

l'obligation pour le propriétaire de diagnostiquer la présence d'amiante dans les toitures ;

- le promoteur immobilier, engagé envers le preneur avant la conclusion du bail, était tenu d'une obligation de contrôler la conformité de l'immeuble et son opération aux règles relatives à la présence d'amiante (article 1831-1 du Code civil) ;
- l'association ne pouvait se prévaloir de son ignorance alors qu'elle avait connaissance du détail des travaux à réaliser en toiture et donc de la potentielle présence de matériaux susceptibles de contenir de l'amiante alors que le DTA ne portait pas sur la toiture.

La Cour de cassation casse l'arrêt au motif que :

« les obligations pesant sur le promoteur immobilier envers le preneur, au titre des travaux de réhabilitation d'un immeuble loué, n'exonèrent pas le bailleur, tenu d'une obligation de délivrance, de la prise en charge des travaux nécessaires à l'activité stipulée au bail, sauf clause expresse contraire. La Cour d'appel, qui s'est déterminée par des motifs impropres à caractériser une exonération du bailleur, prive sa décision de base légale ».

Elle vient contredire ici sa précédente jurisprudence selon laquelle le bailleur avait rempli son obligation de délivrance dès lors que le désamiantage avait été rendu nécessaire par les travaux d'aménagement décidés par le preneur. Dans cette précédente espèce, la Cour avait estimé que l'enlèvement du flockage contenant de l'amiante n'aurait pas été nécessaire si le locataire n'avait pas entrepris de travaux qu'elle qualifie « d'embellissement » ; ce dernier devant par conséquent en assumer la charge (**Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} juillet 2003, n°02-15.570**).

Il s'agit là d'une décision d'une grande sévérité pour le bailleur mais qui tient peut-être aussi à la destination prévue au bail, à savoir celle de crèche.

Conseil pratique : Lors d'une prise à bail, le DTA transmis par le bailleur au preneur n'est pas un élément d'information suffisant pour s'assurer de l'absence d'amiante dans les locaux. En effet, le DTA est un diagnostic réalisé par contrôle visuel et non destructif.

Or, si des travaux d'aménagement dans les locaux sont d'ores et déjà prévus, il est impératif pour le preneur mais également pour le bailleur, comme l'illustre l'arrêt, de s'assurer de l'absence d'amiante qui serait découverte à cette occasion (en toiture notamment).

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

■ Bordeaux - Chambéry - Clermont-Ferrand - Grenoble - Le Havre - Rouen - Saint-Denis (La Réunion) - Saint-Etienne - Strasbourg - Toulouse ■
■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Côte d'Ivoire - Égypte -
Emirats Arabes Unis - Estonie - États-Unis - Hongrie - Île Maurice - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Oman - Paraguay - Pérou -
RD Congo - Sénégal - Thaïlande - Tunisie ■

Dans ces conditions, nous recommandons de faire réaliser au préalable de la signature du bail un diagnostic amiante avant travaux (DAAT) afin de traiter la question de la prise en charge des travaux de désamiantage. Ce diagnostic devra quoiqu'il en soit être obligatoirement établi avant le commencement des travaux (article R.4412-97 du Code du travail).

A rapprocher : Art. R.4412-97.-I. du Code du travail modifié par le **décret n°2017-899 du 9 mai 2017** relatif au repérage de l'amiante : « *Le donneur d'ordre, le maître d'ouvrage ou le propriétaire d'immeubles par nature ou par destination, d'équipements, de matériels ou d'articles qui décide d'une opération comportant des risques d'exposition des travailleurs à l'amiante fait réaliser la recherche d'amiante mentionnée à l'article L. 4412-2 dans les conditions prévues par le présent paragraphe.* » ; **Cass. civ. 3^{ème}, 14 septembre 2017, n°16-21.942**

Droit de repentir et prescription de l'action en paiement de l'indemnité d'occupation

Cass. civ. 3^{ème}, 18 janvier 2018, n°16-27.678, P+B

Ce qu'il faut retenir :

Dans le cas particulier de l'exercice par le bailleur de son droit de repentir, le bail renouvelé ne prend effet qu'à compter de la notification au preneur de l'intention du bailleur de renouveler le bail. Une indemnité d'occupation est alors due par le preneur pour la période séparant l'expiration du bail de la prise d'effet du bail renouvelé.

La prescription biennale de l'action en paiement de l'indemnité d'occupation ne commence alors à courir qu'à partir du moment où le droit du preneur au bénéfice d'une indemnité d'éviction est définitivement consacré, date qui peut donc différer de la date d'expiration du bail.

Pour approfondir :

Par acte du 19 juin 2008, le bailleur avait signifié au preneur un refus de renouvellement sans offre de paiement d'une indemnité d'éviction pour le bail commercial arrivant à expiration le 29 septembre 2008. Le preneur l'avait alors classiquement assigné en contestation des motifs du congé et en fixation du

montant de l'indemnité d'éviction et s'était maintenu dans les lieux.

Ce n'est que le 24 septembre 2013, soit 5 ans plus tard, que le bailleur avait introduit une demande en paiement d'une indemnité d'occupation pour la période d'occupation postérieure à l'expiration du bail pendant laquelle le preneur s'était maintenu dans les lieux.

A la suite du jugement du 16 juin 2015 ayant fixé le montant dû au titre de l'indemnité d'éviction, le bailleur a finalement exercé son droit de repentir.

En appel, les juges du fond considèrent que la prescription biennale avait commencé à courir le lendemain de la date d'expiration du bail, soit le 30 septembre 2008 et déboutent le bailleur de sa demande en paiement d'une indemnité d'occupation. Ils déclarent son action prescrite en application de l'article L.145-60 du Code de commerce et le condamnent à restituer toutes les sommes versées par le preneur dans la limite d'un délai de 5 ans avant la demande formulée pour la première fois dans ses écritures du 30 juin 2014 (soit une somme de 1 076 748 € depuis le 1^{er} juillet 2009).

La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel et rappelle les règles encadrant le point de départ de l'action en paiement d'une indemnité d'occupation fondée sur l'article L.145-28 du Code de commerce : ce délai « *ne peut commencer à courir avant le jour où est définitivement consacré, dans son principe, le droit du preneur au bénéfice d'une indemnité d'éviction* ».

L'action en paiement de l'indemnité d'occupation est liée au droit au maintien dans les lieux dont bénéficie le preneur dans l'attente du paiement de l'indemnité d'éviction. Le droit au paiement de cette indemnité d'éviction, dans son principe, n'était pas né au jour de l'expiration du bail et c'est pour cette raison que la prescription biennale ne pouvait commencer à courir avant le jugement du 16 juin 2015 qui a consacré le bénéfice du preneur au versement d'une indemnité d'éviction.

L'indemnité d'occupation de l'article L.145-28 du Code de commerce, dite « *statutaire* » doit correspondre à la valeur locative, fréquemment minorée d'un abattement de précarité, sans que le preneur ne puisse se prévaloir des règles de plafonnement du loyer. Elle peut donc, selon les cas, être plus élevée ou plus faible que le dernier loyer payé par le preneur.

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Côte d'Ivoire - Égypte - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Hongrie - Île Maurice - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Oman - Paraguay - Pérou -

RD Congo - Sénégal - Thaïlande - Tunisie ■

En l'absence de droit à l'indemnité d'éviction, l'article L.145-28 du Code de commerce ne s'applique pas et l'indemnité d'occupation due par le preneur en cas de maintien dans les lieux sera une indemnité dite « de droit commun » devant compenser l'entier préjudice causé au bailleur par l'occupation induite : elle doit représenter au minimum la valeur locative mais peut même lui être supérieure, puisqu'elle doit réparer tous les préjudices subis par le bailleur du fait de l'occupation.

Cet arrêt est également l'occasion de rappeler la période d'exigibilité de l'indemnité d'occupation en cas d'exercice du repentir par le bailleur postérieurement au jugement arrêtant le montant de l'indemnité d'éviction.

L'article L.145-12 du Code de commerce prévoit, à ce titre, qu'en cas de repentir du bailleur, le nouveau bail prend effet à partir du jour de la notification du bailleur de son intention de renouveler le bail au preneur par acte extra judiciaire.

A rapprocher :

- **Cass. civ. 3^{ème}, 23 mars 2011, n°10-13.898 et Cass. civ. 3^{ème}, 17 octobre 2012, n°11-22.920** : Le point de départ de l'action en paiement de l'indemnité d'occupation fondée sur l'article L.145-28 du Code de commerce ne peut commencer à courir avant le jour où le droit du preneur à une indemnité d'éviction est définitivement consacré.
- **Cass. civ. 3^{ème}, 14 septembre 2017, n°16-18.444** : Une cour d'appel ne peut se déclarer matériellement incompétente pour statuer sur la demande en paiement de l'indemnité d'occupation due pour la période s'étant écoulée entre l'échéance du bail et la date du repentir sur le fondement de l'article R.145-23 du Code de commerce qui détermine la compétence exclusive du Président du TGI pour la fixation des loyers révisés ou renouvelés et non pour la fixation du montant de l'indemnité d'occupation (compétence du TGI).

Vente à la découpe : inconstitutionnalité du droit de préemption des communes

Décision n°2017-683 QPC du 9 janvier 2018

Ce qu'il faut retenir :

Le Conseil Constitutionnel a déclaré inconstitutionnelles les dispositions de l'article 10 de la loi n°75-1351 du 31 décembre 1975 (modifiées par la loi n°2014-366 du 24 mars 2014) portant spécifiquement sur le droit de préemption - subsidiaire - des communes en cas de vente d'un immeuble à la découpe comme portant une atteinte disproportionnée au droit de propriété garanti par la Constitution.

Pour approfondir :

Le 9 octobre 2017, le Conseil d'État a renvoyé au Conseil Constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) portant sur le droit de préemption des locataires et occupants de bonne foi et des communes dans l'hypothèse d'une vente d'un ou plusieurs locaux à usage d'habitation (ou mixte d'habitation et professionnel) suite à la division initiale ou à la subdivision de tout ou partie d'un immeuble en lots.

La loi du 31 décembre 1975 relative à la protection des occupants de locaux à usage d'habitation a créé un droit de préemption au profit du locataire ou occupant de bonne foi d'un logement dans l'hypothèse d'une vente à la découpe (i.e. vente par appartement). Ce droit a ensuite été étendu aux communes par la loi du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové dans le but de protéger d'avantage les locataires contre des opérations purement spéculatives (v. article 10 de la loi du 31 décembre 1975).

En l'espèce, le propriétaire de plusieurs lots n'ayant fait l'objet d'aucune vente depuis la division initiale de l'immeuble a, lors d'un recours porté devant le Conseil d'État, soulevé une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit de l'article 10 de la loi du 31 décembre 1975 dans son ensemble.

Le Conseil d'État, considérant que cette question présentait un caractère sérieux, a choisi de la transmettre au Conseil Constitutionnel afin que la constitutionnalité des dispositions de l'article 10 soit tranchée.

Le requérant faisait notamment grief à la loi de ne pas fixer de délai maximum entre la division de l'immeuble en lots et l'exercice du droit de préemption par le locataire ou l'occupant. Il pointait également du doigt l'absence de motif d'intérêt général du droit de préemption créé au profit des communes par la loi du 24 mars 2014.

Le Conseil Constitutionnel a répondu à cette question prioritaire de constitutionnalité le 9 janvier 2018. Il rappelle que le droit de préemption, qui vient incontestablement restreindre les conditions d'exercice du droit de propriété, n'est conforme à la constitution que s'il est justifié par un objectif d'intérêt général et à condition qu'il ne constitue pas une atteinte disproportionnée à l'exercice du droit de propriété, pour en tirer les conséquences suivantes :

- **Constitutionnalité du droit de préemption des locataires/occupants**

Le Conseil Constitutionnel déclare les dispositions portant sur le droit de préemption des locataires ou occupants de bonne foi conformes à la Constitution. Il précise que ce droit de préemption ne s'exerce qu'à l'occasion de la première vente du local d'habitation consécutive à la division ou subdivision de l'immeuble. Il s'agit selon le Conseil Constitutionnel de permettre aux bénéficiaires de ce droit de conserver leur logement dans l'hypothèse où dans le cadre d'une opération spéculative ils se verraient par exemple délivrer congé à l'échéance de leur bail ou à l'expiration de leur titre d'occupation par l'acquéreur. En revanche, il émet une réserve d'interprétation estimant que cette protection ne se justifie plus pour les locataires ou occupants de bonne foi dont le bail ou l'occupation sont postérieurs à la division ou à la subdivision de l'immeuble.

- **En revanche, inconstitutionnalité du droit de préemption des communes**

Le Conseil Constitutionnel considère que la condition tenant à l'existence d'un objectif d'intérêt général est remplie, le législateur ayant eu en 2014 la volonté de protéger les locataires et occupants de bonne foi en étendant le droit de préemption de l'article 10 aux communes. Néanmoins, il relève que le législateur n'a

pas restreint l'usage que la commune pouvait faire du bien préempté.

Rien n'interdit par exemple à la commune de céder à nouveau ce bien après l'avoir préempté.

Le Conseil Constitutionnel revient également sur le fait qu'à défaut d'accord amiable, le prix de vente est fixé par le juge de l'expropriation et que dans cette hypothèse le propriétaire ne peut à nouveau disposer de son bien que passé un délai de 6 mois à compter de la décision de préemption de la commune, de la décision définitive du juge de l'expropriation ou de la date de l'acte ou du jugement d'adjudication.

Ainsi, le propriétaire peut se trouver contraint de céder à un prix fixé par le juge et les délais de vente peuvent être nettement allongés.

Le Conseil Constitutionnel juge que ces dispositions sont inconstitutionnelles car elles portent une atteinte disproportionnée au droit de propriété.

Rappel : Pour mémoire, quatre conditions sont nécessaires pour bénéficier du droit de préemption prévu à l'article 10 de la loi de 1975 :

- **1^{ère} condition tenant à l'objet de la vente :** bien vendu dans un immeuble initialement en pleine propriété ayant fait l'objet d'une division en lots de copropriété (ou à un partage de jouissance à temps complet). A l'inverse, ce droit de préemption ne peut jouer si l'immeuble est vendu dans son entier ou encore s'il est, depuis l'origine, soumis au régime de la copropriété.
- **2^{ème} condition tenant aux circonstances de la vente :** il doit s'agir de la première vente consécutive à la division de l'immeuble. La loi ne fixe aucun délai suivant la division à partir duquel le droit de préemption tomberait.
- **3^{ème} condition tenant à l'usage des locaux :** il doit s'agir de locaux à usage d'habitation ou mixte. Ce droit de préemption ne peut pas s'appliquer à des locaux commerciaux.
- **4^{ème} condition tenant aux bénéficiaires :** il s'agit du locataire du bien mis en vente ou de son occupant de bonne foi à la date de la vente, peu importe que le locataire ait pris à bail ou que l'occupant occupe effectivement les locaux postérieurement à la division initiale.

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Côte d'Ivoire - Égypte - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Hongrie - Île Maurice - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Oman - Paraguay - Pérou -

RD Congo - Sénégal - Thaïlande - Tunisie ■

Le locataire qui décide de ne pas préempter n'est pas pour autant déchu de son droit au bail, contrairement à ce que prévoit l'article 15 de la loi n°89-462 du 6 juillet 1989. Il pourra rester dans les locaux et le logement sera vendu occupé.

A rapprocher : Décision n°2000-436 DC du 7 décembre 2000 ; Décision n°2014-701 DC du 9 octobre 2014 ; Décision n°2017-748 DC du 16 mars 2017 ; Droit de préemption de l'article 15 de la loi du 6 juillet 1989 : les conséquences de la non acceptation de l'offre de vente sont différentes pour ce droit de préemption puisque dans cette hypothèse le locataire est déchu de son droit au bail.

INTERNATIONAL

Exportation et contrefaçon de marque : revirement de jurisprudence

Cass. com., 17 janvier 2018, n°15-29.276

Ce qu'il faut retenir :

L'usage en France d'une marque française sur des produits destinés à l'exportation en Chine constitue un acte de contrefaçon.

Pour approfondir :

L'arrêt de la Cour de cassation du 17 janvier 2018 opère un revirement de jurisprudence pour rétablir une solution conforme aux textes qui sanctionnent la contrefaçon de marque française, peu important si les produits revêtus de la marque sont destinés à l'exportation sur un marché où ils peuvent être licitement vendus.

L'affaire ayant conduit à cet arrêt opposait une société française (Castel) titulaire de marques française et européenne constituées d'une expression rédigée en langue chinoise dont la translittération en alphabet français se lit « Ka Si Té » (forme chinoise du terme « Castel »), aux personnes ayant effectué le dépôt d'une marque identique dont il était fait usage.

Les personnes poursuivies faisaient valoir que l'usage d'une marque française par un tiers uniquement pour procéder à la première mise sur le marché de produits

revêtus du signe incriminé dans un pays où il dispose de ce droit procède d'un motif légitime. Selon elles, le motif légitime résidait dans le fait que les produits revêtus de la marque étaient destinés à être exportés vers la Chine, où elles disposaient d'un droit de marque sur ledit signe.

La défense reposait sur une jurisprudence qui semblait établie depuis 2007 : la Cour de cassation (**Cass. com., 10 juillet 2007, n° 05-18.571**) avait introduit une exception dite de motif légitime en faveur de celui qui détenait des produits reproduisant une marque protégée en vue de leur exportation vers des pays tiers dans lesquels ils sont licitement commercialisés et sans être mis sur le marché en France.

La Cour de cassation revient sur cette exception dans cet arrêt rendu au visa des articles L.713-2 et L.716-10 du code de la propriété intellectuelle : le premier interdit la reproduction d'une marque et second prévoit l'interdiction de « a) *De détenir sans motif légitime, d'importer ou d'exporter des marchandises présentées sous une marque contrefaisante* »

La Cour justifie son revirement : « ... toutefois, les directives de l'Union européenne instituent, notamment par l'article 5, paragraphe 1, de la première directive 89/104/CEE du Conseil, du 21 décembre 1988, rapprochant les législations des États membres sur les marques, une harmonisation complète, en définissant le droit exclusif dont jouissent les titulaires de marques dans l'Union (CJUE, 20 novembre 2001, C-414/99 à C-416/99, Zino Davidoff et Levi Strauss, point 39 ; CJUE, 12 novembre 2002, C-206/01, Arsenal Football Club) ; que la solution retenue par l'arrêt précité ne fait donc pas une application correcte de ce principe d'harmonisation, puisque ni cette directive, ni celles adoptées par la suite, ne prévoient une telle exception, de sorte que le refus de constater la contrefaçon en pareil cas ne peut être maintenu ».

En l'espèce, la marque avait été apposée en France, territoire sur lequel elle était protégée, l'arrêt approuve donc les juges d'appel d'avoir considéré que la contrefaçon était caractérisée quand bien même les produits marqués étaient destinés à l'exportation vers la Chine. L'arrêt va donc dans le sens d'une meilleure protection des titulaires de marques et de la lutte contre la contrefaçon : les produits seraient-ils vendus à l'étranger, leur présence en France justifie de retenir la commission d'actes de contrefaçon.

A rapprocher : Articles L.713-2 et L.716-10 du code de la propriété intellectuelle

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Côte d'Ivoire - Égypte - Emirats Arabes Unis - Estonie - États-Unis - Hongrie - Île Maurice - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Oman - Paraguay - Pérou -

RD Congo - Sénégal - Thaïlande - Tunisie ■

ACTUALITÉ SIMON ASSOCIÉS

JANVIER 2018

IPEM

International Private Equity Market

[SIMON ASSOCIÉS](#) a participé à ce grand événement annuel

24 au 26 janvier 2018 – Cannes

[En savoir plus](#)

Bilan de l'année immobilière 2017

Petit-déjeuner formation organisé par [SIMON ASSOCIÉS](#)

Intervenants : [AMELIE PINÇON](#) et [ISABELLE ROBERT-VÉDIE](#)

26 janvier 2018 – Paris

[En savoir plus](#)

13^{èmes} Entretiens de la Sauvegarde

[SIMON ASSOCIÉS](#) a participé à cet événement organisé par l'[IFPPC](#)

29 janvier 2018 – Paris (Maison de la Chimie)

[En savoir plus](#)

Panorama de droit de la distribution et de la franchise

Comme chaque année, [SIMON ASSOCIÉS](#) a publié un Panorama des textes et de la jurisprudence rendue au cours de l'année 2017, en droit de la distribution et de la franchise

30 janvier 2018

[Voir le panorama](#)

FEVRIER 2018

La Journée du droit de la distribution et de la concurrence

Événement organisé par [LEXTENSO](#),

Intervention de [FRANÇOIS-LUC SIMON](#) sur « *L'instance de dialogue social dans les réseaux de franchise* »

2 février 2018 – Paris 7^{ème}

[En savoir plus](#)

Mettre en place le nouveau règlement de protection des données personnelles

Conférence et ateliers organisés par [SIMON ASSOCIÉS](#) et la [FEDERATION DE LA MAILLE & DE LA LINGERIE](#)

Intervenants : [FRANÇOIS-LUC SIMON](#), [AMIRA BOUNEDJOUR](#), [GAËLLE TOUSSAINT-DAVID](#) (Simon Associés)

et [XAVIER GUEANT](#) (Responsable affaires juridiques et environnementales, Fédération de la Maille & de la Lingerie)

6 février 2018 – Clichy

[En savoir plus](#)

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Côte d'Ivoire - Égypte -

Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Hongrie - Île Maurice - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Oman - Paraguay - Pérou -

RD Congo - Sénégal - Thaïlande - Tunisie ■

Comment se mettre en conformité avec le RGPD ?

Conférence organisée par [SIMON ASSOCIES](#) et NUMA Montpellier

Intervenants : [SOPHIE NAYROLLES](#) et [AMIRA BOUNEDJOUR](#)

8 février 2018 – Montpellier

[En savoir plus](#)

RGPD : êtes-vous prêts ?

[SIMON ASSOCIES](#) et [MTBA AVOCATS](#) ont organisé, en partenariat avec NUMA Toulouse, une conférence sur la mise en conformité avec le RGPD

Intervenants : [SOPHIE NAYROLLES](#), [AMIRA BOUNEDJOUR](#) et [OLIVIER TAMAIN](#)

13 février 2018 – Toulouse

[En savoir plus](#)

RGPD : quels sont les enjeux pour les retailers ?

Un événement organisé par [MDC](#), [ANIMATEUR D'ECOSYSTEMES](#), en partenariat avec [SIMON ASSOCIES](#)

15 février 2018 – Paris

[En savoir plus](#)

RGPD : aspects pratiques et concrets

Manifestation organisée par [PRAGMALEXIS](#), [SIMON ASSOCIES](#) et [NXO](#)

27 février 2018 – Saint-Gilles-les-Bains (La Réunion)

[En savoir plus](#)

MARS 2018

Géomarketing, Droit et Franchise

Conférence organisée par [TERRITOIRES & MARKETING](#), en partenariat avec [SIMON ASSOCIES](#)

Intervenants : [LAURENT KRUCH](#) et [FRANÇOIS-LUC SIMON](#)

8 mars 2018 – Paris

[En savoir plus et s'inscrire](#)

« Co-construction d'une roadmap RGPD et partage des retours d'expérience »

[SIMON ASSOCIES](#), en partenariat avec [WAVESTONE](#), organise un petit-déjeuner

sous forme d'ateliers collaboratifs autour du RGPD

15 mars 2018 – Nantes

[En savoir plus et s'inscrire](#)

Mise en conformité avec le RGPD : responsabilité et contrats

2^{ème} édition de la série « *La mise en conformité avec le RGPD en actions* » organisée par [SIMON ASSOCIES](#)

Intervenants : [FRANÇOIS-LUC SIMON](#) et [AMIRA BOUNEDJOUR](#)

20 mars 2018 – Paris

[En savoir plus et s'inscrire](#)

DERNIÈRES PLACES DISPONIBLES !

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

■ Bordeaux - Chambéry - Clermont-Ferrand - Grenoble - Le Havre - Rouen - Saint-Denis (La Réunion) - Saint-Etienne - Strasbourg - Toulouse ■
■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - Brésil - Bulgarie - Cameroun - Chili - Chine - Chypre - Colombie - Corée du Sud - Côte d'Ivoire - Égypte -
Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Hongrie - Île Maurice - Inde - Indonésie - Iran - Italie - Luxembourg - Maroc - Oman - Paraguay - Pérou -
RD Congo - Sénégal - Thaïlande - Tunisie ■

Gestion des baux commerciaux

Conférence organisée par [SIMON ASSOCIÉS](#) et [SYNERGEE](#)

Intervenants : [AMELIE PINÇON](#) et [LAURENT DUBERNAIS](#)

22 mars 2018 – Paris

[*En savoir plus et s'inscrire*](#)

Franchise Expo Paris 2018

[SIMON ASSOCIÉS](#) sera présent sur le stand **J.22** du **Village des Experts**

25-28 mars 2018 – Paris

[*En savoir plus*](#)