



SIMON ASSOCIÉS
RÉSEAU SIMON AVOCATS



LA LETTRE DES RESEAUX

JUILLET - AOÛT 2018

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 - BAHAMAS
BAHREÏN - BELGIQUE
BOLIVIE - BRÉSIL
BULGARIE - CAMBODGE
CAMEROUN - CHILI - CHINE
CHYPRE - COLOMBIE
CORÉE DU SUD - COSTA RICA
CÔTE D'IVOIRE - ÉGYPTÉ
EL SALVADOR
ÉMIRATS ARABES UNIS
ESTONIE - ÉTATS-UNIS
GUATEMALA - HONDURAS
HONGRIE - ÎLE MAURICE
INDE - INDONÉSIE - IRAN
ITALIE - LUXEMBOURG
MAROC - NICARAGUA
OMAN - PARAGUAY - PÉROU
PORTUGAL - RD CONGO
SENEGAL - SINGAPOUR
THAÏLANDE - TUNISIE
VENEZUELA

Conventions transnationales

www.simonassociés.com
www.lettredesreseaux.com



DISTRIBUTION	
La loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires Aperçu des impacts sur les réseaux de distribution et de franchise	p. 2
Des risques de requalification du contrat de gérance-mandat en contrat de travail Approche pratique et aperçu jurisprudentiel	p. 5
Du non-cumul du régime de la gérance-mandat avec celui des gérants de succursales Aperçu	p. 8
Sanctions du manquement par le franchiseur à son obligation d'information précontractuelle CA Bordeaux, 2 juillet 2018, n° 16/00666	p. 9
Présentation fautive du franchisé par le site internet du franchiseur CA Versailles, 3 juillet 2018, n°17/03926	p. 12
Validité du cautionnement donné par un dirigeant personne physique CA Amiens, 10 juillet 2018, n° 16/05577	p. 13
CONCURRENCE & CONSOMMATION	
La conformité douteuse de l'article L. 341-2 du Code de commerce au droit européen de la concurrence Etude et prospective	p. 15
Clause de non-concurrence introduite dans un contrat soumis à l'article L. 7322-1 du code du travail et contrepartie financière CA Aix-en-Provence, 1 ^{er} août 2018, n° 15/21146	p. 18
Vent de liberté sur les réseaux de distribution sélective Analyse de la jurisprudence	p. 19
Sanction de la violation par une plate-forme internet d'une interdiction de revente hors réseau CA Paris, 13 juillet 2018, n° 17/20787	p. 24
Bilan des sanctions prises par la DGCCRF au 1^{er} semestre 2018 en matière de délais de paiement interprofessionnels Communiqué du 24 juillet 2018	p. 28
PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE & NOUVELLES TECHNOLOGIES	
Nullité de la marque « Giant » : suite et fin CA Paris, 3 juillet 2018, n°17/17762	p. 29
Marques et référé : attention aux règles de procédure CA Douai, 12 juillet 2018, n°18/00232	p. 31
Fuite de plusieurs millions de données personnelles : Dailymotion sanctionnée par la CNIL Délibération de la CNIL n°SAN-2018-008 du 24 juillet 2018	p. 31
La CNIL conseille sur les modalités de recueil de consentement Actualités CNIL du 3 août 2018, Conformité RGPD : comment recueillir le consentement des personnes ?	p. 33
IMMOBILIER – CONSTRUCTION – URBANISME	
Bail commercial : incendie et responsabilité du bailleur Cass. civ. 3 ^{ème} , 12 juillet 2018, n°17-20.696, Publié au Bulletin	p. 34
Bail commercial et vente : un nouvel imprimé pour l'état des risques et de la pollution Arrêté du 13 juillet 2018 modifiant l'arrêté du 13 octobre 2005 portant définition du modèle d'imprimé pour l'établissement de l'état des risques naturels et technologiques	p. 35
De nouvelles mesures publiées pour lutter contre les recours abusifs Décret n°2018-617 du 17 juillet 2018 portant modification du CJA et du Code de l'urbanisme	p. 36
Vente immobilière et manœuvres dolosives du maître d'œuvre Cass. civ. 3 ^{ème} , 5 juillet 2018, n°17-20.121	p. 37
INTERNATIONAL	
La Franchise au Maroc Etude 2018	p. 38
ACTUALITÉ SIMON ASSOCIÉS	p. 44

DISTRIBUTION

La loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires

Aperçu des impacts sur les réseaux de distribution et de franchise

Ce qu'il faut retenir :

La loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires protège ce faisant le savoir-faire du franchiseur et plus largement du réseau. En prévoyant des sanctions énergiques et des mesures destinées à préserver le caractère secret du savoir-faire en cas de contentieux, le savoir-faire est mieux protégé que jamais. Ce dispositif novateur concerne aussi d'autres types de réseaux que les réseaux de franchise, dès lors que les conditions d'application de la loi sont vérifiées.

Pour approfondir :

1. Origine du dispositif. La loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires a été prise en transposition de la Directive n° 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites. Ses dispositions figurent pour l'essentiel dans un nouveau Titre V du Livre I du Code de commerce, intitulé « De la protection du secret des affaires », aux articles L. 152-1 et suivants.

La constitutionnalité de certaines dispositions de la loi ayant été soulevée devant le Conseil constitutionnel au titre de son pouvoir de contrôle *a priori*, celui-ci s'est prononcé dans une décision n°2018-768 DC du 26 juillet 2018. S'agissant d'examiner une loi transposant une Directive européenne, il s'est livré à son contrôle traditionnellement restreint : 1°/ de la conformité de la loi aux règles et principes inhérents « à l'identité constitutionnelle de la France » chaque fois qu'elle se borne à « tirer les conséquences nécessaires de dispositions inconditionnelles et précises » de la Directive, 2°/ de l'absence de « disposition législative manifestement incompatible avec la directive qu'elle a pour objet de transposer » (pt 4). En substance, le Conseil a considéré que les dispositions critiquées de la loi, à savoir celles définissant le secret d'affaires (v. *infra*, n° 3), celles prévoyant des exceptions à sa

protection, celles fixant des mesures propres à prévenir et à faire cesser des atteintes (v. *infra*, n° 7) et celles assurant sa protection par une adaptation de la procédure devant les juridictions (v. *infra*, n° 10), n'étaient pas contraires à la liberté d'expression et de communication, à la liberté d'entreprendre et à la Charte de l'environnement en ce qu'elle prévoit que « [l]a recherche et l'innovation doivent apporter leur concours à la préservation et à la mise en valeur de l'environnement » (art. 9).

Les conditions d'application de la loi devant être fixées par décret en Conseil d'État (art. L. 154-1 C. com.), il y a tout lieu de penser que le dispositif n'entrera en vigueur que lorsqu'un tel décret sera pris.

2. Premières vues. L'idée générale du dispositif est d'assurer la protection des investissements qui consistent en « l'obtention, le développement et l'utilisation de savoir-faire et d'informations qui constituent la monnaie de l'économie de la connaissance et qui confèrent un avantage concurrentiel » (Dir., considérant n° 1) et qui, ne pouvant faire l'objet de droits de propriété intellectuelle, tirent leur valeur de leur caractère secret.

La nécessité d'une protection découle du constat, d'après Bruxelles, que « [l]es entreprises innovantes sont de plus en plus exposées à des pratiques malhonnêtes, trouvant leur origine à l'intérieur ou en dehors de l'Union, qui visent l'appropriation illicite de secrets d'affaires, tels que le vol, la copie non autorisée, l'espionnage économique ou le non-respect d'exigences de confidentialité », pratiques facilitées notamment par « l'allongement des chaînes de distribution » (Dir., considérant n° 4).

La Directive a ce faisant pour objet de « rapprocher les droits des États membres de façon à garantir qu'il y ait des possibilités de réparation au civil suffisantes et cohérentes dans le marché intérieur en cas d'obtention, d'utilisation ou de divulgation illicite d'un secret d'affaires » (Dir., considérant n° 10). Précisément, la Directive « établit des règles protégeant les secrets d'affaires contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites » (Dir., art. 1). Il convient de relever qu'est réservée « la possibilité pour les États membres de prévoir une protection plus étendue contre l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite de secrets d'affaires, pour autant que les mesures de sauvegarde explicitement prévues par la présente directive pour protéger les intérêts d'autres parties soient respectées » (Dir., considérant n° 10).

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

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

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

3. Définition du secret d'affaires. Le secret d'affaires est défini comme « *toute information répondant aux critères suivants : 1° Elle n'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ; 2° Elle revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ; 3° Elle fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret.* » (art. L. 151-1 C. com. ; et V. art. 2 Dir. : « on entend par (...) «secret d'affaires», « des informations qui répondent à toutes les conditions suivantes : a) elles sont secrètes en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, elles ne sont pas généralement connues des personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre d'informations en question, ou ne leur sont pas aisément accessibles, b) elles ont une valeur commerciale parce qu'elles sont secrètes, c) elles ont fait l'objet, de la part de la personne qui en a le contrôle de façon licite, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrètes »).

Cette définition est suffisamment large pour comprendre le **savoir-faire du franchiseur**, pouvant être défini comme « un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du franchiseur et testées par celui-ci, ensemble qui est secret, substantiel et identifié » (Cass. com., 8 juin 2017, n°15-22.318). Ce dispositif concerne aussi d'autres types de réseaux que les réseaux de franchise, dès lors que les conditions d'application de la loi sont vérifiées.

4. Détenteurs légitimes d'un secret d'affaires. Est détenteur légitime d'un secret des affaires « celui qui en a le contrôle de façon licite » (art. L. 151-2 C. com.).

Certes, le premier détenteur légitime est bien le franchiseur, puisqu'il est question de son savoir-faire. Toutefois, dès lors que la franchise repose sur un transfert de savoir-faire du franchiseur au profit du franchisé et qu'elle suppose donc une licence de savoir-faire, on peut considérer que le franchisé est également un détenteur légitime de celui-ci (à cet égard, l'article L. 151-3 du Code de commerce qui prévoit que « [c]onstituent des modes d'obtention licite d'un secret des affaires : 1° Une découverte ou une création indépendante ; 2° L'observation, l'étude, le démontage ou le test d'un produit ou d'un objet qui a été mis à la

disposition du public ou qui est de façon licite en possession de la personne qui obtient l'information, sauf stipulation contractuelle interdisant ou limitant l'obtention du secret » aurait gagné à être complété, pour des raisons de clarté, par un alinéa prévoyant qu'un contrat est un mode d'obtention licite d'un secret des affaires).

En tout état de cause, la maîtrise qu'a le franchisé sur le savoir-faire est cantonnée à ce que le contrat conclu avec le franchiseur prévoit par un contrat minutieusement rédigé et garantissant évidemment le caractère secret du savoir-faire.

5. Divulgarion illicite du savoir-faire. Il y a divulgation illicite du savoir-faire notamment lorsqu'elle « est réalisée sans le consentement de son détenteur légitime par une personne (...) qui agit en violation d'une obligation de ne pas divulguer le secret ou de limiter son utilisation. » (art. L. 151-5 al. 1 C. com.). Le franchisé qui divulgue le savoir-faire qui lui a été transmis en contravention du contrat, par exemple à un tiers au réseau, se rend donc coupable d'une divulgation illicite.

Celui à qui a été divulgué de manière illicite un secret d'affaires et qui, le cas échéant, l'utilise ou le divulgue à son tour, commet également une faute : « - L'obtention, l'utilisation ou la divulgation d'un secret des affaires est aussi considérée comme illicite lorsque, au moment de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation du secret, une personne savait, ou aurait dû savoir au regard des circonstances, que ce secret avait été obtenu, directement ou indirectement, d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite (...) » (art. L. 151-6 C. com.). Autrement dit, le franchisé qui rejoint un réseau de distribution concurrent et divulgue au sein de ce réseau un savoir-faire commet une faute, ainsi que, le cas échéant, ceux des membres du réseau concurrent qui l'ont obtenu, utilisé voire divulgué tout en sachant (ou ne pouvant ignorer) qu'il s'agissait d'un secret d'affaires.

6. Nature de la protection du secret d'affaires. L'obtention, la divulgation ou l'utilisation illicite d'un secret d'affaires « engage la responsabilité civile de son auteur » (art. L. 151-2 C. com.). En droit français, une telle responsabilité sera de nature contractuelle ou extracontractuelle suivant que le fautif a méconnu ou non une obligation contractuelle qui le liait au détenteur légitime du secret. Le franchisé engagera ainsi sa responsabilité contractuelle cependant que le franchiseur d'un réseau concurrent qui se le serait vu transmettre par le franchisé engagerait sa responsabilité extracontractuelle.

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

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

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

Sur ce point, la loi nouvelle n'apporte rien, puisqu'une telle responsabilité pouvait déjà être retenue déjà en droit français en vertu des règles relatives à la responsabilité contractuelle et le principe général de responsabilité pour faute en matière extracontractuelle (art. 1240 et 1241 C. civ.). Quant à la prescription, qui est de « *cinq ans à compter des faits qui en sont la cause.* » (art. L. 152-2 C. com.), elle est celle du droit commun (art. 2224 C. civ. et L. 110-4 C. com.), sauf à relever qu'en droit commun, le point de départ est flottant (art. 2224 C. civ. : « *Les actions (...) se prescrivent (...) à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer.* »). Mais pourquoi en irait-il autrement ici ?

7. Sanctions spécifiques en cas de méconnaissance d'un secret d'affaires. La victime peut en premier lieu et bien évidemment prétendre à des dommages-intérêts (art. L. 152-3).

La nouveauté réside dans la fixation par la loi de règles d'évaluation : « *Pour fixer les dommages et intérêts dus en réparation du préjudice effectivement subi, la juridiction prend en considération distinctement : 1° Les conséquences économiques négatives de l'atteinte au secret des affaires, dont le manque à gagner et la perte subie par la partie lésée, y compris la perte de chance ; 2° Le préjudice moral causé à la partie lésée ; 3° Les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte au secret des affaires, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirés de l'atteinte.* ». Toutefois, il est prévu que « *[l]a juridiction peut, à titre d'alternative et sur demande de la partie lésée, allouer à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire qui tient notamment compte des droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le secret des affaires en question* » et que « *[c]ette somme n'est pas exclusive de l'indemnisation du préjudice moral causé à la partie lésée.* ».

Autrement dit, la victime peut obtenir soit une réparation de son préjudice réel, soit l'équivalent de ce qu'elle aurait obtenu si elle avait volontairement monnayé l'utilisation de savoir-faire.

La victime peut en deuxième lieu, en plus ou à la place des dommages-intérêts, obtenir « toute mesure proportionnée de nature à empêcher ou à faire cesser une telle atteinte » (art. L. 152-3 C. com.), tels que :

- l'interdiction des actes d'utilisation ou de divulgation d'un secret des affaires ainsi que des

actes de production, de commercialisation ou d'utilisation ou de stockage à ces fins des produits résultant de manière significative de l'atteinte au secret des affaires

- la destruction ou remise au demandeur, totale ou partielle, de tout document, objet, matériau, substance ou fichier numérique contenant le secret des affaires concerné ou dont il peut être déduit ;
- le rappel, la mise à l'écart, la modification afin de supprimer l'atteinte au secret, la destruction ou la confiscation au profit de la partie lésée des produits résultants de manière significative de l'atteinte au secret des affaires.

S'agissant des mesures d'interdiction, leur durée doit être « *suffisante pour éliminer tout avantage commercial ou économique que l'auteur de l'atteinte au secret des affaires aurait pu tirer de l'obtention, de l'utilisation ou de la divulgation illicite du secret des affaires* » (art. L. 152-3 C. com.). En tout état de cause, à la demande de l'auteur de l'atteinte, il peut être mis fin à ces mesures (essentiellement une mesure d'interdiction, qui a vocation à s'exécuter dans le temps), « *lorsque les informations concernées ne peuvent plus être qualifiées de secret des affaires (...) pour des raisons qui ne dépendent pas, directement ou indirectement, de lui.* ». On pense notamment en franchise à des mesures qui étaient destinées à protéger un savoir-faire qui a considérablement évolué depuis le prononcé des mesures destinées à assurer sa protection par le juge. La loi prévoit toutefois, à la demande de l'auteur de l'atteinte, lorsqu'il est de bonne foi, que le juge peut ordonner le versement d'une indemnité à la partie lésée au lieu de l'ensemble de ces mesures si trois conditions sont cumulativement remplies : « *au moment de l'utilisation ou de la divulgation du secret des affaires, l'auteur de l'atteinte ne savait pas, ni ne pouvait savoir au regard des circonstances, que le secret des affaires avait été obtenu d'une autre personne qui l'utilisait ou le divulguait de façon illicite* », l'exécution des mesures mentionnées à l'article L. 152-3 « *causerait à cet auteur un dommage disproportionné* », le versement d'une indemnité à la partie lésée « *paraît raisonnablement satisfaisant* » (art. L. 152-5 C. com.). En ce cas, l'indemnité « *ne peut être fixée à une somme supérieure au montant des droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser ledit secret des affaires pour la période pendant laquelle l'utilisation du secret des affaires aurait pu être interdite* » (art. L. 152-5 C. com.)

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

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

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

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

La victime peut, en troisième lieu, en vue de « *prévenir une atteinte imminente ou faire cesser une atteinte illicite à un secret des affaires* », obtenir des mesures provisoires et conservatoires (art. L. 152-4 C. com.), mais dont les modalités seront définies par un décret en Conseil d'État.

8. Publicité. Le juge peut ordonner « *toute mesure de publicité de la décision relative à l'obtention, l'utilisation ou la divulgation illicite d'un secret des affaires* », notamment son affichage ou sa publication intégrale ou par extraits dans des journaux ou sur des services de communication au public en ligne (art. L. 152-7 C. com.). Bien entendu, cette publicité ne doit pas elle-même porter atteinte au secret... (ibid).

9. Sanctions en cas de recours dilatoire ou abusif. Toute personne qui agit de manière dilatoire ou abusive peut être condamnée au paiement d'une amende civile dont le montant est plafonné à 20 % du montant de la demande de dommages et intérêts et, en l'absence de demande de dommages et intérêts, à 60 000 € (art. L. 152-8 C. Com.). C'est a priori donc bien davantage que les 10.000 euros encourus par l'auteur d'un recours abusif ou dilatoire en droit commun (art. 32-1 CPC : « *Celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 10 000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés.* »). Comme en droit commun, des dommages et intérêts peuvent par ailleurs être alloués à la partie victime de la procédure dilatoire ou abusive (art. L. 152-8 C. Com.).

10. Procédure. Lorsqu'il est allégué par une partie ou un tiers ou qu'il a été jugé qu'une pièce produite ou dont communication est demandée est de nature à porter atteinte à un secret des affaires, le juge peut, d'office ou à la demande d'une partie ou d'un tiers, si la protection de ce secret ne peut être assurée autrement et sans préjudice de l'exercice des droits de la défense (art. L. 153-1 C. com.) :

- prendre connaissance seul de cette pièce, décider de limiter la communication ou la production de cette pièce à certains de ses éléments, à un résumé, ou d'en restreindre l'accès,
- décider que les débats auront lieu et que la décision sera prononcée en chambre du conseil,
- adapter la motivation de sa décision et les modalités de la publication de celle-ci aux nécessités de la protection du secret des affaires.

Par ailleurs, toute personne ayant accès à tout ou partie d'une pièce considérée par le juge comme étant couverte ou susceptible d'être couverte par le secret des affaires est tenue à une obligation de confidentialité lui interdisant toute utilisation ou divulgation des informations qu'elle contient (art. L. 153-2). Si l'obligation de confidentialité perdure à l'issue de la procédure, elle prend fin par une décision non susceptible de recours estimant qu'il n'existe pas de secret des affaires ou si les informations en cause ont entre temps cessé de constituer un secret des affaires ou sont devenues aisément accessibles (ibid).

A rapprocher : Directive n° 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites ; Décision n°2018-768 DC du 26 juillet 2018

Des risques de requalification du contrat de gérance-mandat en contrat de travail
Approche pratique et aperçu jurisprudentiel

Ce qu'il faut retenir :

En pratique, trois niveaux de risque sont à appréhender afin d'éviter la requalification du contrat de gérance-mandat en contrat de travail. La distinction du contrat de gérance-mandat et du contrat de gérance salariée impose en effet de prendre en considération le contenu du contrat de gérance-mandat proprement dit, les normes d'exploitation du réseau annexées au contrat de gérance-mandat, ainsi que le comportement des opérationnels dans le cadre de l'exécution du contrat de gérance-mandat.

Pour approfondir :

1. La distinction du contrat de gérance-mandat et du contrat de gérance salariée tient à la subordination juridique dans laquelle est placé le gérant salarié, à la différence du gérant-mandataire qui demeure indépendant. Et, selon une jurisprudence constante, cette « subordination juridique » est caractérisée par l'exécution d'un travail sous l'autorité d'un employeur qui a le pouvoir :

- de donner des ordres et des directives,
- d'en contrôler l'exécution,
- et de sanctionner les manquements.

La difficulté n'est donc pas de comprendre cette règle – aussi connue que constante – mais plutôt d'appréhender sa mise en œuvre, délicate de l'avis général, dans la mesure où la notion même de « subordination juridique » demeure bien souvent subjective, comme en témoigne une jurisprudence lancinante illustrant de nombreux cas de requalification du contrat de gérance-mandat en contrat de travail.

2. Mais, en réalité, au plan pratique, trois niveaux de risque doivent être appréhendés de manière distincte : la rédaction du contrat de gérance-mandat lui-même (I°), le contenu de ses annexes (II°), le comportement des opérationnels une fois le contrat de gérance-mandat signé (III°).

I°/ Premier niveau de risque : le contrat de gérance-mandat proprement dit

3. Une **distinction** doit être faite toutefois entre :

- **d'une part**, les clauses du contrat de gérance-mandat soulignant la parfaite autonomie du gérant-mandataire, qui n'ont aucun impact sur le risque considéré. Certes, de telles clauses semblent de nature à exclure la qualification de contrat de travail, raison pour laquelle il est conseillé de conserver les mentions formulées en ce sens dans un contrat de gérance-mandat ; c'est d'ailleurs la pratique la plus courante d'insérer de telles clauses dans ce type de contrat ; mais, n'oublions pas néanmoins que la jurisprudence considère que le contrat de gérance-mandat peut parfaitement être requalifié en contrat de travail alors même qu'il comporterait une ou plusieurs clauses de ce type (CA Orléans, 15 janvier 2015, n° 14/00479) ; la solution est fondée en droit dès l'instant que, d'une manière ou d'une autre, les conditions du contrat de travail sont réunies.
- **d'autre part**, les clauses du contrat de gérance-mandat tendant à souligner l'absence d'autonomie du gérant-mandataire, qui emportent sinon favorisent la requalification du contrat de gérance-mandat en contrat de travail. C'est ce que confirme – sans surprise – la jurisprudence de la Cour de cassation (Cass. soc., 15 déc. 2010, n°09-40.478, inédit : « *après une formation imposée, n'avait pas le choix du*

mobilier ni du matériel d'exploitation, qu'il ne pouvait modifier les prix des chambres et petits déjeuners, que sa liberté d'engager du personnel était, de fait, limitée par cette politique de prix, que les instructions relatives à l'entretien et la maintenance de l'hôtel ne lui laissaient pas de liberté d'organisation, qu'il ne pouvait contracter pour une somme supérieure à 3 049 euros et que les conditions d'engagement étaient strictement définies, que les horaires d'ouverture et de présence étaient imposés, que la société mandante, qui avait le contrôle de la comptabilité et des données informatisées, avait un pouvoir de sanction pécuniaire et de résiliation de plein droit du contrat »). Au regard de la question traitée, de telles clauses ne seront donc pas « neutre » à la différence de celles évoqués au tiret précédent.

4. Pour compléter ce qui précède, il convient de s'inspirer de plusieurs décisions écartant une telle requalification (CA Lyon, 21 juin 2017, n°15/01975 et n°15/01972 [concernant un contrat postérieur à la loi n°2005-882 du 2 août 2005 mais antérieur à la loi n°2010-853 du 23 juillet 2010] ; CA Agen, 18 novembre 2014, n°14/00800 [concernant un contrat postérieur à la loi n°2005-882 du 2 août 2005 mais antérieur à la loi n°2010-853 du 23 juillet 2010] ; CA Rennes, 1^{er} avril 2015, n°16/08787 [concernant un contrat antérieur à la loi n°2005-882 du 2 août 2005]). En effet, dans ces différentes affaires, il a été jugé, d'une part, que le gérant-mandataire disposait d'une autonomie certaine dans la gestion et, d'autre part, que les normes et procédures applicables ainsi que les contrôles effectués n'excédaient pas ceux s'inscrivant dans la logique d'un contrat de gérance-mandat au sein d'un réseau, de sorte que le lien de subordination juridique, condition du contrat de travail, faisait défaut.

II°/ Deuxième niveau de risque : les normes d'exploitation du réseau annexées au contrat de gérance-mandat

5. Souvent, le contrat de gérance-mandat comporte également une annexe détaillant les méthodes et procédures à suivre dans le cadre de l'exploitation : les normes d'exploitation du réseau. Le détail de ces normes peut potentiellement révéler (ou favoriser) l'existence du lien de subordination, propre à requalifier le contrat de gérance-mandat en contrat de travail. A cet égard, il convient d'appréhender la jurisprudence en distinguant selon que le texte relatif à la gérance-mandant est antérieur ou postérieur à la loi de 2010. Ce texte a introduit un nouvel alinéa 2 à

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

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

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

l'article L.146-1 du Code de commerce afin d'intégrer la pratique courante d'imposer un certain nombre de normes, et a posé une présomption simple de commercialité du contrat de gérance-mandat ayant notablement modifié le droit positif.

6. Avant la loi n°2010-853 du 23 juillet 2010, la jurisprudence tenait déjà compte de la teneur des normes d'exploitation du réseau pour requalifier le contrat de gérance-mandat en contrat de travail (Cass. Soc., 8 juin 2010, 08-44.965 : requalifiant un contrat de gérance-mandat en contrat de travail en tenant compte du comportement des opérationnels, mais également du contenu des normes à respecter par le gérant-mandataire : « *la cour d'appel après avoir relevé que ces personnes travaillaient sous l'autorité et le contrôle direct de la société B & B, qu'elles devaient impérativement respecter les normes et standards de la chaîne, selon le livret annexé sans pouvoir y déroger, qu'elles ne disposaient d'aucune liberté en matière de fixation des prix et de choix des clients, de procédure d'accueil, de promotion, de publicité et de tenue de la comptabilité, qu'elles devaient suivre les directives de la société B ... qui en contrôlait la bonne exécution en pratiquant des inspections suivies de remontrances et en menaçant de représailles ceux qui ne respecteraient pas ces instructions* » ; v. aussi, CA Paris, 28 juin 2007, n°06/13743 : caractérisant un lien de subordination (avant l'entrée en vigueur de la loi du 2 août 2005) : « *Considérant en conséquence que les pratiques résultant des "procédures d'exploitation", mises en œuvre dans les relations "gérant mandant-gérant mandataire" ne visaient en définitive qu'à laisser les propriétaires des hôtels, totalement maîtres de la gestion de leurs hôtels, sous couvert de mandataires qui en réalité n'agissaient que comme leurs délégataires* » ; CA Paris, 15 novembre 2007, n°07/02167 : caractérisant un lien de subordination (avant l'entrée en vigueur de la loi du 2 août 2005) : « *que compte tenu de la contractualisation des procédures d'exploitation, les défenderesses au contredit ne peuvent sérieusement prétendre qu'il ne se serait agi là que de simples recommandations de leur part* »).

Cette jurisprudence est antérieure à la loi n°2010-853 du 23 juillet 2010, qui a introduit un nouvel alinéa 2 à l'article L.146-1 du Code de commerce afin d'intégrer la pratique courante d'imposer un certain nombre de normes ; ce texte dispose en effet : « *La mission précise, le cas échéant, les normes de gestion et d'exploitation du fonds à respecter et les modalités du contrôle susceptible d'être effectué par le mandant. Ces clauses commerciales ne sont pas de nature à modifier la nature du contrat* ».

7. La loi n°2010-853 du 23 juillet 2010 a mis fin aux dérives de certaines juridictions analysant comme un lien de subordination les contraintes liées à l'existence d'un réseau de distribution (qui implique une homogénéité des process) et à la conservation de la propriété du fonds.

Toutefois, il serait inexact de considérer que de telles normes peuvent réduire à outrance la marge de manœuvre qui doit être laissée au gérant-mandataire. C'est pourquoi la doctrine continue de rappeler que l'intégration du gérant-mandataire dans un service organisé constitue un « *indice du lien de subordination* » lorsque les conditions de travail sont unilatéralement déterminées par le mandant (Contrat de gérance-mandat, Juris-Cl., Fasc. 1420, §. 8, mise à jour 15 mai 2018) ; la position exprimée par cette doctrine est sans doute exagérée si l'on considère, ainsi que le rappellent les travaux préparatoires à la loi de 2010, que « *le fait d'indiquer dans la loi que les normes de gestion et d'exploitation du fonds et les modalités du contrôle constituent des clauses commerciales signifie seulement qu'il y a une présomption simple de leur caractère commercial, cette présomption pouvant être levée par le juge à l'examen des faits d'espèce* ». Autrement dit, en posant cette présomption simple de commercialité du contrat de gérance-mandat, le législateur de 2010 n'empêche pas la jurisprudence de requalifier le contrat de gérance-mandat en contrat de travail, s'il est établi une absence d'autonomie de gestion du gérant-mandataire, ce qui sera le cas chaque fois que les normes d'exploitation du réseau seront trop précises et trop coercitives.

8. Ainsi, plus l'annexe contenant les normes d'exploitation du réseau laissera une marge de manœuvre importante au gérant-mandataire dans l'exécution de ses missions, plus le risque de requalification évoqué pourra lui-même être écarté.

III°/ Troisième niveau de risque : le comportement des équipes opérationnelles

9. Ce point demeure fondamental car si, en pratique, les équipes opérationnelles formulent des directives contraignantes pour le gérant-mandataire, le contrat de gérance-mandat pourra encore être requalifié en contrat de travail ; le soin apporté à traiter les niveaux de risques signalés aux points I° et II° qui précèdent pourront alors ne pas suffire, tout dépendant de l'intensité des directives qui seraient alors malencontreusement formulées par les équipes opérationnelles.

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

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

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

10. La jurisprudence – y compris récente – abonde de situations où le contrat se trouve requalifié du fait du comportement observé en pratique par les opérationnels (CA Lyon, 25 mai 2018, n°16/07091 ; Cass. Soc., 19 septembre 2013, 12-17.494, inédit, et CA Orléans, 16 février 2012, n° 11/01939 – v. aussi, Cass. Soc., 8 juin 2010, 08-44.965 : « *le travail au sein d'un service organisé peut constituer un indice du lien de subordination lorsque l'employeur détermine unilatéralement les conditions d'exécution du travail ; que l'existence d'une relation de travail ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs* »).

Il est donc vivement recommandé de sensibiliser les équipes opérationnelles sur ce point.

A rapprocher : CA Lyon, 25 mai 2018, n°16/07091

Du non-cumul du régime de la gérance-mandat avec celui des gérants de succursales
Aperçu

Ce qu'il faut retenir :

A notre avis, la qualification de contrat de gérance-mandat au sens des articles L. 146-1 et suivants du Code de commerce ne peut se cumuler avec l'application des articles L. 7321-1 et suivants du Code du travail.

Pour approfondir :

Se pose la question de savoir si le **contrat de gérance-mandat** est susceptible de faire l'objet de l'application des dispositions des articles L. 7321-1 et suivants du Code du travail relatifs aux gérants de succursales.

Autrement dit, la qualification de contrat de gérance-mandat au sens des articles L. 146-1 et suivants du Code de commerce peut-elle se cumuler avec l'application des articles L. 7321-1 et suivants du Code du travail ?

Cette question se pose car un auteur indique que « *le contrat de gérance-mandat dont les conditions justifient l'application de l'article L. 7321-2 du Code du travail est soumis, outre au droit commun de la gérance-mandat, au droit du travail (C. trav., art. L.*

7321-1) » (N. Ferrier, Contrat de gérance-mandat, préc., §. 64).

Le cumul de l'application de ces textes nous semble en contradiction avec l'intention manifestée par le législateur de 2005, qui a introduit dans le Code de commerce un statut spécifique aux gérants-mandataires à dessein d'écarter les dispositions du Code du travail.

En premier lieu, comme le relève un auteur, l'effet utile du dispositif de 2005 consiste moins à éviter la qualification de contrat de travail qu'à prévenir le régime juridique résultant du droit du travail ; et, précisément, l'application des articles L. 7321-1 et suivants du Code du travail aux gérants-mandataires conduirait au résultat que le législateur a voulu éviter : c'est pourquoi « *suivre l'esprit de cette disposition devrait conduire à ne pas cumuler le régime de la gérance mandat du Code de commerce avec celui des gérants de succursale du Code du travail* » (J.-F. Cesaro, Juris.-Cl. Travail, Fasc. 4-5, Gérants de succursales, spéc. §. 33).

En second lieu, un autre auteur aboutit encore à cette même conclusion par application de l'adage *lex specialia generalibus derogant* (N. Dissaux, La gérance-mandat : une troisième voie ? Dalloz 2010, p. 667, spéc. §.23).

Enfin, il convient de signaler qu'un récent arrêt fait application des articles L. 7321-1 et suivants du Code du travail à un contrat intitulé comme étant de gérance-mandat par les parties contractantes (CA Lyon, 25 mai 2018, n°16/07091) mais, précisément, dans cette affaire, le contrat de gérance-mandat avait lui-même été requalifié en contrat de travail ..., de sorte que cette jurisprudence est en réalité inopérante au regard de la question du cumul.

A notre avis, il ne saurait donc y avoir de cumul possible entre le régime du contrat de gérance-mandat du Code de commerce et le statut des gérants de succursales du Code du travail.

A rapprocher : CA Lyon, 25 mai 2018, n°16/07091

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

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

Sanctions du manquement par le franchiseur à son obligation d'information

CA Bordeaux, 2 juillet 2018, n° 16/00666

Ce qu'il faut retenir :

La décision commentée prononce la résiliation d'un contrat de franchise aux torts exclusifs du franchiseur en raison du manquement par ce dernier à son obligation précontractuelle d'information sincère et loyale et condamne le franchiseur à payer au franchisé un montant équivalent au droit d'entrée à titre de dommages et intérêts. La sanction est contestable au regard de la jurisprudence, qui considère traditionnellement que la violation de l'obligation précontractuelle d'information prévue à l'article L.330-3 du code de commerce, si elle peut fonder la nullité du contrat de franchise en cas de vice du consentement, ne saurait entraîner à elle seule sa résiliation.

Pour approfondir :

1. En l'espèce, la Société C.G.D. a pour activité le développement d'un réseau de magasins en franchise spécialisés dans le commerce d'articles de golf sous l'enseigne « C. G. ».

M.P. a signé, le 11 juillet 2011, un contrat de franchise avec la Société C.G.D. et a créé la société G.P.M. pour exploiter son magasin situé dans une commune proche de Brive.

A partir de 2013, la société franchisée a eu des difficultés pour régler ses redevances au franchiseur qui l'a mise en demeure de régler les sommes dues par courrier du 5 septembre 2014. Lui faisant par ailleurs grief de ne plus respecter les obligations lui incombant au titre de son contrat de franchise, par courrier du 1^{er} décembre 2014, le franchiseur a résilié le contrat de franchise et a mis en demeure le franchisé de cesser toute utilisation de la marque et de l'enseigne et de lui verser, au titre des pénalités, la somme de 13.431 euros correspondant au total des redevances facturées pendant les 24 mois précédant la rupture.

Par exploit d'huissier en date du 20 janvier 2015, la société franchisée et son gérant M.P. ont assigné le franchiseur devant le Tribunal de commerce de Bergerac en sollicitant la nullité du contrat de franchise et le règlement de diverses sommes.

2. Par jugement du 18 décembre 2015, le Tribunal de commerce de Bergerac a :

- débouté la société franchisée et M.P. de l'ensemble de leurs demandes,
- constaté la résiliation anticipée du contrat de franchise aux torts exclusifs du franchisé et de M.P.,
- condamné le franchisé au paiement de la somme de 13.431 euros au titre de la pénalité irréductible,
- débouté le franchiseur de sa demande de dommages et intérêts.

La société franchisée et M.P. ont interjeté appel du jugement le 2 février 2016. La société franchisée ayant été placée en liquidation judiciaire le 21 novembre 2017, le mandataire judiciaire est intervenu volontairement à la procédure.

3. Le franchisé demandait, en substance, à la Cour d'infirmer le jugement et :

- à titre principal, de prononcer la nullité du contrat de franchise pour dol ou à tout le moins erreur sur les qualités substantielles au visa des articles 1108, 1109 et 1116 du code civil (1128, 1130 et 1137 selon la numérotation issue de l'ordonnance du 10 février 2016) et de l'article L.330-3 du code de commerce, aux motifs que le franchiseur a intentionnellement laissé s'implanter un magasin dans une zone géographique inadaptée sans potentiel sérieux de clientèle et a transmis à la société franchisée et à M.P. des éléments comptables prévisionnels irréalistes et insincères dans le but de la conduire à contracter, et que le consentement de la société franchisée et de M.P. a été surpris par réticence dolosive et dol, ou qu'à tout le moins les agissements du franchiseur ont provoqué chez le franchisé une erreur sur la rentabilité de l'activité entreprise, ce qui justifie la nullité du contrat de franchise et la restitution subséquente des sommes versées (229.915,46 euros) ;
- à titre subsidiaire, de dire et juger que les agissements du franchiseur sont de nature à engager sa responsabilité civile délictuelle en application de l'article 1382 du code civil (1240 selon la numérotation issue de l'ordonnance du 10 février 2016), ce qui justifie sa condamnation au paiement de la somme de 229.915,46 euros à titre de dommages et intérêts.

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

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

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

- en toutes hypothèses, de dire et juger que les fautes commises par le franchiseur ont causé un préjudice à M.P., ancien gérant de la société franchisée, qui s'est vu privé de toute rémunération pendant les deux années, ce qui le fonde à réclamer la somme de 43.200 euros à titre de dommages et intérêts.

4. Par un arrêt du 2 juillet 2018, la Cour d'appel de BORDEAUX a infirmé en toutes ses dispositions le jugement du Tribunal de commerce de Bergerac et, statuant à nouveau, a :

- prononcé la résolution du contrat de franchise aux torts exclusifs du franchiseur ;
- condamné le franchiseur à payer à la société franchisée une somme de 25.000 euros à titre de dommages et intérêts ;
- condamné la société franchisée à payer au franchiseur une somme de 2.000 euros à titre de dommages et intérêts au titre de la violation des clauses de non-concurrence ;
- ordonné la compensation entre les créances réciproques ;
- débouté les parties de leurs demandes plus amples et contraires
- condamné le franchiseur à payer à la société franchisée et à M.P. une somme de 4.000 euros sur le fondement des dispositions de l'article 700 du code de procédure civile, outre les dépens de première instance et d'appel.

La Cour a tout d'abord rejeté la demande de nullité du contrat en considérant que :

« C'est à bon droit (...) que l'intimée oppose que le prévisionnel adressé à M.P. a été réalisé en concertation avec lui et sur la base d'une étude de marché réalisée par ses soins, portant sur le nombre de licenciés et l'état de la concurrence dans la région pour évaluer la pertinence d'une création de franchise. Cette considération, si elle ne peut suffire à exonérer le franchiseur de toutes ses obligations telles qu'elles ressortent de l'article L.330-3, ne permet de caractériser ni une erreur sur la substance de l'objet du contrat, à l'élaboration duquel les appelants ont largement contribué, ni, de la part du franchiseur, des manœuvres dolosives telles qu'il est évident que, sans ces manœuvres, dont la démonstration est exigeante, la société franchisée et M.P. n'auraient pas contracté ».

Pour autant, la Cour a ensuite considéré que « c'est à bon droit que les appelants soutiennent que la

responsabilité de l'intimée est susceptible d'être engagée sur le fondement de l'article L.330-3. En effet, si, au visa de ce texte, le franchiseur n'a pas l'obligation de remettre un compte d'exploitation prévisionnel ou de prévision d'un chiffre d'affaires, il doit, lorsqu'il en prend tout de même l'initiative, établir ce compte de façon sincère, sur des bases sérieuses ».

Après avoir relevé des écarts considérables entre les chiffres d'affaires prévus et ceux réalisés, constaté quelques incohérences entre les chiffres annoncés à M.P. et ceux promis à d'autres candidats à la franchise et relevé que le franchiseur semblait avoir occulté les difficultés rencontrées par certaines franchises en province dont beaucoup auraient depuis lors fait l'objet de procédures de liquidation judiciaire, la Cour a considéré que :

*« Le **compte prévisionnel** présenté à M.P. avant la signature du contrat, déterminé sur des bases générales et des critères inadaptés, n'a pas été établi sur des bases sérieuses. L'intimée ne peut sérieusement opposer que le prévisionnel n'a été établi qu'à titre simplement indicatif avec une présentation de chiffres réalisables sous condition que la gérant exploite le magasin en respect de l'ensemble de ses obligations de franchisé alors que compte tenu de son inexpérience dans un domaine très spécifique, M.P. ne disposait pas, contrairement à elle, d'une connaissance suffisante du marché pour en apprécier les perspectives et les mérites. Elle peut d'autant moins contester le caractère exagérément optimiste voire fantaisiste du prévisionnel qu'il est très vite apparu, dès le premier exercice, qu'il était totalement irréalisable. Le manquement (du franchiseur) à son obligation précontractuelle d'information sincère et loyale est donc établi ».*

La Cour a enfin considéré que « les allégations (du franchiseur), selon lesquelles les mauvais résultats réalisés par la société (franchisée) seraient seulement imputables à la mauvaise gestion de son gérant et aux manquements de la société à ses engagements contractuels (non-respect des préconisations du franchiseur, refus de participer aux opérations commerciales proposées, mauvaise gestion des stocks, retard de paiement des redevances et des fournisseurs), soit ne sont pas confirmées par les pièces versées aux débats, soit sont inopérantes ».

La Cour a finalement déduit de ces constatations que « c'est donc à tort, les manquements allégués de la société (franchisée) étant insuffisamment caractérisés,

que le tribunal a constaté la résiliation anticipée du contrat de franchise aux torts exclusifs de la société franchisée et de M.P. Le jugement sera donc infirmé, et la résiliation du contrat prononcée aux torts exclusifs (du franchiseur) ».

Concernant les demandes d'indemnisation de la société franchisée et de M.P., la Cour a jugé que « *la demande de nullité du contrat ayant été rejetée, l'indemnisation de la société ne peut s'envisager que sous la forme de dommages et intérêts* ».

Sur la somme de 229. 915,46 euros initialement réclamée par la société franchisée (soit 93.000 euros au titre des dépenses d'installation, et notamment le droit d'entrée d'un montant de 25.000 euros ; 25.000 euros au titre des frais de publicité et de redevance sur le chiffre d'affaires engagés au cours des trois années d'exploitation ; et 111.914,48 euros correspondant aux pertes enregistrées en 2012, 2013 et 2014), la Cour a considéré que :

« Seule la somme de 25.000 euros correspondant au droit d'entrée dans la franchise s'apparente à un préjudice matériel certain directement causé par la faute retenue à l'encontre de la société (franchisée) (...) les autres préjudices allégués ne présentent en revanche aucun lien de causalité direct et certain avec la faute. Il n'est en effet établi ni que les appelants ont perdu irrémédiablement le bénéfice des dépenses d'installation, ni qu'ils n'ont retiré aucun avantage de ces dépenses ou des frais de publicité exposés, ni enfin que les chiffres annoncés initialement, à partir desquels ils chiffrent leurs pertes, auraient été exactement atteints. Leur préjudice ne saurait donc s'estimer autrement qu'au titre d'une perte de chance sur laquelle la cour ne peut néanmoins se prononcer faute de demande sur ce fondement.

Les mêmes motifs doivent conduire à rejeter la demande formée par M.P. à titre personnel pour les salaires qu'il « était susceptible de pouvoir se verser dès la 2ème année sur la base de 1.800 euros bruts mensuels sur 2 ans », dont le principe comme le montant restent incertains ».

5. Cet arrêt n'est pas exempt de toute critique, en particulier sur la sanction prononcée par la Cour au titre du manquement par le franchiseur aux dispositions de l'article L.330-3 du Code de Commerce.

Il convient de rappeler qu'en cas de manquement par le franchiseur à son obligation d'information précontractuelle découlant des dispositions de l'article

L.330-3 du Code de Commerce, la loi ne prévoit qu'une sanction pénale à l'article R.330-2 du même code (à savoir les peines d'amende prévues par le 5° de l'article 131-13 du code pénal pour les contraventions de la cinquième classe).

La loi est en revanche silencieuse sur la nature de la sanction civile éventuellement applicable au manquement par le franchiseur à son obligation d'information précontractuelle.

S'agissant d'une obligation précontractuelle – et donc extracontractuelle – la jurisprudence a eu l'occasion de sanctionner le manquement à l'obligation imposée par l'article L.330-3 du Code de Commerce :

- **soit** par l'annulation du contrat sur le fondement des vices du consentement en application des articles 1108 et suivants du code civil (1128, 1130 et suivants selon la numérotation issue de l'ordonnance du 10 février 2016) (Cf. à titre d'illustration : Cass. com., 13 juin 2018, n° 17-10618 ; Cass. com., 13 septembre 2017, n° 15-19740 ; Cass. 1^{ère} Civ., 3 nov. 2016, n° 15-24886 ; Cass. com., 17 mars 2015, n° 13-24853 et 14-10365 ; Cass. com., 12 juin 2012, n° 11-19047 ; Cass. com., 24 septembre 2003, n° 01-11595 ; Cass. com., 20 octobre 1998, n° 96-13159).
- **soit** par l'octroi de dommages et intérêts sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle en application de l'article 1382 du code civil (1240 selon la numérotation issue de l'ordonnance du 10 février 2016) (Cf. à titre d'illustration : Cass. 1^{ère} civ., 25 janv. 2017, n° 15-28064 ; Cass. com., 10 juillet 2012, n°11-21954, Bull. civ. IV, n° 149 ; Cass. com., 9 oct. 2007, n° 05-14118 ; Cass. com., 4 févr. 2004, n° 00-21319 ; v. aussi plus récemment : CA Paris, 20 juin 2018, n°17/16639, et **notre commentaire, Lettre des Réseaux Mai-Juin 2018**).

En l'espèce, la Cour a prononcé la résiliation du contrat de franchise aux torts exclusifs du franchiseur en considérant que « *c'est à tort, les manquements allégués de la société (franchisée) étant insuffisamment caractérisés, que le tribunal a constaté la résiliation anticipée du contrat de franchise aux torts exclusifs de la société franchisée et de M.P. Le jugement sera donc infirmé, et la résiliation du contrat prononcée aux torts exclusifs (du franchiseur) ».*

Ce faisant, la Cour a statué *extra petita* en prononçant une sanction que le franchisé n'avait pas demandée,

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

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

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

celui-ci ayant seulement sollicité, à titre principal, la nullité du contrat et, à titre subsidiaire, l'allocation de dommages et intérêts sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle.

Cette sanction n'est en outre pas justifiée, puisque la résolution judiciaire du contrat n'aurait pu être demandée par le franchisé, en application de l'article 1184 du Code Civil (1227 selon la numérotation issue de l'ordonnance du 10 février 2016), qu'en cas de manquements graves par le franchiseur à ses obligations contractuelles. Tel n'est pas le cas en l'espèce, puisqu'il est reproché au franchiseur d'avoir manqué à son obligation d'information précontractuelle.

La sanction de la résolution judiciaire du contrat de franchise aux torts exclusifs du franchiseur ne nous paraît donc pas la plus appropriée en l'espèce.

6. La Cour de cassation a d'ailleurs eu l'occasion de juger sur ce point que « *la violation de l'obligation précontractuelle d'information et de renseignements, prévue à l'article L.330-3 du code de commerce, si elle peut fonder la nullité du contrat de franchise en cas de vice du consentement, ne saurait entraîner à elle seule sa résiliation* » (Cass. com., 12 févr. 2008, n° 07-10462).

A rapprocher : Cass. com., 12 févr. 2008, n° 07-10462 ; Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-00515

Présentation fautive du franchisé par le site internet du franchiseur

CA Versailles, 3 juillet 2018, n°17/03926

Ce qu'il faut retenir :

Commet une faute contractuelle et ne respecte pas l'exigence de bonne foi posée par l'ancien article 1134 du Code civil (désormais l'article 1104 nouveau du Code civil), le franchiseur qui omet de mentionner des franchisés dans certaines rubriques essentielles de son site internet.

Pour approfondir :

1. Se posait la question de savoir si le franchiseur (exerçant une activité d'agent immobilier) avait (ou non) faillit à ses obligations dans le cadre de la

communication diffusée via son site internet. Le **contrat de franchise** stipulait sobrement à ce titre : « *(Le franchiseur) s'engage à faire figurer sur son site une mention expresse informant les clients de l'adresse du cabinet immobilier (...) du franchisé. De son côté, le franchisé pourra gérer un site internet propre relatif à son cabinet immobilier (...)* ».

➤ Sur l'existence d'une faute

2. En l'espèce, des franchisés reprochaient au franchiseur une discrimination dans la présentation du site internet de l'enseigne au double motif :

- d'une part, que l'ensemble des franchisés ne bénéficiait pas de la même visibilité que les agences intégrées du réseau, les franchisés étant exclus de sa communication sur le site internet, tant en ce qui concerne la rubrique "vendre" que la rubrique "gestion locative",
- d'autre part, que le site internet citait l'agence des franchisés demandeurs une seule fois, qui plus est de manière erronée, tandis que l'agence intégrée située dans la même ville, qui ne faisait l'objet d'aucune mention erronée, était citée deux fois.

De son côté, le franchiseur soutenait que sa seule obligation consistait à faire figurer sur son site l'adresse du cabinet des franchisés, ce qu'il estimait avoir fait. Il faisait valoir n'avoir aucune autre obligation s'agissant des rubriques relatives à la vente ou à la gestion locative, rappelant que le franchisé était lui-même autorisé à créer et gérer son propre site internet.

3. Pour retenir l'existence d'une faute imputable au franchiseur, sur le fondement de l'article 1134 ancien du code civil applicable en l'espèce, la Cour d'appel de Versailles :

- observe que le franchiseur ne contestent pas les faits allégués (justifiés par diverses pièces, dont un constat d'huissier), à savoir que les agences des franchisés, si elles apparaissent bien dans la rubrique générale "agence immobilière" ne figurent pas toutefois dans les sous-rubriques "vendre" et "faire gérer", en sorte qu'un client qui opère une recherche directe dans ces rubriques n'a pas connaissance de l'existence de ces agences ;
- retient que s'il est exact que le franchiseur a pris l'engagement de faire figurer sur son site une mention informant les clients de l'adresse du

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

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

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

franchisé, cet engagement n'est pas - contrairement à ce qui est soutenu - limité à cette seule obligation, dès lors qu'elles se sont également engagées, de manière plus générale à transmettre un savoir faire couvrant « *une communication efficace (...), des valeurs de référence fondées sur la transparence, la responsabilité, le professionnalisme, la compétitivité, la rigueur et la solidarité, des outils informatiques performants, un site INTERNET efficace, au nom de domaine (...), qui permet au franchisé de proposer à la clientèle tout ou partie de ses biens à vendre et à louer (...)* ».

- souligne qu'un site Internet qui ne mentionne les agences franchisées que dans une rubrique générale, mais omet de les faire figurer dans les rubriques spéciales « vendre » ou « faire gérer », vers lesquelles se dirigent directement certains clients ne constitue manifestement pas un « outil performant » et un site « efficace », en ce sens qu'il risque d'aboutir à la perte de certains clients se dirigeant vers les agences intégrées seules mentionnées dans les rubriques spéciales.
- relève au surplus que cette perte de clients devait se faire au profit des agences intégrées, alors même que le franchiseur axe sa communication à destination des candidats à la franchise sur le slogan « pas de différence de traitement entre le réseau intégré et le réseau franchisé », ce qui dénote une particulière déloyauté dans les relations franchiseur/franchisé.

L'absence de mention des franchisés dans certaines rubriques essentielles du site internet de la société franchiseur démontre le manquement de cette dernière à ses obligations contractuelles.

➤ Sur l'existence d'un préjudice

4. Les franchisés affirmaient avoir subi chacun un préjudice « forfaitaire de 30.000 euros » du fait de leur omission dans certaines rubriques du site.

La Cour retient à ce titre :

- d'une part, que l'unique préjudice allégué portait en réalité sur la perte d'un seul et unique client dirigé vers une agence intégrée d'une ville alors que la prestation recherchée dépendait de l'agence franchisée d'une autre ville ;

- mais d'autre part, que le courrier du franchiseur versé aux débats, qui n'est corroboré par aucun autre document extérieur à cette société, est en soi insuffisant à démontrer la perte de ce client ;
- et que, dès lors, leur demande indemnitaire doit être rejetée, faute pour les sociétés franchisées de justifier du préjudice qu'elles invoquent.

A rapprocher : Article 1104 nouveau du Code civil ; Article 1134, al.3 ancien du Code civil

Validité du cautionnement donné par un dirigeant personne physique
CA Amiens, 10 juillet 2018, n° 16/05577

Ce qu'il faut retenir :

L'obligation d'exiger un cautionnement proportionné aux biens et revenus de la caution impose au créancier professionnel de s'informer sur la situation patrimoniale de la caution. Pour autant, il incombe à la caution d'établir la réalité de la disproportion manifeste qu'elle allègue entre le montant de son engagement et sa situation financière.

Lorsqu'à l'occasion de la souscription de l'engagement, le créancier a questionné la caution sur sa situation pécuniaire et patrimoniale, il incombe à la caution d'établir que les éléments fournis caractérisaient cette disproportion manifeste ou que la banque avait connaissance d'autres éléments de fait de nature à établir cette disproportion manifeste.

Pour approfondir :

1. Par un acte signé le 26 août 2013, après y avoir apposé une mention manuscrite conforme aux dispositions légales applicables (Cf. les articles L.331-1 et L.331-2 du Code de la Consommation), Monsieur V. s'est porté caution solidaire dans la limite de 16.200 euros d'un prêt professionnel de 45.000 euros consenti par une Banque à la société S.A.A. dont il était gérant et remboursable en 60 mensualités de 805,20 euros au taux d'intérêt de 4,24 % l'an.

La société S.A.A. a fait l'objet d'une liquidation judiciaire le 23 avril 2015 et la Banque a déclaré une créance d'un montant de 33 003,76 euros.

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

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

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

2. Statuant sur l'action engagée par la Banque à l'encontre de Monsieur V. sur le fondement de cet engagement de caution, le Tribunal de commerce d'Amiens a, par un jugement rendu le 11 octobre 2016, condamné Monsieur V. à payer à la Banque la somme de 16.200 euros, outre les intérêts, au titre du cautionnement et celle de 2.000 euros en application de l'article 700 du code de procédure civile.

3. Monsieur V. a interjeté appel de cette décision. Il demandait, en substance, à la Cour d'appel d'Amiens de réformer le jugement en toutes ses dispositions, d'annuler l'engagement de caution, de juger que la Banque ne peut s'en prévaloir du fait de son caractère disproportionné, de condamner la Banque à lui payer la somme de 12 960 euros à titre de dommages et intérêts pour manquement à son obligation de mise en garde et celle de 50 575 euros à titre de dommages et intérêts pour manquement à une obligation d'information sur la garantie OSEO.

4. Par arrêt du 10 juillet 2018, la Cour d'appel d'Amiens a débouté Monsieur V. de l'intégralité de ses demandes et a confirmé le jugement en toutes ses dispositions. Par cet arrêt, la Cour rappelle notamment les principes suivants.

- **Sur la validité de l'engagement de caution**

5. Au visa de l'article 2288 du code civil, Monsieur V. a invoqué la nullité de l'engagement de caution au motif qu'il n'a pas été accepté expressément par le créancier.

La Cour rappelle cependant que, s'agissant d'un acte unilatéral, la validité de l'engagement de caution n'est pas subordonnée à l'acceptation du créancier.

- **Sur le caractère manifestement disproportionné du cautionnement**

6. La Cour rappelle qu'« *aux termes de l'article L.332-1 (anciennement L.341-4) du code de la consommation, un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation. L'obligation d'exiger un cautionnement proportionné impose au créancier professionnel de s'informer sur la situation patrimoniale de la caution. Pour autant, il incombe à la caution d'établir la réalité de la disproportion manifeste qu'elle allègue entre le montant de son engagement et sa situation financière.*

Lorsqu'à l'occasion de la souscription de l'engagement, le créancier a questionné la caution sur sa situation pécuniaire et patrimoniale, il incombe à la caution d'établir que les éléments fournis caractérisaient cette disproportion manifeste ou que la banque avait connaissance d'autres éléments de fait de nature à établir cette disproportion manifeste ».

7. Sur ce point, la jurisprudence a également jugé qu'« *en présence de fiches de renseignements fournies par la caution, l'engagement de caution conclu par une personne physique au profit d'un créancier professionnel ne doit pas être manifestement disproportionné aux biens et revenus déclarés par la caution, dont le créancier, en l'absence d'anomalies apparentes, n'a pas à vérifier l'exactitude* » (CA Bordeaux, 2 mai 2017, n° 14/07353 ; Cass. com., 14 déc. 2010, n° 09-69807).

8. En l'espèce, la Cour relève qu'à la demande de la Banque, Monsieur V. a renseigné une fiche dans laquelle il a mentionné qu'il était divorcé, sans emploi, qu'il disposait d'un revenu annuel de 16.230 euros et qu'il était propriétaire en indivision d'un immeuble acquis en 2006, d'une valeur nette de 88.885 euros compte tenu d'un emprunt immobilier et d'un PEA de 28.000 euros.

Il n'a pas mentionné de charges particulières et a précisé qu'il n'avait pas d'enfant. Par ailleurs, le prêt garanti s'inscrivait dans le cadre de la création par Monsieur V., seul associé, d'une entreprise pour un budget global de 65.000 euros pour laquelle l'intéressé a apporté en compte courant une somme de 20.000 euros, en sus de la libération d'un capital de 7.500 euros, et Monsieur V. a été en capacité de financer une formation d'un coût de 7.000 euros.

Enfin, Monsieur V. ne démontre pas que le créancier avait connaissance d'autres faits susceptibles d'influer sur sa situation pécuniaire.

La Cour considère que, dans ces circonstances, la caution est mal fondée à se prévaloir des conséquences patrimoniales éventuelles de son divorce et qu'« *au regard de la valeur du bien immobilier indivis, du capital social de la société S.A.A. détenu par Monsieur V., de son patrimoine mobilier, un engagement de caution pour un montant de 16.200 euros n'était pas manifestement disproportionné nonobstant l'absence de revenus professionnels de Monsieur V. au moment de son engagement, les revenus attendus de la société créée devant s'ajouter à l'allocation d'aide à la création d'entreprise versée à l'intéressé* ».

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

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

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

Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Inde - Indonésie - Iran

Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Venezuela ■

- **Sur le devoir de mise en garde du banquier**

9. Monsieur V. reproche à la Banque de ne pas l'avoir mis en garde sur la portée de son engagement, alors qu'il était profane en matière de gestion d'entreprise.

10. La Cour rappelle que « *le banquier dispensateur professionnel de crédit a le devoir de mettre en garde la caution non avertie sur les risques de son engagement au regard des capacités financières du débiteur principal à honorer la dette garantie. La qualité de caution avertie ne saurait résulter du seul statut de dirigeant de société. Elle doit s'apprécier in concreto au regard de son expérience, de sa formation et de sa compétence en matière financière. La charge de la preuve du caractère averti de la caution pèse sur le banquier, débiteur de l'obligation de mise en garde* ».

En l'espèce, la Cour considère que la Banque ne produit aucun élément permettant de caractériser une certaine compétence de Monsieur V. dans la gestion ou dans le financement d'une entreprise et que celui-ci doit donc être considéré comme une caution non avertie. La Cour rappelle cependant qu'il appartient alors à Monsieur V. de rapporter la preuve d'une faute commise par la banque dans son obligation de mise en garde.

Or, la Cour considère qu'« *il ressort du dossier que l'opération garantie concernait la création d'une entreprise d'aide à domicile dans la perspective de la signature d'un contrat de franchise avec la société C. ; dans ce cadre, Monsieur V. a reçu une formation aux métiers de l'aide à domicile et un accompagnement par le franchiseur ; son dossier de création d'entreprise a été présenté à Pôle emploi et validé afin de lui permettre d'obtenir une aide financière ; aucun élément de fait ne permet de retenir que le projet d'entreprise de Monsieur V. présentait un risque particulier que la Banque aurait pu connaître et la caution ignorer. Au contraire, l'offre de prêt adressée à Monsieur V. en sa qualité de gérant de la société emprunteuse est précisément circonstanciée et l'engagement de la caution strictement limité à 30 % du prêt consenti* ».

La Cour considère, par conséquent, que la faute imputée à la banque n'est pas établie et confirme le jugement en ce qu'il a rejeté la demande indemnitaire de Monsieur V.

A rapprocher : CA Bordeaux, 2 mai 2017, n° 14/07353 ; Cass. com., 14 déc. 2010, n° 09-69807

CONCURRENCE & CONSOMMATION

La conformité douteuse de l'article L. 341-2 du Code de commerce au droit européen de la concurrence Etude et prospective

Ce qu'il faut retenir :

L'article L. 341-2 du Code de commerce qui répute non écrite toute clause qui restreint la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant à moins que certaines conditions ne soient remplies, conduit à sanctionner des clauses qui pourtant sont valables au regard du droit européen de la concurrence. Partant, la conventionnalité du texte français est douteuse.

Pour approfondir :

1. Droit européen. Le Règlement d'exemption n° 330/2010 du 20 avril 2010 *concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées*, prévoit, en son article 5, que l'exemption ne s'applique pas à :

« *Toute obligation directe ou indirecte interdisant à l'acheteur, à l'expiration de l'accord, de fabriquer, d'acheter, de vendre ou de revendre des biens ou des services* » (art. 5§1, b)

A moins que :

« *a) l'obligation concerne des biens ou des services qui sont en concurrence avec les biens ou services contractuels ; b) l'obligation est limitée aux locaux et aux terrains à partir desquels l'acheteur a opéré pendant la durée du contrat ; c) l'obligation est indispensable à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur ; d) la durée de l'obligation est limitée à un an à compter de l'expiration de l'accord* » (art. 5§3), étant précisé que « *le paragraphe 1, point b), ne porte pas atteinte à la possibilité d'imposer, pour une durée indéterminée, une restriction à l'utilisation et à la divulgation d'un savoir-faire qui n'est pas tombé dans le domaine public* » (art. 5§3)

Il est important de rappeler que le Règlement n°330/2010, souvent appliqué en franchise (V. not. Cass. com., 9 juin 2009, n° 08-14301) ne pose pas des

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

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

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

conditions de *validité*, mais des conditions d'*exemption*. Dès lors, ce n'est pas parce qu'une clause, telle une clause de non-concurrence post-contractuelle, ne remplit pas les conditions d'exemption posées par le Règlement qu'elle est *per se* illicite. De fait, à deux titres, une telle clause pourrait néanmoins être considérée comme licite.

En premier lieu, une clause peut ne pas même relever de l'article 101§1 du TFUE, en vertu de la théorie des **restrictions accessoires**. L'idée générale est la suivante : chaque fois qu'une opération *principale* n'est pas restrictive de concurrence, mais qu'*accessoirement*, elle comporte des clauses restrictives, ces dernières ne relèvent pas de l'article 101§1 du TFUE dès lors que « la 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 janv. 2018, n° C 179/16, Roche et Novartis, pt. 68 ; CJUE, 11 sept. 2014, n° C 382/12 P, MasterCard, pt. 89). La Cour de Justice, dans le célèbre arrêt *Pronuptia* (CJCE, 17 déc. 1986, n° C-161/84) avait fait une application remarquable de la théorie des restrictions accessoires au **contrat de franchise**. Elle avait considéré 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), avant de souligner que, pour fonctionner, la franchise suppose que le franchiseur transmette aux franchiseés 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, la Cour avait estimé que 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 de 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'est indispensable à la protection du savoir-faire « l'interdiction faite au franchisé d'ouvrir, pendant la durée du contrat ou pendant une période raisonnable après l'expiration de celui-ci, un magasin ayant un objet identique ou similaire, dans une zone où il pourrait entrer en concurrence avec un des membres du réseau ». Toutes ces clauses constituent des *restrictions accessoires*, même si l'expression n'est pas encore expressément employée (V. auj. les Lignes directrices *concernant l'application de l'article 81, § 3, du traité* : « la notion de restriction accessoire couvre

toute restriction alléguée de la concurrence qui est directement liée et nécessaire à la réalisation d'une opération principale non restrictive de concurrence et qui lui serait proportionnée » (pt 29)). Et récemment encore, la Cour de cassation faisait application de cette théorie pour reconnaître la validité une clause d'approvisionnement exclusif dont la durée était néanmoins supérieure à la limite fixée par le Règlement n° 330/2010 (Cass. com. 20 décembre 2017, n° 16-20500, et Cass. com. 20 décembre 2017, n° 16-20501 : « 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 [du TFUE] et L. 420-1 [du Code de commerce] » et le **commentaire de ces arrêts sous LDR, 6 mars 2018**).

En second lieu, à supposer que la clause ne puisse être validée comme restriction accessoire ou au titre du Règlement n° 330/2010, elle pourrait encore être « sauvée » par une exemption individuelle (V. CJUE, ord., 7 févr. 2013, aff. C-117/12, *La Retoucherie de Manuela, SL c/ La Retoucherie de Burgos, SC* : un accord qui contient des clauses « qui ne remplissent pas les conditions fixées par un règlement d'exemption par catégories, est susceptible de ne pas relever du champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, CE. En outre, le fait qu'une clause ne relève pas d'une exemption par catégories ne préjuge pas de l'application éventuelle d'une exemption individuelle » (pt 39)), dès lors que sont remplies les conditions posées par l'article 101§3 TFUE : la clause contribue à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, à réserver aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, à imposer aux entreprises intéressées des restrictions indispensables pour atteindre ces objectifs, et à ne pas éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.

2. Droit français. En vertu de l'article L. 341-2 du Code de commerce, issu de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 *pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques* :

« Toute clause ayant pour effet, après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à l'article L. 341-1 [qui sont ceux "conclus entre, d'une part, une personne physique ou une personne morale de droit privé regroupant des commerçants, autre que celles mentionnées aux chapitres V et VI du titre II du livre Ier du présent code, ou mettant à disposition les services mentionnés au premier alinéa de l'article

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

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

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

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

L. 330-3 et, d'autre part, toute personne exploitant, pour son compte ou pour le compte d'un tiers, un magasin de commerce de détail], de restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant qui a précédemment souscrit ce contrat est réputée non écrite » (art. L. 341-2, I C. com., nous soulignons).

Néanmoins, échappent à cette sanction :

« (...) les clauses dont la personne qui s'en prévaut démontre qu'elles remplissent les conditions cumulatives suivantes : 1° Elles concernent des biens et services en concurrence avec ceux qui font l'objet du contrat mentionné au I ; 2° Elles sont limitées aux terrains et locaux à partir desquels l'exploitant exerce son activité pendant la durée du contrat mentionné au I ; 3° Elles sont indispensables à la protection du savoir-faire substantiel, spécifique et secret transmis dans le cadre du contrat mentionné au I ; 4° Leur durée n'excède pas un an après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à l'article L. 341-1 » (art. L. 341-2, II C. com.).

Cette disposition n'est pas un texte qui sanctionne une pratique anticoncurrentielle, mais un texte de droit commercial général.

Elle est, à un triple titre, plus sévère que les règles européennes du droit de la concurrence.

En premier lieu, l'application de l'article L. 341-2 du Code de commerce conduit, en franchise, à déclarer nulles des clauses qui n'en respecteraient pas les conditions posées, alors même qu'elles pourraient être déclarées valables en tant que *restrictions accessoires*.

En deuxième lieu, l'application de l'article L. 341-2 du Code de commerce conduit, en franchise, à déclarer nulles des clauses qui n'en respecteraient pas les conditions posées, alors même qu'elles pourraient être déclarées valables en vertu du *Règlement n° 330/2010*. De fait, les conditions posées par ledit Règlement et l'article L. 341-2 diffèrent. Au titre du Règlement, est exemptée la clause qui est indispensable « à la protection d'un savoir-faire transféré par le fournisseur à l'acheteur », sachant que le savoir-faire est défini comme « un ensemble secret, substantiel et identifié d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du fournisseur et testées par celui-ci » ; au titre de l'article L. 341-2, est valable la clause qui est indispensable « à la protection du savoir-faire substantiel, spécifique et secret transmis ». La difficulté

concerne le terme « spécifique ». Si la jurisprudence y voyait une condition réellement autonome venant s'ajouter aux précédentes, l'application du Règlement n° 330/2010 s'en trouverait contrariée puisque la clause de non-concurrence protégeant un savoir-faire qui n'est pas spécifique (suivant le sens que la jurisprudence donnera à ce terme) serait valable au regard du Règlement, non de l'article L. 341-2.

En troisième lieu, l'application de l'article L. 341-2 du Code de commerce conduit, dans les rapports verticaux en général, à déclarer nulles des clauses qui n'en respecteraient pas les conditions posées, alors même qu'elles pourraient être déclarées valables en vertu d'une *exemption individuelle*.

3. Rapport entre le droit européen et le droit français. Le Règlement n° 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles [101] et [102] du traité comporte un article 3 important relatif au « rapport entre les articles [101] et [102] du traité et les droits nationaux de la concurrence ». Cet article prévoit notamment :

- que les États membres ne peuvent interdire par leur « *droit national de la concurrence* » des ententes qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, mais qui n'ont pas pour effet de restreindre la concurrence au sens de l'article 101§1, qui satisfont aux conditions énoncées à l'article 101§3 ou qui sont couverts par un règlement ayant pour objet l'application de l'article 101§3, tel le règlement n° 330/2010.
- mais que les États membres peuvent adopter des dispositions « *qui visent à titre principal un objectif différent de celui visé par les articles [101] et [102] du traité* » (nous soulignons)

Ainsi que l'explique le Considérant n°9 du Règlement n°1/2003 :

« Les articles [101] et [102] du traité ont pour objectif de préserver la concurrence sur le marché. Le présent règlement, qui est adopté en application des dispositions précitées, n'interdit pas aux États membres de mettre en œuvre sur leur territoire des dispositions législatives nationales destinées à protéger d'autres intérêts légitimes, pour autant que ces dispositions soient compatibles avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire. Dans la mesure où les dispositions législatives nationales en cause visent

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

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

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

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

principalement un objectif autre que celui consistant à préserver la concurrence sur le marché, les autorités de concurrence et les juridictions des États membres peuvent appliquer lesdites dispositions sur leur territoire. Par voie de conséquence, les États membres peuvent, eu égard au présent règlement, mettre en œuvre sur leur territoire des dispositions législatives nationales interdisant ou sanctionnant les actes liés à des pratiques commerciales déloyales, qu'ils aient un caractère unilatéral ou contractuel. Les dispositions de cette nature visent un objectif spécifique, indépendamment des répercussions effectives ou présumées de ces actes sur la concurrence sur le marché. C'est particulièrement le cas des dispositions qui interdisent aux entreprises d'imposer à un partenaire commercial, d'obtenir ou de tenter d'obtenir de lui des conditions commerciales injustifiées, disproportionnées ou sans contrepartie. »

Dès lors que l'article L. 341-2 n'est pas un texte de « *droit national de la concurrence* », la question se pose de déterminer s'il « *visé à titre principal* » un objectif différent de celui poursuivi par les pratiques anticoncurrentielles, à savoir la préservation de la concurrence sur le marché.

On commencera par relever qu'il est curieux que l'effectivité de la primauté du droit européen de la concurrence dépende d'un critère aussi subjectif que celui des objectifs poursuivis par le législateur, alors même que ce seraient les objectifs réels et non ceux *affichés* qui importent. Est-il admissible qu'une même règle puisse être jugée ou non conforme au droit européen en fonction des *objectifs* poursuivis par le législateur ? N'est-il pas plus pertinent de scruter l'*objet* ou les *effets* de la règle, critères autrement plus objectifs ? A ce titre, comment ne pas voir la proximité qui confine à l'identité entre les pratiques visées par l'article 5§3 du Règlement n° 330/2010 et l'article L. 341-2 du Code de commerce ? Partant, comment se satisfaire, au vu du principe de primauté, que ce dernier interdise des pratiques qui ne le sont pas par le premier ?

Toutes ces considérations conduisent à penser que la fortune de l'article L. 341-2 du Code de commerce est très incertaine (sinon que son destin est scellé, comme l'est probablement celui de l'interdiction de la revente à perte, pour des raisons comparables, V. C. Grimaldi, « Revente à perte et prix minima imposés », obs. ss. Cass. crim., 16 janvier 2018, no 16-83457, in LEDICO, mars 2018, n° 111b9, p. 3) et que l'on attend

rapidement qu'une question préjudicielle soit posée à la Cour de Justice !

A rapprocher : Numéro spécial Loi Macron - Volet relatif aux relations contractuelles entre les réseaux de distribution et les commerces de détail, LDR 12 août 2015

Clause de non-concurrence introduite dans un contrat soumis à l'article L. 7322-1 du code du travail et contrepartie financière
CA Aix-en-Provence, 1^{er} août 2018, n° 15/21146

Ce qu'il faut retenir :

Une clause de non-concurrence introduite dans le contrat d'un gérant non-salarié de succursale de maison d'alimentation de détail n'est licite que si elle comporte l'obligation pour la société de distribution de verser au gérant une contrepartie financière.

Pour approfondir :

1. Telle est la solution rappelée par l'arrêt commenté, rendu en application du principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle et des dispositions de **l'article L. 7322-1 du Code du travail**.

2. Retenue par la Cour de cassation depuis bientôt dix ans (Cass. soc., 8 déc. 2009, Bull. V, n° 277 (2) (rejet) ; Soc., 8 déc. 2009, Bull. V, n° 278 (rejet)), cette solution a été réaffirmée, notamment à l'occasion du pourvoi formé contre un arrêt qui, pour débouter un gérant non-salarié de sa demande tendant à l'indemnisation du préjudice que lui avait causé le respect d'une clause de non concurrence dépourvue de contrepartie financière stipulée dans un contrat de gérance, avait retenu que si la clause de non concurrence imposée au salarié, qu'il convient de protéger particulièrement, ne prévoit pas de contrepartie financière, le *salarié* et lui seul, peut alors se prévaloir de la nullité de cette clause, car la contrepartie financière de l'obligation de non concurrence, allouée en raison d'un travail antérieur, a dans ce cas le caractère d'un salaire, il en va différemment dans le cadre du contrat de gérance non salariée, aucun lien de subordination n'existant entre les parties qui consentent librement à leurs engagements respectifs (Cass. soc., 5 oct. 2016, n 15-22730 (cassation)). Cette solution s'applique donc au

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

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

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

contrat soumis aux dispositions de l'article L. 7322-1 précité, peu important l'absence de lien de subordination (qui au demeurant n'est pas une condition requise pour l'application de ce texte), dès lors que l'exigence d'une contrepartie financière à la clause de non-concurrence répond au principe fondamental de libre exercice d'une activité professionnelle (Cass. soc., 5 oct. 2016, préc.).

3. Cette solution, qui participe à l'élaboration d'un régime juridique uniforme de la clause de non-concurrence, ne doit pas atteindre les autres contrats de distribution, impropres à faire l'objet d'une application des dispositions du droit du travail.

A rapprocher : Cass. soc., 5 oct. 2016, n 15-22730, Publié au bulletin

Vent de liberté sur les réseaux de distribution sélective Analyse de la jurisprudence

Ce qu'il faut retenir :

Si un réseau de distribution sélective a pour effet de limiter la concurrence intramarque en restreignant les acteurs susceptibles de distribuer les produits, on observe depuis plusieurs années des décisions favorables à la liberté des têtes de réseau.

Cette observation se vérifie dans la distribution sélective qualitative et quantitative.

Pour approfondir :

1. La distribution sélective est définie par le Règlement n°330/2010 de la Commission européenne du 20 avril 2010 *concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées*, comme un « système de distribution dans lequel le fournisseur s'engage à ne vendre les biens ou les services contractuels, directement ou indirectement, qu'à des distributeurs sélectionnés sur la base de critères définis, et dans lequel ces distributeurs s'engagent à ne pas vendre ces biens ou ces services à des distributeurs non agréés dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système » (art. 1.1, e)).

2. Deux éléments ressortent de cette définition, qui sont essentiels à la qualification : d'une part, l'agrément sur la base de critères définis, d'autre part, l'étanchéité du réseau. S'agissant tout particulièrement des « critères définis », ils peuvent être *qualitatifs* ou *quantitatifs*. Lorsque la distribution sélective est qualitative, les critères consistent en général dans des qualités attendues du distributeur (ex. formation professionnelle, expérience professionnelle, etc.) ou de son point de vente (ex. emplacement, surface de vente, etc.) ; lorsque la distribution sélective est quantitative, elle repose sur un *numerus clausus direct* (ex. 100 points de vente en France) ou *indirect* (ex. 1 point de vente par 10.000 habitants dans les villes de plus de 10.000 habitants). Le système de distribution sélective peut d'ailleurs être mixte en ce qu'il repose sur un *numerus clausus* et en ce que l'agrément est subordonné au respect de certaines exigences qualitatives.

3. Si un réseau de distribution sélective a pour effet de limiter la concurrence intramarque en restreignant les acteurs susceptibles de distribuer les produits – ce qui explique que le droit de la concurrence s'y intéresse –, on observe depuis plusieurs années des décisions favorables à la liberté des têtes de réseau. Afin de le vérifier, on distinguera la distribution sélective qualitative (I) puis quantitative (II).

I – La distribution sélective qualitative

4. *In limine*, afin de dégager la marge de liberté de la tête de réseau, une distinction fondamentale doit être faite.

En toute hypothèse, la distribution sélective qualitative ne relève pas de l'interdiction de l'article 101§1 TFUE si certaines conditions sont remplies, ainsi que le décide la Cour de justice depuis son célèbre arrêt *Metro* (CJCE, 25 octobre 1977, *Metro SB-Großmärkte/Commission* aff. 26/76). Si la formulation de ces conditions a quelque peu évolué au fil du temps, dans l'arrêt *Pierre Fabre*, la Cour a considéré que « l'organisation d'un tel réseau ne relève pas de l'interdiction de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, pour autant que le choix des revendeurs s'opère en fonction de critères objectifs de caractère qualitatif, fixés d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire, que les propriétés du produit en cause nécessitent, pour en préserver la qualité et en assurer le bon usage, un tel réseau de distribution et, enfin, que les critères définis n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire » (CJUE, 13 oct. 2011, *Pierre Fabre*,

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

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

aff. C-439/09, pt 41), formule reprise à l'identique dans l'arrêt *Coty* (CJUE, 6 déc. 2017, *Coty Germany GmbH c/ Parfümerie Akzente GmbH*, aff. C-230/16, pt 24). C'est donc à une triple condition que la distribution sélective ne relève pas de l'article 101§1. *Primo*, les propriétés du produit en cause *nécessitent* un système de distribution sélective, en ce sens qu'un tel système constitue une exigence légitime, eu égard à la nature des produits concernés, et notamment à leur haute qualité ou technicité, pour en préserver la qualité et en assurer le bon usage. *Secundo*, la sélection se fonde sur des *critères objectifs de caractère qualitatif*, fixés d'une *manière uniforme* à l'égard de tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon *non discriminatoire*. *Tertio*, les critères définis ne vont pas *au-delà de ce qui est nécessaire*.

Si ces conditions ne sont pas remplies, le réseau de distribution sélective relève bien de l'article 101§1 et sa licéité est donc subordonnée à son exemption. C'est là tout l'intérêt du Règlement n°330/2010 qui, justement, exempte tout système de distribution sélective dès lors que les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur n'excèdent pas chacune 30 %. Ainsi que le précise la Commission dans ses Lignes directrices, « *la distribution sélective, qu'elle soit qualitative ou quantitative, bénéficie de l'exemption prévue par le règlement d'exemption par catégorie (...) même si elle est associée à d'autres restrictions verticales qui ne sont pas caractérisées, telles qu'une obligation de non-concurrence ou la distribution exclusive, sous réserve que les distributeurs agréés puissent procéder à des ventes actives sans restriction tant entre eux qu'aux consommateurs finals. L'exemption par catégorie s'applique à la distribution sélective quelle que soit la nature du produit concerné et des critères de sélection.* » (Lignes directrices sur les relations verticales, pt. 176).

Le règlement d'exemption jouant *a priori*, il n'énonce qu'une présomption qui peut être renversée : « *en cas d'effets préjudiciables sensibles sur la concurrence, le bénéfice de l'exemption par catégorie sera probablement retiré.* » (Lignes directrices sur les relations verticales, pt. 176).

5. Cette précision faite, si un vent de liberté souffle sur la distribution sélective qualitative, c'est à un double égard : la liberté reconnue à la tête de réseau d'interdire dans certains cas aux distributeurs la revente des produits sur des *market places* (A) et la liberté qui leur est reconnue de refuser d'agréer un distributeur remplissant pourtant les critères de sélection posés (B).

A – La liberté d'interdire dans certains cas aux distributeurs la revente des produits sur des *market places*

6. Dans l'affaire *Coty* tranchée par la Cour de justice en 2017 (CJUE, 6 décembre 2017, *Coty Germany GmbH c/ Parfümerie Akzente GmbH*, aff. C-230/16), deux questions importantes étaient posées à la Cour.

7. En premier lieu, l'article 101§1 TFUE doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose, dans un système de distribution sélective de produits de luxe visant, à titre principal, à préserver l'image de luxe de ces produits, à ce qu'une clause interdise aux distributeurs agréés de recourir de manière visible à des plateformes tierces pour la vente sur Internet des produits ?

Selon la Cour, dès lors que la clause litigieuse remplit *elle-même* les conditions de licéité d'un système de distribution sélective, elle n'est pas restrictive de concurrence (pt 40).

Or, en l'espèce, la Cour note que la clause a pour objectif de préserver l'image de luxe et de prestige des produits concernés, qu'elle est objective, uniforme, et s'applique sans discrimination, avant s'insister sur la question de savoir si la clause « est proportionnée au regard de l'objectif poursuivi, c'est-à-dire si une telle interdiction est *appropriée* pour préserver l'image de luxe de ces produits et si elle ne va *pas au-delà de ce qui est nécessaire* pour atteindre cet objectif ». A cet égard, la Cour relève, *primo*, que la clause garantit « au fournisseur que, dans le cadre du commerce électronique de ces produits, ces derniers sont rattachés exclusivement aux distributeurs agréés » (pt 44) et que, s'agissant de produits de luxe, elle permet « *de contrôler que ses produits seront vendus en ligne dans un environnement qui correspond aux conditions qualitatives* » fixées (pt 47). De fait, les plateformes tierces ne sont pas tenues de respecter ces exigences à l'endroit du fournisseur et la revente des produits dans des conditions distinctes de celles du réseau et avec d'autres produits est de nature à porter atteinte à l'image des produits du réseau. *Secundo*, s'agissant du point de savoir si l'interdiction en cause au principal dépassait ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi, la Cour commence par observer que la clause n'interdisait pas de manière générale de vendre sur Internet, mais seulement de vendre par l'intermédiaire de plateformes tierces qui opèrent de façon visible à l'égard des consommateurs. A cet égard, la Cour note que le Rapport de la Commission *relatif à l'enquête sectorielle sur le commerce électronique* du 10 mai 2017 relève que plus de 90 % des détaillants ayant participé

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

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

à l'enquête utilisent leur propre point de vente en ligne pour vendre en ligne. Ainsi, l'interdiction faite à ses distributeurs agréés de recourir de façon visible à des plateformes tierces pour la vente sur Internet de produits de luxe n'est pas jugée comme allant au-delà de ce qui est nécessaire pour préserver l'image de luxe desdits produits. En définitive, la Cour considère qu'une clause qui interdit aux distributeurs agréés d'un système de distribution sélective de produits de luxe visant, à titre principal, à préserver l'image de luxe de ces produits, de recourir de manière visible à des plateformes tierces pour la vente sur Internet des produits contractuels est conforme à l'article 101§1 TFUE dès lors que cette clause vise à préserver l'image de luxe desdits produits, qu'elle est fixée d'une manière uniforme et appliquée d'une façon non discriminatoire, et qu'elle est proportionnée au regard de l'objectif poursuivi, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier (pt 58).

8. En second lieu, et à titre subsidiaire, si la juridiction de renvoi devait conclure que la clause interdisant le recours à une plateforme tierce restreignait la concurrence au sens de l'article 101§1 TFUE, peut-elle bénéficier, en vertu de l'article 101§3 TFUE, d'une exemption au titre du règlement n° 330/2010 ou bien constitue-t-elle une restriction caractérisée au sens de l'article 4 du règlement n° 330/2010, en ce qu'elle emporterait une restriction de la clientèle, au sens de l'article 4, sous b) ou une restriction des ventes passives aux utilisateurs finals, au sens de l'article 4, sous c) ?

La Cour note que les éléments soumis à son appréciation ne lui ont pas permis « de délimiter, au sein du groupe des acheteurs en ligne, les clients de plateformes tierces » (pt 66) et que le contrat qui lui est soumis « autorise, sous certaines conditions, les distributeurs agréés à faire de la publicité par l'intermédiaire d'Internet sur des plateformes tierces et l'utilisation des moteurs de recherche en ligne, de telle sorte que (...) les clients sont normalement en mesure de trouver l'offre Internet des distributeurs agréés, en utilisant de tels moteurs » (pt 67). Elle en conclut que « même si elle restreint une forme particulière de vente sur Internet, une interdiction telle que celle en cause au principal ne constitue pas une restriction de la clientèle des distributeurs, au sens de l'article 4, sous b) (...) ni une restriction des ventes passives des distributeurs agréés aux utilisateurs finals, au sens de l'article 4, sous c), (...) » (pt 68). La portée de la solution est potentiellement très importante ; ainsi que l'indique un éminent auteur : « tout système de distribution sélective, même s'il ne remplit pas les conditions posées depuis l'arrêt Metro pour ne pas relever de l'article

101§1 TFUE, dès lors qu'il se trouve dans la zone de sécurité du règlement (en raison notamment du non franchissement du seuil des parts de marché), pourrait comprendre une clause interdisant le recours à une plateforme tierce, puisqu'il ne s'agit pas d'une restriction caractérisée ... à moins que l'exemption ne soit retirée » (C. Grimaldi, « Distribution sélective et market place : il est permis d'interdire », D. 2018, p. 150).

B – La liberté de refuser d'agréer un distributeur remplissant les critères de sélection

9. Tout système de distribution sélective repose sur des « critères définis » (*supra*, n° 2). Alors qu'on aurait pu s'attendre à ce que tout distributeur remplissant lesdits critères « ait un droit à l'approvisionnement », plusieurs décisions rendues par les juridictions nationales en ont décidé autrement, au regard, en substance, de la liberté contractuelle de la tête de réseau et de sa liberté de ne pas contracter.

10. C'est dans un arrêt *Rolex* que la Cour d'appel de Paris a posé les jalons de cette doctrine. Elle y considère que « [l]e principe fondamental de liberté contractuelle autorise tout opérateur économique à organiser son réseau de distribution comme il l'entend sous la seule réserve de ne commettre aucune pratique anticoncurrentielle. La société Rolex était donc libre de ne pas examiner la candidature de la société X sans avoir à en justifier, peu important que celle-ci remplisse les critères de sélection. La société Rolex étant seule en droit de déterminer son orientation commerciale, c'est vainement que la société X lui fait grief d'avoir agréé des grands magasins plutôt qu'une boutique de moyenne surface. (...) En conséquence (...), la société X échoue à démontrer que le refus d'agrément soit constitutif d'un abus de droit » (CA Paris 19 oct. 2016, n° 14/07956, nous soulignons).

C'est toujours au nom de la liberté contractuelle que la cour d'appel de Paris a admis qu'un concessionnaire automobile pouvait refuser d'agréer un réparateur qui, pourtant, remplissait les critères de sélection : le refus d'agréer « ne peut en lui-même constituer une faute de nature à engager sa responsabilité dès lors qu'il n'existait aucune obligation pour [le concessionnaire] d'agréer un candidat remplissant les critères de sélection en raison du principe de liberté contractuelle et que ce refus d'agrément ne constitue pas une pratique anti-concurrentielle au sens de l'article L 420-1 du code de commerce » (CA Paris, 27 févr. 2017, n° 15/12029).

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

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

11. En se plaçant sur le terrain du droit des contrats, la Cour d'appel de Paris se montre cependant soucieuse de ne pas convoquer seulement le principe de liberté contractuelle, en se référant également au principe de bonne foi. Dans une affaire où il était question d'un refus d'un nouvel agrément par un concédant d'un concessionnaire, la Cour considère qu'à le supposer licite au regard du droit de la concurrence, il n'échappait pas pour autant « *au droit général des contrats, le concédant étant tenu, dès la phase précontractuelle, de respecter son obligation générale de bonne foi dans le choix de son cocontractant* » (CA Paris, 24 mai 2017, n° 15/12129). Poursuivant, la Cour relève, d'une part, que « *s'il appartient, en stricte application du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, à tout fournisseur d'organiser le mode de distribution de ses produits et de procéder aux modifications et rationalisations jugées nécessaires sans que ses cocontractants ne bénéficient d'un droit acquis à y demeurer, le titulaire du réseau se doit, néanmoins, de sélectionner ses distributeurs sur le fondement de critères définis et objectivement fixés et d'appliquer ceux-ci de manière non-discriminatoire* » et, d'autre part, que le concédant « *ne peut sélectionner ses concessionnaires à la suite d'un appel à candidature, sans justifier les motifs de son choix au regard des critères de sélection qu'il s'est lui-même fixé* » : « *le concédant se devait, dans le processus de sélection de ses concessionnaires auquel il procédait après leur avoir préalablement adressé un courrier d'appel à candidature, de sélectionner ses concessionnaires selon les critères qu'il s'était fixé, au nom du principe général de bonne foi, applicable dès la phase précontractuelle, même si le choix de ces critères relevait de sa libre appréciation* ». Plus précisément, la Cour considère que « *[l]'exigence de justifier de l'application régulière et non discriminatoire des critères de sélection impose de vérifier (...) que les critères ont été notifiés à tous les candidats dans les mêmes conditions, et préalablement à leur réponse* » (la Cour en profite pour indiquer que sa jurisprudence Rolex n'était pas applicable en l'espèce dans la mesure où elle « *concerne un refus d'agrément opposé par un fabricant à un commerçant qui souhaitait spontanément, et, pour la première fois, entrer dans le réseau de distribution, et non le processus de sélection de plusieurs distributeurs opéré par le concédant lui-même, à son initiative* »). Elle ajoute que « *[l]e processus de sélection objectif nécessite (...) que le refus soit motivé et permette ainsi de vérifier que les candidatures ont été examinées avec sérieux.* ».

Or, en l'espèce, la Cour juge le refus d'agrément « *insuffisamment motivé, puisqu'il n'est pas*

accompagné d'appréciations littérales ou chiffrées au regard des critères » posés par le concédant, ce qui témoigne « *du défaut d'examen sérieux de sa candidature* ». D'ailleurs, elle note que le distributeur retenu n'était pas plus méritant que celui qui était évincé et que le « *véritable motif* » du refus d'agrément du candidat évincé résultait de « *motifs ne figurant pas au nombre des critères d'agrément retenus* » par le concédant.

12. Un récent arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris dans un réseau de distribution automobile illustre bien les idées-force de sa jurisprudence, encore qu'il ne soit pas fait de distinction entre le premier agrément et le renouvellement d'agrément (CA Paris, 27 juin 2018, n° 15/24833). La Cour rejette la demande d'un distributeur non agréé, tant sur le fondement du droit de la concurrence que du droit des contrats. *Primo*, « *[e]n droit de la concurrence, le refus d'agréer un candidat remplissant les critères de sélection est exonéré au titre de l'article L.420-4 du code de commerce ou de l'article 101§3 du TFUE si les parts de marché des sociétés sur leur marché respectif sont inférieures à 30 %. Si la part de marché de l'une des parties excède ce seuil, l'exonération automatique du règlement d'exemption tombe, mais il appartient alors à la victime de démontrer que le refus d'agrément discriminatoire enfreint l'article L. 420-1 du code de commerce ou l'alinéa 1 de l'article 101 du TFUE.* » Or, relève la cour, le distributeur éconduit n'avait pas apporté une telle preuve. *Secundo*, « *[e]n droit des contrats, il appartient à la victime du refus de démontrer la faute civile de son partenaire.* » Or, relève la Cour, le distributeur éconduit ne démontrait pas l'existence d'une discrimination abusive par rapport aux autres distributeurs qui avaient été reconduits.

13. La Cour de cassation paraît être sur la même ligne que la Cour d'appel de Paris. Dans un arrêt rendu le 8 juin 2017 (Cass. com., 8 juin 2017, n° 15-28355), la Haute juridiction a eu à connaître du non-renouvellement d'agrément par un fournisseur de produits cosmétiques d'un distributeur précédemment agréé. Alors que le distributeur éconduit invoquait le refus d'agrément injustifié au vu des critères posés par le fournisseur pour demander à être livré ou être indemnisé, la Cour de cassation relève en premier lieu « *que le litige ne portant pas sur le refus d'un nouvel agrément du distributeur à l'issue du non-renouvellement de son contrat mais sur la cessation de celui-ci, c'est à juste titre que la cour d'appel a retenu que le respect ou non par [le distributeur] des conditions d'agrément était inopérant et que ce dernier invoquait à tort les dispositions des articles 101 TFUE et L. 420-1*

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

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

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

du code de commerce » . La Cour introduit donc, dans le prolongement de la jurisprudence de la cour d'appel de Paris, une distinction entre le refus d'un premier agrément et le refus du renouvellement d'agrément, sans qu'on en comprenne bien le sens et la portée. La Cour de cassation relève en second lieu que « *sauf abus de droit, nul n'est tenu de renouveler un contrat venu à son terme [et] que le [distributeur] (...) postule le contraire sans invoquer d'abus de droit* ».

Autrement dit, l'agrément ne donne pas droit à un nouvel agrément, même dans un réseau de distribution sélective.

II – La distribution sélective quantitative

14. Si un vent de liberté souffle sur la distribution sélective quantitative, c'est depuis un arrêt *Auto 24* rendu par la Cour de Justice (CJUE, 14 juin 2012, *Auto 24*, C-158-11) au vu, il est important de le relever, de l'ancien Règlement n°1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002, *concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile*.

15. Alors que ledit règlement retenait une stricte définition de la distribution sélective qualitative (ce qui pouvait se comprendre dès lors que l'exemption était acquise indépendamment de la part de marché détenue : art. 3.1), en ce qu'elle y intégrait en substance les éléments de la jurisprudence *Metro* (art. 1.1, h) : « *Aux fins du présent règlement, on entend par (...) "système de distribution sélective qualitative": un système de distribution sélective dans lequel le fournisseur applique, pour sélectionner les distributeurs ou les réparateurs, des critères purement qualitatifs, requis par la nature des biens ou des services contractuels, établis uniformément pour tous les distributeurs ou réparateurs souhaitant adhérer au système de distribution, et appliqués d'une manière non discriminatoire et ne limitant pas directement le nombre de distributeurs ou de réparateurs* », il définissait la distribution sélective quantitative comme « *un système de distribution sélective dans lequel le fournisseur applique, pour sélectionner les distributeurs et les réparateurs, des critères qui limitent directement le nombre de ceux-ci* » (art. 1.1, g).

16. La question était posée à la Cour de déterminer si les « *critères qui limitent directement le nombre* » de distributeurs et réparateurs devaient, pour profiter de l'exemption, remplir les conditions posées par le Règlement pour la distribution sélective qualitative.

La Cour y répond par la négative : peu importe que les critères soient « *objectivement justifiés et appliqués de façon uniforme et non différenciée à l'égard de tous candidats à l'agrément* » (CJUE, 14 juin 2012, *Auto 24*, C-158-11, pt 40 ; v. déjà Cass. com. 28 juin 2005, B. 139 : « *le constructeur a choisi comme critère quantitatif un seul point de vente par aire urbaine de 500 000 habitants et (...) ce critère est défini de manière précise, les aires urbaines étant constituées d'un pôle urbain et d'une couronne périphérique, chacun des concepts de la définition correspondant à une réalité géographique et économique ; (...) les cent cinquante points de vente correspondent pour 98 % d'entre eux aux aires urbaines définies, tandis que le découpage est différent pour quatre d'entre eux en raison des spécificités locales ; (...) la cour d'appel a pu en déduire que le critère retenu est objectif et précis, correspondant à une zone de chalandise ; (...) elle n'avait dès lors pas à juger de l'opportunité du choix de ce critère* ». Il suffit que les critères soient « *définis* », c'est-à-dire que leur contenu soit « *précis et peut être vérifié* » (CJUE, 14 juin 2012, *Auto 24*, C-158-11, pt 40), le fait qu'ils soient « *publiés* » étant indifférent (*ibid*, pt 31).

En conséquence, la distribution sélective quantitative offre aux têtes de réseau une liberté très importante, sauf à respecter le *numerus clausus*. Reste une question importante, qui n'a pas encore été tranchée : dans quelles conditions le *numerus clausus* peut-il évoluer, notamment en vue de permettre à la tête de réseau d'agréer de nouveaux distributeurs ?

17. Depuis que le secteur automobile relève du Règlement n°330/2010, on sait que lorsque les parts de marché du fournisseur et de l'acheteur n'excèdent pas chacune 30 %, que « *[l]a distribution sélective, qu'elle soit qualitative ou quantitative, bénéficie de l'exemption prévue par le règlement d'exemption par catégorie (...) même si elle est associée à d'autres restrictions verticales qui ne sont pas caractérisées, telles qu'une obligation de non-concurrence ou la distribution exclusive, sous réserve que les distributeurs agréés puissent procéder à des ventes actives sans restriction tant entre eux qu'aux consommateurs finals. L'exemption par catégorie s'applique à la distribution sélective quelle que soit la nature du produit concerné et des critères de sélection.* » (Lignes directrices sur les restrictions verticales, pt. 176). *Quid* lorsque, compte tenu des parts de marché détenues, l'exemption ne sera pas possible au titre du Règlement ? L'absence d'infraction du système de distribution sélective quantitative à l'article 101§1 TFUE ne sera-t-elle pas subordonnée au respect des conditions posées par la jurisprudence *Metro* ?

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

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

A rapprocher : C. Grimaldi, « Distribution sélective et market place : il est permis d'interdire », D. 2018, p. 150

Sanction de la violation par une plate-forme internet d'une interdiction de revente hors réseau
CA Paris, 13 juill. 2018, n° 17/20787

Ce qu'il faut retenir :

La Cour d'appel de Paris confirme l'injonction faite par le Juge des Référé du Tribunal de Commerce de Paris à une plate-forme en ligne de cesser toute commercialisation de produits cosmétiques haut de gamme distribués par l'intermédiaire d'un réseau de distribution sélective, en application de l'article L.442-6-I-6° du Code de commerce sanctionnant la violation de l'interdiction de revente hors réseau, après avoir considéré que la tête de réseau justifiait de la licéité de son réseau de distribution sélective en faisant application d'une jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne.

Pour approfondir :

1. La société C. fabrique des produits cosmétiques haut de gamme, qu'elle distribue dans le cadre d'un réseau de distribution sélective.

2. Depuis une procédure d'engagements ayant donné lieu à une décision du Conseil de la concurrence du 8 mars 2007, la société C. permet à ses distributeurs agréés disposant d'un point de vente physique de vendre des produits en ligne sur leur propre site internet. Pour rappel, le Conseil de la concurrence s'était saisie d'office des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des produits cosmétiques vendus sur conseil pharmaceutique et concernant des produits dits haut de gamme, au nombre desquels ceux de la société C. Par une décision rendue le 8 mars 2007, le Conseil de la Concurrence a accepté les engagements pris notamment par la société C. consistant en la modification de ses contrats de distribution sélective et en la rédaction d'un contrat spécifique pour la vente par internet réservée aux membres de son réseau (Conseil de la Concurrence, Décision n° 07-D-07 du 8 mars 2007).

En permettant la vente en ligne des produits C. sur le site propre des pharmaciens distributeurs agréés, les contrats de distribution sélective interdisaient

cependant le recours à la vente en ligne par le biais de plateformes tierces – ou places de marché (« marketplace »).

3. En 2013, la société C. a néanmoins constaté que des produits de sa marque étaient commercialisés sur le site 1...pharmacies.com, plateforme internet éditée par une société E.S., par laquelle des pharmaciens peuvent vendre leurs produits au public. En avril 2013, la société C. a mis en demeure la société E.S. de cesser la commercialisation de ses produits.

4. Par exploit du 5 novembre 2014, la société C. a assigné la société E.S. par devant le juge des référés du Tribunal de commerce de Paris pour qu'il lui soit fait injonction de cesser la commercialisation de ses produits sur son site internet.

5. Par ordonnance du 31 décembre 2014, le Juge des référés a, au visa de l'article 873 alinéa 1^{er} du code de procédure civile, enjoint à la société E.S., sous astreinte de 1.000 euros par jour de retard et par infraction, pendant un délai de 30 jours, de :

- cesser toute commercialisation des gammes de produits de marque C. et de supprimer toute référence à ces produits sur le site internet <http://www.1...pharmacies.com> dans les 30 jours de la signification de l'ordonnance ;
- supprimer tout référencement et tout lien avec d'autres sites renvoyant vers son serveur et faisant référence aux gammes de produits de marque C. dans le même délai ;
- supprimer toutes les reproductions de photographies et de descriptifs appartenant à la société C. sur le site internet <http://www.1...pharmacies.com> dans le même délai.

La société E.S. a interjeté appel de cette décision.

6. Par un arrêt du 2 février 2016, la Cour d'appel de Paris a infirmé partiellement cette décision et a dit n'y avoir lieu à référé sur la demande d'injonction de la société C.

Après avoir constaté « *qu'en ne permettant que la vente en ligne par le site propre du pharmacien, distributeur des produits C., les contrats de distribution sélective de la société C. interdisent par principe le recours à la vente en ligne par le biais de plates-formes - ou places de marché - en ligne telle que celle proposée par la société E.S. à l'adresse <http://www.1...pharmacies.com/>* », la Cour a énoncé

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

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

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

qu'« il résulte des deux décisions de l'Autorité de la concurrence des 23 juillet 2014 et 24 juin 2015, concernant le réseau de distribution sélective S., interdisant la vente en ligne par le biais de plateformes internet, du communiqué de presse de cette Autorité du 18 novembre 2015 dans une affaire A. similaire, de la position récemment prise par l'Autorité de la concurrence allemande en faveur du caractère anticoncurrentiel d'une pratique comparable dans les contrats de distribution sélective A. et A., enfin de la consultation du professeur C. produite par la société E.S. en mai 2015, un faisceau d'indices sérieux et concordants tendant à établir avec l'évidence requise en référé que cette interdiction de principe du recours, pour les distributeurs des produits C., pour l'essentiel pharmaciens d'officine, à une plate-forme en ligne, quelles qu'en soient les caractéristiques, est susceptible de constituer, sauf justificatif objective, une restriction de concurrence caractérisée exclue du bénéfice de l'exemption communautaire individuelle visée à l'article L.442-6-1-6° susvisé qui fonde les demandes litigieuses ».

La Cour en a déduit que cette éventualité prive le trouble allégué par la société C. de tout caractère manifestement illicite (CA Paris, 2 févr. 2016, n° 15/01542). La société C. a formé un pourvoi contre cet arrêt.

7. Par un arrêt du 13 décembre 2017, la Cour de cassation a cassé l'arrêt d'appel en considérant « qu'en se déterminant ainsi, sans expliquer en quoi les décisions auxquelles elle se référait étaient de nature à écarter l'existence d'un trouble manifestement illicite résultant de l'atteinte au réseau de distribution sélective de la société C., dont la licéité avait été admise par la décision n° 07-D-07 du 8 mars 2007 du Conseil de la concurrence, qui n'avait pas fait l'objet de révision, la cour d'appel a privé sa décision de base légale » et a renvoyé les parties devant la cour d'appel de Paris (Cass. com., 13 sept. 2017, n° 16-15.067).

8. A nouveau saisie de cette affaire, la Cour d'appel de Paris a, par un arrêt du 13 juillet 2018, confirmé l'ordonnance de référé du 31 décembre 2014 en toutes ses dispositions et a rejeté l'ensemble des demandes de la société E.S. (CA Paris, 13 juill. 2018, n° 17/20787).

La Cour a tout d'abord considéré que « la société E.S. n'exerce pas une simple activité d'hébergement à l'égard des pharmaciens qui ont recours à son site, contrairement à ce qu'elle indique ». Elle a, par ailleurs, considéré que « la société C. justifie de la licéité de son réseau de distribution sélective. L'atteinte qui y est

portée par la société E.S. procède d'un trouble manifestement illicite auquel les mesures adoptées par le premier juge permettent de remédier de manière pertinente ».

9. Le présent commentaire portera sur cette deuxième partie de la décision, relative aux conditions d'application de l'article L.442-6-1-6° du Code de commerce, selon lequel : « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers : (...) 6° De participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence ».

Pour préserver l'étanchéité de son réseau de distribution, un fournisseur a en effet la possibilité d'interdire à ses distributeurs agréés de procéder à des ventes actives ou passives hors réseaux (à l'exclusion des consommateurs finals), c'est-à-dire aux distributeurs ne bénéficiant pas d'un agrément.

La Cour de justice de l'Union européenne a même rappelé qu'il en allait de l'essence même d'un système de distribution sélective (CJCE, 25 octobre 1977, Aff. C-26/76, Métro/Commission, EU-C-1977-167, pt 7 : « tout système de commercialisation fondé sur une sélection des points de distribution implique nécessairement l'obligation, pour les grossistes faisant partie du réseau, de n'approvisionner que des revendeurs agréés et, partant, la possibilité pour le producteur intéressé de contrôler l'observation de cette obligation »).

L'article 4, b, iii) du Règlement (UE) N° 330/2010 de la Commission européenne du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées prévoit également que l'accord peut prévoir une restriction des ventes « par les membres d'un système de distribution sélective à des distributeurs non agréés, dans le territoire réservé par le fournisseur pour l'opération de ce système ».

Un fournisseur a donc tout intérêt à préserver l'étanchéité de son réseau en interdisant à ses distributeurs agréés de procéder à des ventes hors réseaux.

Il doit également être en mesure de contrôler cette étanchéité, afin de préserver son image et de

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

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

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

restreindre les atteintes portées aux distributeurs agréés par des importateurs parallèles.

A cette fin, il a la possibilité d'agir à l'encontre d'un distributeur non agréé commercialisant ses produits, à la fois sur le fondement :

- de l'article L.442-6-I-6° précité,
- et de la responsabilité civile délictuelle (article 1240 du Code Civil).

10. La jurisprudence considère, en effet, que « *si le fait de commercialiser des produits relevant d'un réseau de distribution sélective ne constitue pas en lui-même un acte fautif, l'achat de marchandises, dans des conditions illicites ou frauduleuses caractérise un acte de concurrence déloyale. Qu'ainsi, un tiers à un réseau de distribution sélective commet une faute en acquérant d'un distributeur agréé, en violation du contrat liant celui-ci au réseau, des produits commercialisés selon ce mode de distribution* » (CA Paris, 1^{er} oct. 1997, n° 95-017695 ; Cf. également Cass. com., 4 juill. 2006, n° 03-16383).

En l'espèce, les distributeurs agréés par la société C. étaient tous liés par une clause d'interdiction de revente hors réseau.

La société C. a donc assigné la société E.S. en référé pour obtenir la cessation du trouble manifestement illicite résultant de la vente de ses produits par le biais de cette plateforme internet en violation de l'interdiction de revente hors réseau faite à ses distributeurs en se prévalant de l'article L.442-6-I-6° du Code de commerce.

La société E.S. a cependant mis en cause la licéité du réseau de la société C. au motif qu'en interdisant catégoriquement la vente en ligne des pharmaciens agréés par une plate-forme qualitative, les contrats de distribution sélective de la société C. contenaient une restriction de concurrence caractérisée empêchant la société C. d'invoquer le bénéfice de l'application de l'article L.442-6, I, 6° du Code de commerce.

11. Dans son arrêt du 13 juillet 2018, la Cour d'appel de Paris a donc vérifié si les contrats conclus entre la société C. et son réseau de distribution étaient susceptibles de restreindre la concurrence au sens de l'article 101 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE), qui sanctionne les accords ou pratiques concertées « *susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou*

pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché intérieur ».

La Cour rappelle, en premier lieu, qu'« *il résulte de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE, 1^{ère} ch., 6 décembre 2017, aff. C-230/16, Coty Germany), qu'un système de distribution sélective de produits de luxe visant, à titre principal, à préserver l'image de luxe de ces produits est conforme à cette disposition, pour autant que le choix des revendeurs s'opère en fonction de :*

- *critères objectifs de caractère qualitatif,*
- *fixés d'une manière uniforme à l'égard de tous les revendeurs potentiels,*
- *et appliqués de façon non discriminatoire,*
- *et que les critères définis n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire* ».

12. Par cet arrêt, la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) a réitéré les conditions de conformité des critères qualitatifs exigées depuis l'arrêt Métro (CJCE, 25 octobre 1977, Aff. C-26/76, Métro/Commission) et s'est prononcée, pour la première fois, sur l'interdiction de revente sur des places de marché en ligne à la lumière de ces critères, en considérant que l'article 101, paragraphe 1 du TFUE ne s'oppose pas à une clause contractuelle qui interdit aux distributeurs agréés d'un système de distribution sélective de recourir de manière visible à des plateformes tierces pour la vente sur Internet des produits contractuels, dès lors que cette clause vise à préserver l'image de luxe desdits produits, qu'elle est fixée d'une manière uniforme et appliquée d'une façon non discriminatoire, et qu'elle est proportionnée au regard de l'objectif poursuivi (CJUE, 1^{ère} ch., 6 décembre 2017, Aff. C-230/16, Coty Germany).

En droit français, le corollaire de l'article 101 du TFUE est l'article L.420-1 du Code de commerce et la Cour de cassation applique des critères similaires aux conditions posées par la C.J.C.E. pour s'assurer que l'organisation d'un réseau de distribution sélective est licite (Cf. notamment Cass. com., 18 déc. 2012, n° 11.27342 ; Cf. également CA Paris, 28 févr. 2018, n° 16/02263 faisant application de la jurisprudence Coty de la CJUE précitée et de l'article L.442-6-I, 6° du Code de commerce).

En l'espèce, la Cour d'appel de Paris a considéré que « *les produits de la marque C. correspondent à des produits de luxe (...) Le seul fait qu'il s'agisse de produits de parapharmacie n'en fait pas des produits banals (...), la qualité de tels produits résulte non pas uniquement de leurs caractéristiques matérielles, mais également*

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

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

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

de l'allure et de l'image de prestige qui leur confèrent une sensation de luxe et cette sensation constitue un élément essentiel desdits produits pour qu'ils soient distingués, par les consommateurs, des autres produits semblables ». La Cour relève en outre que « le contrat de vente à distance par internet prévoit notamment des conditions tenant à la mise en place d'un service de conseil permanent par un pharmacien-conseil du lundi au vendredi, de 9 h à 19 h, avec la possibilité pour le consommateur de poser des questions par courriels auxquels il doit être répondu dans les 48 heures qui suivent ».

Il convient également de souligner que la Cour a pris soin de rappeler « à titre surabondant » que « comme l'a indiqué la DG Concurrence de la Commission européenne dans son commentaire de l'arrêt Coty, il n'y a pas lieu d'exclure que l'interdiction de vente via des plateformes dans les accords de distribution sélective puisse être conforme à l'article 101, §1, du TFUE pour d'autres catégories de produits que celle des produits de luxe ».

La société E.S. n'a semble-t-il pas contesté le caractère objectif des critères de sélection des pharmaciens agréés, mais a prétendu que la société C. en ferait une application discriminatoire au motif qu'elle aurait agréé des chaînes de magasins, telles que M. et B. S. pour la vente de ses produits. La Cour rappelle cependant que « la société C. justifie avoir mis fin à ses relations commerciales avec la société M. » et « obtenu que la société B. S., qui exploite le site intitulé le C. S., cesse également la vente de ses produits ». La Cour rappelle enfin que « la société C. justifie avoir engagé les démarches pour que la société A. cesse de proposer ses produits à la vente ».

La Cour déduit de ses constatations qu'il n'apparaît donc pas « que le réseau de distribution sélective mis en place par la société C. procède de critères discriminatoires ».

13. La Cour a, par ailleurs, vérifié « si l'interdiction faite par la société C. aux pharmaciens de son réseau de recourir de façon visible à des plateformes tierces pour la vente sur internet de ses produits concernés est proportionnée au regard de l'objectif poursuivi, c'est-à-dire si une telle interdiction est appropriée pour préserver l'image de luxe de ces produits et si elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif ».

Sur ce point, la Cour a considéré que « l'absence de relations contractuelles entre les deux parties au

présent litige fait obstacle à ce que la société C. puisse, sur un tel fondement, exiger de la société E.S. le respect des conditions de qualité qu'elle a imposées aux pharmaciens qu'elle a agréés. Les contrats de vente par internet souscrits entre la société C. et les pharmaciens du réseau prévoient que la première fournit à ces derniers ce qu'elle indique être un « webpack » comprenant des photographies et textes des produits qui permettent une valorisation de ceux-ci. A l'inverse, la société C. désigne un certain nombre de ses produits comme ayant été mis en vente par le truchement du site 1...pharmacies.com alors qu'ils étaient supposés être retirés de la vente. En outre, la société C. établit, par deux captures d'écran dudit site, que la société E.S. propose la vente des produits C. aux côtés de produits qui n'ont aucun rapport avec ceux-ci, tels que des alarmes-incendie ou des caméras de vidéo-surveillance. De telles conditions de présentation sont de nature à porter atteinte à l'image de luxe que la société C. peut légitimement vouloir protéger. Il est dès lors établi par la société C. que le refus de voir ses produits être commercialisés par le site édité par la société E.S. est proportionné avec son objectif de préserver son image de marque ».

La Cour considère aussi que « Dès lors que les contrats passés entre la société C. et les pharmaciens de son réseau ne restreignent pas la concurrence au sens de l'article 101, § 1, du TFUE, la question de savoir si ceux-ci peuvent bénéficier, en vertu de l'article 101, § 3, d'une exemption au titre du règlement n° 330/2010 n'a pas lieu de se poser. Au demeurant et à titre surabondant, il résulte de la jurisprudence précitée de la Cour de Luxembourg qu'une interdiction de revente en ligne par le truchement d'une plateforme telle que celle proposée par la société E.S. ne constitue pas une restriction caractérisée au sens du règlement d'exemption (UE) n° 330/2010 ».

14. La Cour rappelle, en dernier lieu, que le Conseil de la concurrence a accepté « les engagements pris notamment par la société C. consistant en la modification de ses contrats de distribution sélective et en la rédaction d'un contrat spécifique pour la vente par internet réservée aux membres de son réseau » (Conseil de la Concurrence, Décision n° 07-D-07 du 8 mars 2007).

La Cour en déduit qu'« au regard de l'ensemble de ces éléments, la société C. justifie de la licéité de son réseau de distribution sélective. L'atteinte qui y est portée par la société E.S. procède d'un trouble manifestement illicite auquel les mesures adoptées par le premier juge permettent de remédier de manière pertinente ».

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

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

15. Enfin, par cet arrêt, la Cour d'appel confirme implicitement la faculté d'interdire les « pure players » (distributeurs vendant exclusivement leurs produits par internet et ne disposant pas de magasins physiques) dans un réseau de distribution sélective, puisque la clause litigieuse stipulait que « seul un distributeur agréé disposant d'un point de vente physique et respectant l'ensemble des critères de sélectivité sera en droit de vendre en ligne les produits C. sur son site internet ». Cette faculté avait d'ores et déjà été admise par la Commission Européenne, qui a précisé dans ses Lignes directrices sur les restrictions verticales que « l'exemption par catégorie permet au fournisseur, par exemple, d'exiger de ses distributeurs qu'ils disposent d'un ou de plusieurs points de vente physiques, comme condition pour pouvoir devenir membre de son système de distribution » (Lignes directrices sur les restrictions verticales, point 54, JOUE, N° C-130 du 19 mai 2010). Enfin, la Cour d'appel de Paris a récemment jugé que « la clause du contrat de distribution sélective de C. France imposant la détention d'un point de vente physique n'est pas contraire à l'article 101, alinéa 1 du TFUE » (CA Paris, 28 févr. 2018, n° 16/02263).

16. Il est intéressant de noter que, dans sa décision du 8 mars 2007, le Conseil de la Concurrence avait relevé que :

« S'agissant de la problématique des plates-formes, le Conseil note que ce canal de distribution pose encore des problèmes sérieux. Ces plates-formes se présentent en effet comme des intermédiaires entre l'acheteur et le vendeur et il est fréquent que le vendeur "professionnel", qu'il convient de distinguer du vendeur "particulier" qui vend des produits d'occasion ou de seconde main, ne respecte pas son obligation d'identification, telle que prévue par la loi. Cependant, la plupart des plates-formes jouent un rôle actif dans le processus contractuel en proposant une garantie de paiement, en assurant parfois le transport des produits, ou en fournissant un cadre juridique aux parties. Il n'en demeure pas moins que le cocontractant de l'internaute acheteur demeure bien le vendeur professionnel, qui doit, dès lors, être identifié en tant que tel. Les plates-formes devraient donc être amenées à réviser leur stratégie commerciale pour intégrer cette exigence légale permettant à l'acheteur ou au concurrent de savoir qui est à l'origine de l'offre. S'agissant plus particulièrement des vendeurs agréés dans le cadre d'un réseau de distribution sélective, la question se pose avec acuité des "faux" vendeurs professionnels qui ne sont pas agréés par les fabricants dont ils vendent donc les produits de manière illicite,

notamment, par le biais des plates-formes. Dès lors, le Conseil ne peut que constater qu'existent, à l'évidence, des circuits de commerce parallèles, voire de contrefaçons, qui portent atteinte à l'intégrité des réseaux et à l'image des produits en cause. Pour ces raisons, le Conseil estime que les craintes des fabricants de produits dermo-cosmétiques suscitées par ces pratiques illégales peuvent légitimer l'interdiction de ce canal de vente, tant que les plates-formes n'apportent pas de garanties supplémentaires sur la qualité et l'identité des vendeurs » (Conseil de la Concurrence, Décision n° 07-D-07 du 8 mars 2007, points 103 et 104).

A rapprocher : CJUE, 1^{ère} ch., 6 décembre 2017, Aff. C-230/16, Coty Germany ; CA Paris, 28 févr. 2018, n° 16/02263 ; Voir aussi, « Vent de liberté sur les réseaux de distribution sélective », Lettre des Réseaux de Juillet-Août 2018

Bilan des sanctions prises par la DGCCRF au 1^{er} semestre 2018 en matière de délais de paiement interprofessionnels
Communiqué du 24 juillet 2018

Ce qu'il faut retenir :

La DGCCRF dresse le bilan des sanctions prononcées au 1^{er} semestre 2018 en matière de délais de paiement interprofessionnels et inaugure la pratique du « Name and Shame » dans ses communications bi-annuelles.

Pour approfondir :

1. Lors de la remise du rapport de l'Observatoire des délais de paiement le 23 mars 2018, Madame Delphine Gény-Stephann, secrétaire d'Etat auprès du ministre de l'Economie et des Finances, soulignait la nécessité « que les grandes entreprises montrent l'exemple et se mobilisent pour nouer des relations plus équilibrées avec leurs fournisseurs notamment les PME ».

Dans cette optique, Madame la Ministre déclarait « Le "name and shame" peut améliorer le comportement des entreprises vis-à-vis des retards de paiement. La publication systématique des sanctions devrait renforcer cette tendance. Pour donner une meilleure visibilité à ces publications, le ministère communiquera les décisions de sanction deux fois par an ».

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

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

2. Rappelons que l'adoption en France de la pratique anglo-saxonne du « *Name and Shame* » pour rendre plus efficace la lutte contre les retards de paiement était une volonté déjà exprimée par Monsieur Emmanuel Macron, alors Ministre de l'Economie, dans un communiqué du 23 novembre 2015.

En 2015, Monsieur Emmanuel Macron souhaitait également le rehaussement du plafond maximal de l'amende de 375.000 euros à 2 millions d'euros pour les personnes morales et la publicité systématique des décisions d'amende administrative, lesquelles mesures ont été introduites ensuite par la LOI n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 *relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique* (dite « Sapin II »).

3. Le récent communiqué de la DGCCRF du 24 juillet 2018 est ainsi la concrétisation des annonces ci-dessus puisqu'il se conclut par la liste des entreprises (10) ayant été sanctionnées par les amendes administratives les plus importantes, le communiqué précisant que « *cette communication illustre la détermination du Gouvernement à lutter contre les retards de paiement de toutes les entreprises.* »

S'agissant des données chiffrées fournies par le communiqué du 24 juillet 2018, l'on retiendra qu'au cours du 1^{er} semestre 2018 :

- la DGCCRF a contrôlé le respect de la réglementation relative aux délais de paiement dans plus de 1.500 établissements,
- 116 décisions d'amendes administratives ont été notifiées pour un montant de 6.900.355 €,
- 10 entreprises (nominativement désignées dans le communiqué) ont été sanctionnées par une amende de 375.000 € (sanction maximale applicable pour des manquements constatés avant l'entrée en vigueur de la Loi Sapin II).

A rapprocher : Communiqué du Ministère de l'Economie, de l'Industrie et du Numérique, 23 novembre 2015, et notre commentaire, Lettre des Réseaux, 13 janvier 2016

PROPRIETE INTELLECTUELLE & NOUVELLES TECHNOLOGIES

Nullité de la marque « Giant » : suite et fin

CA Paris, 3 juillet 2018, n°17/17762

Ce qu'il faut retenir :

Lors du choix d'une marque, il convient de faire preuve d'une grande vigilance : entre le signe descriptif, évocateur ou descriptif la frontière n'est pas toujours aisée à déterminer, les enjeux sont pourtant conséquents : la validité ou non de la marque. La marque « Giant » qui désigne une caractéristique des produits désignés, est dépourvue de caractère distinctif et n'est donc pas valable.

Pour approfondir :

1. La marque « Giant » vient de suivre un long parcours procédural qui s'achève par cet arrêt de la Cour d'appel de Paris rendu le 3 juillet 2018, sur renvoi après cassation. La Cour confirme le jugement des juges de première instance, et la position que nous défendions quant à l'absence de distinctivité du signe et, par conséquent, la nullité de la marque.

2. Revenons sur les faits : la compagnie Quick, titulaire de la marque « Giant » désignant des produits relevant des classes 29, 30, et des services de la classe 43, et dans les faits un des hamburgers commercialisés dans la chaîne de fast-foods Quick, avait engagé une action en contrefaçon de cette marque à l'encontre de la société Sodebo, estimant que le dépôt de la marque « Pizza Giant Sodebo » pour désigner des produits relevant des classes 29 et 30 et l'apposition sur des parts individuelles de pizza de la mention « Pizza Giant » (outre la marque Sodebo) portaient atteinte à ses droits.

3. En défense, la société Sodebo contestait en premier lieu la validité de la marque « Giant » et, subsidiairement, les actes prétendus de contrefaçon.

En particulier, le caractère distinctif de la marque était contesté sur le fondement de l'article L.711-2 du CPI selon lequel : « *Le caractère distinctif d'un signe de nature à constituer une marque s'apprécie à l'égard des produits et services désignés. Sont dépourvus de caractère distinctif :*

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

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

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

- 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 services ;*
- c) *Les signes constitués exclusivement par la forme imposée par la nature ou la fonction du produit, ou conférant à celui-ci sa valeur substantielle ».*

Le signe qui ne présenterait pas de caractère distinctif n'est pas valable et doit donc être annulé (article L.714-3 CPI).

4. Le TGI de Paris, par jugement du 24 octobre 2013 (RG n°12/10515) a prononcé la nullité de la marque pour des motifs dont on se félicitait à l'époque : les juges ont considéré que le mot « GIANT » est un adjectif anglais signifiant géant ou encore énorme en langue française très facilement compris par le consommateur français. Ce terme a vocation à désigner la dimension importante de l'aliment et ne sera perçu que comme tel par le consommateur, il est en conséquence dépourvu de toute distinctivité.

Les juges avaient également rejeté l'idée selon laquelle la marque aurait acquis un caractère distinctif par l'usage marque.

5. La Cour d'appel de Paris avait cru devoir infirmer ce jugement (CA Paris, 14 avr. 2015, n°087/2015), estimant que la marque était valable aux motifs que « *le fait qu'une entreprise souhaite ainsi conférer une image positive à ses produits ou services, indirectement et de façon abstraite, sans pour autant informer directement le consommateur de l'une des qualités ou des caractéristiques déterminantes des produits et services concernés, relève de l'évocation et non de la désignation au sens de l'article L711-2 sous b)* ». La validité de la marque prétendument contrefaite étant admise, les juges d'appel avaient ensuite examiné le grief de contrefaçon et retenu celle-ci.

6. Cette position, consistant à considérer que la marque litigieuse présenterait un caractère simplement évocateur mais suffisant pour remplir la condition de distinctivité en se référant aux caractéristiques déterminantes, a été censurée par la Haute Cour. La Cour de cassation (Cass.com., 8 juin 2017, pourvoi n°15-20966, v. **notre commentaire Marque « Giant » : signe**

distinctif, évocateur ou descriptif ?, **Lettre des Réseaux Juillet-Août 2017**) a considéré que la motivation de la Cour d'appel n'était pas satisfaisante : « *Qu'en statuant ainsi, alors que sont dépourvus de caractère distinctif les signes ou dénominations pouvant servir à désigner une caractéristique des produits ou services couverts par la marque et qu'il est indifférent que les caractéristiques des produits ou services qui sont susceptibles d'être décrites soient essentielles sur le plan commercial ou accessoires, la Cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

7. C'est dans ces conditions que l'affaire revenait devant la Cour d'appel de Paris, les juges devant à nouveau statuer sur la validité de la marque en tenant compte de la position de la Cour de cassation ci-avant rappelée. Tirant les enseignements de cet arrêt, les juges d'appel confirment que la marque GIANT est dépourvue de tout caractère distinctif : « *le signe était, à la date du dépôt de la marque, nécessairement compris par le consommateur francophone de produits alimentaires et de restauration et, en particulier, d'articles de fast-food comme signifiant géant et, par extension, énorme et que ce signe désignait ainsi une caractéristique des produits désignés par la marque, en l'espèce leur quantité* ».

Les juges ajoutent également que, dans le domaine des hamburgers, des quantités importantes sont souvent mises en avant dans la dénomination même des produits, systématiquement anglaise, et que « *la banalité de l'usage des termes « long », « big », « double », « XL » ou tous autres exprimant la quantité dans le secteur du fast-food impose que ces signes usuels restent à la disposition de toutes les personnes qui y exercent leur activité et qu'aucun concurrent puisse les monopoliser et priver les autres de leur libre usage dans la profession* »

La Cour ne retient pas davantage que le signe ait pu acquérir un caractère distinctif par l'usage qui en a été fait.

8. Cette affaire est l'occasion d'insister sur la vigilance dont il faut faire preuve lors du choix d'une marque : entre le signe descriptif, évocateur ou descriptif la frontière n'est pas toujours aisée à déterminer, les enjeux sont pourtant conséquents : la validité ou non de la marque ...

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

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

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

Marques et référé : attention aux règles de procédure

CA Douai, 12 juillet 2018, n°18/00232

Ce qu'il faut retenir :

Le référé réussi en matière de contrefaçon de marques implique d'engager deux actions : la première, l'action en référé proprement dite pour obtenir des mesures provisoires et faire cesser rapidement les atteintes, la seconde, l'action au fond pour faire confirmer les mesures provisoires obtenues.

Pour approfondir :

1. Les têtes de réseaux ont le plus grand intérêt à faire cesser rapidement les atteintes aux marques dès lors qu'elles sont identifiées. La procédure de référé est alors tout indiquée dans la mesure où elle permet, rapidement, d'obtenir des mesures pour faire cesser les atteintes et obtenir une provision sur dommages-intérêts.

Cette procédure est spécifiquement envisagée à l'article L716-6 du code de la propriété intellectuelle et les conditions posées ne se distinguent pas, fondamentalement, de celles du référé de droit commun. Le choix de cette voie procédurale présente toutefois une contrainte : il faut engager une procédure au fond dans un délai de 20 jours ouvrables ou 31 jours civils si ce délai est plus long suivant le prononcé de l'ordonnance de référé et ce, à peine de nullité de ladite ordonnance. Cela est logique, les mesures ordonnées en référé sont des mesures dites provisoires.

2. L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Douai le 12 juillet 2018 est l'occasion de rappeler cette règle. Dans cette affaire, la victime de la contrefaçon avait obtenu une ordonnance de référé ordonnant des mesures pour faire cesser les actes illicites. Ayant constaté l'exécution de ces mesures du fait de la fermeture du site web litigieux, la cessation d'usage de la dénomination litigieuse, le demandeur avait en quelque sorte décidé de ne pas donner suite et, par conséquent, n'avait pas engagé d'action au fond dans le délai prescrit par l'article L716-6 du CPI.

Or, ce texte impose d'agir rapidement au fond (dans un délai de 20 jours ouvrables ou 31 jours civils si ce délai est plus long suivant le prononcé de l'ordonnance de référé) et sanctionne cette omission : « *A défaut, sur demande du défendeur et sans que celui-ci ait à motiver sa demande, les mesures ordonnées sont annulées, sans*

préjudice des dommages et intérêts qui peuvent être réclamés ».

3. La Cour d'appel tire les conséquences, imparables, de cette omission et annule en conséquence les mesures prononcées aux termes de l'ordonnance de référé qui faisaient injonction au défendeur de cesser l'usage du signe litigieux, de procéder au retrait d'une demande d'enregistrement de marque.

4. Le référé réussi en matière de contrefaçon de marques implique donc d'engager deux actions : la première, le référé proprement dit, la seconde, l'action au fond pour faire confirmer les mesures provisoires obtenues à défaut celles-ci seront annulées.

A rapprocher : article L716-6 du code de la propriété intellectuelle

Fuite de plusieurs millions de données personnelles : Dailymotion sanctionnée par la CNIL

Délibération de la CNIL n°SAN-2018-008 du 24 juillet 2018

Ce qu'il faut retenir :

La société Dailymotion a subi une attaque particulièrement sophistiquée et complexe ayant abouti à une fuite de plusieurs millions de données personnelles relatives à ses utilisateurs.

Bien que la CNIL a reconnu que cette attaque était complexe, elle a néanmoins sanctionné Dailymotion qui aurait pu éviter une telle fuite en mettant en place des mesures de sécurité élémentaires.

Pour approfondir :

1. La société Dailymotion a subi une fuite de plusieurs millions de données relatives à des adresses électroniques et des mots de passe de ses utilisateurs. Un article publié sur le site web WWW.ZDNET.COM a rendu publique cette information le 5 décembre 2016.

2. Une délégation de la CNIL a alors procédé à une mission de contrôle au sein des locaux de la société. A cette occasion, Dailymotion a indiqué à la CNIL qu'elle avait été alertée de l'existence de la violation de données par un courrier électronique adressé à son

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

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

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

Directeur général délégué le 5 décembre 2016 et que la violation de données avait concerné 82,5 millions d'adresses de comptes ainsi que 18,3 millions de mots de passe chiffrés extraits de sa base de données.

3. Dailymotion a précisé à la Commission qu'elle avait identifié cette violation de données le 6 décembre 2016 à la suite de sa révélation par le site web WWW.ZDNET.COM et que « l'attaque est due à l'exécution d'une requête SQL de type SELECT ; que cette requête a été exécutée sur les tables user et user_passwords ; que les données ont été récupérées sur une machine ayant une IP située sur le territoire américain ». Elle a également indiqué qu'aucune alerte ne lui avait été remontée car le volume de données concernées par la violation était faible au regard des capacités de la bande passante.

4. En réaction à la violation de données, Dailymotion a indiqué avoir mis en place plusieurs mesures renforçant la sécurité de son système d'information mais a reconnu qu'elle n'avait pas mis en place de politique de mots de passe complexes pour des « raisons de marketing » et qu'en dehors des cas où une demande de suppression de compte est formulée par un utilisateur, la durée de conservation des données des utilisateurs n'était pas limitée.

5. Dans le cadre de ses investigations, la CNIL s'est rendu compte que contrairement à ce qui lui avait été indiqué, l'incident de sécurité ne serait pas le résultat d'une injection SQL. Dès lors, la CNIL a diligenté des investigations complémentaires. Dans ce cadre, un questionnaire relatif à la violation de données a été soumis à Dailymotion. Les représentants de la société ont ensuite été auditionnés dans les locaux de la CNIL le 15 février 2018.

6. Au cours des investigations complémentaires, il a été révélé que l'incident de sécurité résultait « d'une attaque en plusieurs étapes, menée par des délinquants informatiques chevronnés, au terme d'une démarche coordonnée sur plusieurs mois et vraisemblablement par plusieurs personnes ». Il a également été précisé que cette attaque était le résultat de la combinaison des six facteurs suivants :

- ✓ un accès frauduleux au code source de la société ;
- ✓ l'identification d'un bug exploitable de manière malveillante au sein des centaines de milliers de lignes de code de la plateforme Dailymotion ;
- ✓ le développement d'une compréhension de l'architecture de la plateforme permettant d'identifier les conditions nécessaires et

- suffisantes à l'exploitation malveillante du bug ;
- ✓ le développement d'un code d'exploitation spécifique à même de déclencher et de tirer profit du bug ;
- ✓ la capacité de détourner un compte d'administration pour exploiter le bug identifié ;
- ✓ la propagation de l'intrusion depuis les serveurs web vers des données tout en masquant son identité réelle par un jeu de rebonds vers des serveurs loués spécifiquement à ces fins.

7. L'article 34 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée dispose que « le responsable du traitement est tenu de prendre toutes précautions utiles, au regard de la nature des données et des risques présentés par le traitement, pour préserver la sécurité des données et, notamment, empêcher qu'elles soient déformées, endommagées, ou que des tiers non autorisés y aient accès ». La formation restreinte de la CNIL considère que cet article 34 précité met à la charge du responsable de traitement de mettre en œuvre des moyens propres à assurer la sécurité des données à caractère personnel contenues dans son système d'information et en particulier celles concernant les utilisateurs de sa plateforme web, notamment afin que ces données ne soient pas accessibles à des tiers non autorisés.

8. En matière d'authentification, la CNIL estime qu'il est important de veiller à ce qu'un mot de passe permettant de s'authentifier sur un système ne puisse pas être divulgué. Ainsi, il est primordial que celui-ci ne soit stocké que dans un fichier protégé. Dans la mesure où il était impossible pour Dailymotion de conserver le mot de passe dans le code source sous une forme hashée, il lui revenait de chercher une autre solution afin de ne pas le rendre accessible, par exemple, en le stockant au sein de son réseau interne et en s'assurant qu'il était injecté en temps réel dans le code source, uniquement lors des phases de test puis supprimé une fois le test achevé.

9. S'agissant de l'absence de mesure de limitation des accès externes à l'administration du système d'information, la CNIL considère que lorsque des collaborateurs sont amenés à se connecter à distance au réseau informatique interne d'une entreprise, la sécurisation de cette connexion constitue une précaution élémentaire afin de préserver l'intégrité dudit réseau. La formation restreinte propose ainsi comme exemple la mise en place d'une mesure de filtrage des adresses IP afin que seules soient exécutées des requêtes provenant d'adresses IP identifiées et autorisées ou par l'utilisation d'un VPN.

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

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

10. Bien que la CNIL reconnaît que l'attaque contre Dailymotion n'a abouti qu'en raison de la conjonction de plusieurs facteurs dont certains ne lui sont pas imputables, la formation restreinte considère toutefois que si au moins l'une des deux mesures détaillées ci-dessus avait été prise par Dailymotion, l'attaque n'aurait jamais réussie. Dès lors, le manquement à l'article 34 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée est constitué puisque Dailymotion n'a pas pris toutes les précautions utiles afin d'empêcher que des tiers non autorisés aient accès aux données traitées.

11. Cela étant, la formation restreinte de la CNIL reconnaît que l'attaque subie par Dailymotion peut être qualifiée de sophistiquée. Elle retient par ailleurs que le nombre réduit de catégories de données extraites, à savoir, des adresses de messagerie électronique et des mots de passe chiffrés, est de nature à diminuer le risque d'atteinte à la vie privée des personnes concernées. Considérant également que Dailymotion a fait preuve de coopération avec les services de la CNIL, la formation restreinte a prononcé une sanction d'un montant faible, en l'occurrence un montant de 50.000 (cinquante mille) euros.

A rapprocher : article 34 de la loi informatique et libertés

La CNIL conseille sur les modalités de recueil de consentement

Actualités CNIL du 3 août 2018, Conformité RGPD : comment recueillir le consentement des personnes ?

Ce qu'il faut retenir :

L'entrée en application du RGPD a été très médiatisée. Parmi les nouvelles obligations de ce texte historique, les dispositions relatives au consentement sont certainement celles qui ont provoqué le plus d'inquiétude. Si le RGPD prévoit qu'un consentement obtenu et recueilli avant son entrée en application peut demeurer valide, encore faut-il qu'il soit conforme aux dispositions désormais prévues par le RGPD à savoir un acte positif :

- Libre ;
- Éclairé ;
- Spécifique ;
- Univoque.

Pour approfondir :

1. Si le RGPD n'est pas particulièrement bouleversant en matière de consentement, les dispositions qu'il contient complètent et précisent les modalités dans lesquelles un consentement doit être recueilli. Le texte prévoit également qu'un responsable de traitement doit toujours être en mesure de prouver le consentement qui lui a été donné.

2. Dès lors, beaucoup d'entreprises ont fait le constat, d'une part, que les données qu'elles détiennent n'ont pas toujours été précédées du consentement de la personne concernée, et, d'autre part, que lorsque le consentement a été recueilli, elles n'en ont pas gardé de preuve. En conséquence, toutes ont eu la crainte de perdre l'ensemble de leur base de données si elles devaient solliciter (à nouveau) le consentement des personnes concernées. En effet, d'après plusieurs études, une campagne de mailing ayant pour objet de solliciter un consentement ne ferait l'objet d'un taux de réussite que de 5 à 7 %.

3. Toutefois, il est important de rappeler qu'une nouvelle sollicitation des personnes concernées n'est à envisager que dans certains cas uniquement. Tout d'abord, toutes les données contenues dans les bases de données ne sont pas toutes soumises à l'obligation de détenir un consentement, celui-ci étant l'une des bases légales prévues par le RGPD. Les entreprises peuvent s'appuyer sur une autre base légale pour poursuivre leur traitement, comme par exemple l'exécution d'un contrat ou leurs intérêts légitimes.

4. De plus, même lorsque le consentement est obligatoire et qu'aucune autre base juridique ne peut être invoquée, il est important de distinguer plusieurs cas. En effet, le RGPD ne modifie pas les dispositions du code des postes et des communications électroniques encadrant la prospection par voie électronique. Même après l'entrée en application du RGPD, les entreprises peuvent continuer à traiter les données de leurs clients afin de leur envoyer des sollicitations commerciales dès lors que ces dernières concernent des produits ou services similaires à ceux ayant été consommés par leurs clients sans qu'il n'ait besoin d'un consentement spécifique.

5. Il est également important de rappeler que le consentement peut se manifester au travers du comportement de la personne concernée. À titre d'exemple, une base de données constituée uniquement à des fins d'envoi d'actualités/newsletters, ne devrait pas faire l'objet d'une campagne de recueil

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

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

de consentement si l'ensemble des coordonnées des personnes figurant dans cette base a été communiqué par la personne concernée elle-même et à son initiative en s'inscrivant à la newsletter.

6. Pour tous les autres cas où le recueil de consentement doit être réalisé à nouveau ou mis à jour, les responsables de traitement de bonne foi ont du mal à interpréter les quatre critères cumulatifs que doit respecter le consentement. Dans son communiqué de presse, la CNIL a entendu les aider dans leur compréhension. À ce titre, la CNIL a précisé quels étaient les attentes pour respecter ces critères.

7. S'agissant du caractère libre du consentement, la CNIL précise que celui-ci ne doit ni être influencé, ni être contraint. Autrement dit, la personne concernée doit véritablement avoir un choix sans avoir à subir de conséquences négatives en cas de refus. La CNIL prend comme exemple le cas des opérateurs de téléphonie mobile et explique que dans ce contexte, le consentement est considéré comme libre si le refus du client n'impacte pas la fourniture du service de téléphonie mobile.

8. S'agissant du caractère spécifique, la CNIL précise qu'il faut comprendre que le consentement doit être spécifique à un traitement et à une finalité déterminée. Dès lors, si un traitement poursuit plusieurs finalités, les personnes doivent pouvoir sentir indépendamment pour chacune de ces finalités.

9. S'agissant du caractère éclairé, la CNIL indique que pour que le consentement soit valide, il doit être accompagné d'un certain nombre d'informations, et notamment : l'identité du responsable de traitement, les finalités poursuivies, les catégories de données collectées, l'existence d'un droit de retrait du consentement et, selon les cas, le fait que les données puissent être utilisées dans le cas de décisions individuelles automatisées ou qu'elle feront l'objet d'un transfert vers un pays en dehors de l'Union européenne.

10. Enfin, s'agissant du caractère univoque du consentement, la CNIL rappelle ici que le consentement doit toujours être donné par un acte positif clair et qu'aucune ambiguïté ne doit subsister. Dès lors, les cases pré-cochées ou pré-activées ou encore les consentements « groupés » sont à bannir.

A rapprocher : Article 7 du Règlement Général sur la Protection des Données

IMMOBILIER – CONSTRUCTION URBANISME

Bail commercial : incendie et responsabilité du bailleur

Cass. civ. 3^{ème}, 12 juillet 2018, n°17-20.696,
Publié au Bulletin

Ce qu'il faut retenir :

L'incendie d'origine indéterminée qui se déclare dans un local voisin puis se propage dans un local donné à bail ne constitue pas un cas fortuit au sens de l'article 1722 du code civil. Dès lors, le bailleur est tenu d'indemniser le preneur pour les troubles de jouissance subis du fait de l'incendie.

Pour approfondir :

Aux termes de l'article 1722 du code civil, si au cours du bail la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit ; si elle n'est détruite qu'en partie, le preneur peut, suivant les circonstances, demander soit une diminution du prix, soit la résiliation du bail. En tout état de cause, l'article précise qu'il n'y a lieu à aucun dédommagement du preneur.

Encore faut-il que soit caractérisé un cas fortuit, c'est-à-dire un événement indépendant de la volonté des parties et que l'on ne peut imputer à la faute de l'une d'elle. Qu'en est-il de l'incendie ayant pris naissance dans un local voisin et dont la cause est indéterminée ?

Dans cette affaire, un incendie se déclare dans une salle de spectacle parisienne et se propage dans deux locaux voisins pris à bail et exploités dans le même immeuble. La cause de l'incendie reste indéterminée.

Se prévalant des dispositions de l'article 1722 du code civil, le bailleur notifie alors à chacune des sociétés locataires la résiliation de plein droit de leur bail.

De leur côté, les preneurs assignent le bailleur et ses assureurs en indemnisation des troubles de jouissance subis du fait de l'incendie.

Les preneurs sont déboutés de leur demande en appel. La Cour d'appel estime que le bailleur est exonéré de tout dédommagement car la cause de l'incendie est indéterminée.

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

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

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

Autrement dit, les faits constituent un cas fortuit au sens de l'article 1722 du code civil, ce qui justifie, en cas de destruction totale des locaux loués, la résiliation de plein droit du bail sans indemnisation du preneur.

L'arrêt de la Cour d'appel est cassé. D'une part, la Cour de cassation considère que les juges du fond ont fait une fausse application de l'article 1722 du code civil : l'incendie qui se déclare dans un local voisin et dont la cause n'est pas déterminée ne caractérise pas un cas fortuit. D'autre part, la Cour de cassation retient que la Cour d'appel a refusé de faire application de l'article 1719 du code civil qui met à la charge du bailleur une obligation de jouissance paisible pendant la durée du bail. Par conséquent, le bailleur est responsable envers ses locataires des troubles de jouissance subis du fait de l'incendie.

La **solution de la Cour de cassation**, qui n'est pas nouvelle, repose sur la cause indéterminée de l'incendie. En 2010, la Cour avait déjà refusé de caractériser le cas fortuit en présence d'un incendie dont la cause exacte n'avait pu être déterminée. Ainsi, la circonstance que la cause de l'incendie reste inconnue ne suffit pas à démontrer que le sinistre est indépendant de la volonté des parties. Autrement dit, ce n'est pas parce que la destruction des locaux loués a pour origine une communication d'incendie que la cause de l'incendie ne peut être imputée au bailleur ou au preneur. En l'absence de certitudes, la qualification de cas fortuit ne peut être retenue.

On notera par ailleurs que la présomption de responsabilité du locataire en cas d'incendie, prévue à l'article 1733 du code civil, ne pouvait pas jouer en l'espèce. Conformément à cet article, le preneur répond de l'incendie à moins qu'il ne prouve que celui-ci est arrivé soit par cas fortuit ou force majeure, soit qu'il est imputable à un vice de construction, soit enfin que le feu a été communiqué par un bâtiment voisin. Dès lors, et même si les faits d'espèce ne constituent pas un cas fortuit, la communication d'incendie suffit à exonérer les preneurs de toute responsabilité.

A rapprocher : Article 1719 du code civil ; Article 1722 du code civil ; Article 1733 du code civil ; Article 1741 du code civil ; Cass. civ. 3^{ème}, 9 novembre 2010, n°09-69.910

Bail commercial et vente : un nouvel imprimé pour l'état des risques et de la pollution

Arrêté du 13 juillet 2018 modifiant l'arrêté du 13 octobre 2005 portant définition du modèle d'imprimé pour l'établissement de l'état des risques naturels et technologiques

Ce qu'il faut retenir :

L'arrêté du 13 juillet 2018, publié le 2 août 2018 au Journal Officiel, est venu modifier le modèle d'imprimé pour l'établissement de l'état des risques naturels et technologiques afin d'intégrer l'obligation d'information relative au risque d'exposition au radon. A cette occasion, l'imprimé (ancien ERNMT puis récemment ESRIS) change encore une fois de dénomination pour devenir l'« ERP » (l'Etat des Risques et Pollutions).

Pour approfondir :

Pour rappel, le décret n°2018-434 du 4 juin 2018 a modifié l'article R.125-23 du code de l'environnement en étendant l'obligation d'information du vendeur et du bailleur aux biens immobiliers situés dans les zones à potentiel radon de niveau 3.

La modification du modèle d'ESRIS (ancien ERNMT) afin d'intégrer cette nouvelle obligation d'information était donc attendue.

C'est chose faite avec **l'arrêté du 13 juillet 2018 qui vient modifier le modèle d'imprimé pour l'établissement de l'état des risques naturels et technologiques** en insérant une nouvelle rubrique relative à la situation de l'immeuble au regard du zonage réglementaire à potentiel radon.

A cette occasion, le modèle d'imprimé change de nom : l'ESRIS devient l'ERP – l'Etat des Risques et Pollutions.

Conformément à l'article R.125-23 du code de l'environnement, la nouvelle rubrique se borne à indiquer si l'immeuble se situe ou non dans une zone à potentiel radon de niveau 3, c'est-à-dire une zone où le risque d'exposition au radon est le plus élevé.

La cartographie du potentiel radon est consultable sur le **site de l'IRSN** (Institut de Radioprotection et de Sécurité Nucléaire).

L'arrêté du 13 juillet 2018 a été publié au Journal Officiel du 2 août 2018 et le nouveau modèle est disponible sur le site www.georisques.gouv.fr. Les

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

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

ESRIS établis avant cette date et annexés à un acte de vente ou à un bail demeurent donc valables.

Pour mémoire, l'état des risques naturels et technologiques doit être établi moins de six mois avant la date de conclusion du bail, de la promesse de vente ou de l'acte constatant ou réalisant la vente d'un bien immobilier auquel il est annexé.

En cas d'absence d'état des risques ou d'établissement d'un modèle d'état des risques non valable, le vendeur ou le bailleur manque à son obligation d'information à l'égard de l'acquéreur ou du preneur. Par conséquent, ces derniers pourront alors solliciter la résolution de la vente ou du bail ou une diminution du prix de vente ou du loyer, outre d'éventuels dommages et intérêts.

A rapprocher : Décret n°2018-434 du 4 juin 2018 portant diverses dispositions en matière nucléaire ; Article L.125-5 du code de l'environnement ; Article R.125-23 du code de l'environnement ; Article R.1333-29 du code de la santé publique

De nouvelles mesures publiées pour lutter contre les recours abusifs

Décret n°2018-617 du 17 juillet 2018 portant modification du CJA et du Code de l'urbanisme

Ce qu'il faut retenir :

Dans l'attente de l'approbation de certaines dispositions figurant dans la loi Elan, débattue cette semaine au Sénat, destinées à améliorer le traitement du contentieux de l'urbanisme (article 24 du projet de loi), le décret n°2018-617 du 17 juillet 2018 portant modification du Code de justice administrative et du Code de l'urbanisme vient introduire de significatives modifications affectant le traitement de ce contentieux.

Pour approfondir :

Le contentieux de l'urbanisme est d'une redoutable complexité : il est en effet le résultat d'un équilibre fragile entre le droit au recours des tiers et la nécessité d'accélérer et de sécuriser la construction, en particulier celle de logements, notamment dans les zones tendues.

Il a surtout de sérieuses conséquences sur la mise en œuvre des projets eux-mêmes : bien que non suspensif,

un recours a en effet des conséquences directes sur le financement des opérations, gelé, et l'appétence des acquéreurs ou locataires potentiels.

Face à ces constats, Madame Christine Maugüe, Conseillère d'Etat a, aux termes d'un rapport présenté le 11 janvier 2018 au Ministre de la Cohésion des Territoires, Jacques Mézard, formulé une série de propositions orientées vers quatre objectifs :

- la réduction des délais de jugement des recours contre les autorisations d'urbanisme,
- la consolidation des autorisations existantes,
- l'accroissement de la stabilité juridique des constructions achevées,
- l'amélioration de la sanction des recours abusifs.

Certaines de ces propositions doivent faire l'objet de modifications législatives : tel est l'objet de l'article 24 du projet de loi portant Evolution du Logement, de l'Aménagement et du Numérique (dite loi ELAN), en cours de discussion par le Sénat. D'autres propositions figurent cependant d'ores et déjà dans le décret n°2018-617 du 17 juillet 2018 portant modification du Code de justice administrative et du Code de l'urbanisme.

En substance, le décret prévoit :

- L'obligation de confirmation, dans le délai d'un mois, par le requérant, et sauf en cas de pourvoi en cassation, du maintien de la requête au fond après le rejet de la requête en référé-suspension pour défaut de moyen sérieux d'annulation (article R.612-5-2) ; en cas de non confirmation, le requérant est réputé s'être désisté ;
- La prolongation jusqu'au 31 décembre 2022 (au lieu du 1er décembre 2018) de la suppression du degré d'appel pour les contentieux dirigés contre les permis de construire ou de démolir un bâtiment à usage principal d'habitation ou contre les permis d'aménagement un lotissement lorsque le projet est envisagé sur le territoire d'une commune à fortes tensions sur le marché du logement ;
- L'obligation de notification R.600-1 est désormais applicable à toutes les décisions relatives à l'occupation ou l'utilisation du sol régies par le code de l'urbanisme ;
- L'obligation de joindre au recours formé contre une décision d'occuper ou d'utiliser le sol un

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

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

justificatif de l'intérêt pour agir (titre de propriété, bail, convention d'occupation, statuts pour les associations) (article R.600-4) ;

- La réduction de 1 an à 6 mois du délai à compter duquel il n'est plus possible de demander l'annulation de l'autorisation de construire lorsque la construction est achevée (R.600-3) ;
- Le renforcement du mécanisme de cristallisation des moyens : si jusqu'à présent c'était au juge administratif de fixer une date au-delà de laquelle aucun moyen nouveau ne peut être soulevé, c'est désormais l'article R.600-5 du Code de l'urbanisme qui fixe à deux mois après la production du premier mémoire en défense le délai au-delà duquel le requérant ne peut plus soulever de moyens nouveaux. Le juge peut néanmoins fixer une nouvelle date ;
- La fixation d'un délai maximal de jugement de 10 mois s'agissant des recours formés contre les permis de construire un bâtiment comportant plus de 2 logements ou contre les permis d'aménager un lotissement (R.600-6) ;
- La possibilité d'obtenir du greffe de la juridiction administrative un certificat de non recours contre une décision relative à l'occupation ou l'utilisation du sol (R.600-7).

Les nouvelles rédactions des articles R.600-1, R.600-3, R.600-4, R.600-7 sont applicables aux décisions intervenues après le 1^{er} octobre 2018 ; les articles R.600-5 et R.600-6 du Code de l'urbanisme, et R.612-5-2 du CJA sont applicables aux recours enregistrés à compter du 1^{er} octobre 2018.

A rapprocher : Rapport de Christine Maugüe du 11 janvier 2018 : « Propositions de dispositions pour un contentieux de l'urbanisme plus rapide et plus efficace » ; Article 24 de la proposition de loi portant Evolution du Logement, de l'Aménagement et du Numérique (ELAN)

Vente immobilière et manœuvres dolosives du maître d'œuvre

Cass. civ. 3^{ème}, 5 juillet 2018, n°17-20.121

Ce qu'il faut retenir :

Lorsque le maître d'œuvre agit en qualité de représentant du vendeur dans le cadre d'une vente immobilière, le dol commis par le maître d'œuvre à l'égard de l'acquéreur engage la responsabilité civile du vendeur lui-même.

Pour approfondir :

Par acte authentique de vente du 8 mars 2011, une **SCI** a vendu un chalet à un acquéreur. La SCI venderesse avait mandaté l'agent immobilier, le notaire et le maître d'œuvre du chalet afin de réunir les documents et informations nécessaires à la rédaction de l'acte de vente. A ce titre, le maître d'œuvre avait attesté par écrit que le chalet était conforme au dernier permis de construire obtenu.

Or, après la conclusion de la vente, l'acquéreur apprend que le sous-sol du chalet, aménagé en espace d'habitation, avait été réalisé sans autorisation d'urbanisme. Estimant que son consentement à la vente avait été vicié par les manœuvres dolosives de **maître d'œuvre**, l'acquéreur assigne en paiement de dommages et intérêts :

- la venderesse, sur le fondement du dol ;
- le notaire, pour manquement à son devoir de conseil.

En appel, l'acquéreur est débouté de l'ensemble de ses demandes de condamnation, la Cour d'appel ayant considéré que l'acquéreur ne démontrait pas que la venderesse avait eu connaissance des manœuvres dolosives du maître d'œuvre.

Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation casse partiellement l'arrêt de la Cour d'appel.

S'agissant du devoir de conseil du notaire, le pourvoi est rejeté, au motif que le notaire qui se fonde sur une attestation précise et circonstanciée remise par un homme de l'art pour vérifier la régularité administrative des aménagements intérieurs d'une construction n'a pas manqué à son devoir de conseil.

S'agissant du dol, l'arrêt d'appel est cassé au visa de l'article 1116 ancien du Code civil. La Cour de cassation considère que les manœuvres dolosives commises par

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

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

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

le représentant du vendeur, lequel n'est pas un tiers au contrat de vente, engage la responsabilité civile du vendeur lui-même.

La Cour affirme donc qu'il importe peu, dans cette situation, que le vendeur n'ait pas personnellement commis le dol ou n'ait pas eu connaissance du dol commis par le mandataire.

Il conviendra de noter la spécificité des faits de cette affaire, le maître d'œuvre ayant agi en l'espèce en qualité de représentant du vendeur, en vertu d'un contrat de mandat.

Depuis la réforme des contrats, l'article 1138 nouveau du Code civil prévoit désormais expressément, dans le droit fil de cette jurisprudence, que :

« Le dol est également constitué s'il émane du représentant, gérant d'affaires, préposé ou porte-fort du contractant. Il l'est encore lorsqu'il émane d'un tiers de connivence ».

Le vendeur ainsi condamné aura tout intérêt à exercer une action récursoire en responsabilité civile à l'encontre du maître d'œuvre auquel les manœuvres dolosives sont imputables, afin d'obtenir le paiement des sommes qu'il a été condamné de verser à l'acquéreur.

A rapprocher : Article 1116 ancien du Code civil ; Article 1138 nouveau du Code civil issu de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016

INTERNATIONAL

La franchise au Maroc Etude 2018

Ce qu'il faut retenir :

Dossier spécial consacré à la franchise au Maroc : une première partie économique et une seconde partie juridique, comprenant un aperçu du droit touchant directement la franchise et du droit susceptible de s'appliquer dans le cadre de la mise en place d'un réseau franchise.

Pour approfondir :

I. Données économiques

A. Données macro-économiques

Population 2017	35.000.000hab
Superficie	450.000 km ²
Densité 2017	78,35 hab. /km
PIB (nominal) 2016	101 Md\$
PIB/hab. 2017	3.007,2 \$
PIB (PPA) 2017	298 Md\$
PIB (PPA)/hab. 2017	8.217 \$
Taux de croissance 2017	4 %
RNB/hab. (PPA) 2017	8.063 \$
IDH 2016	0,647
Taux d'alphabétisation 2016	68 %
Espérance de vie 2015	75 ans

1. Le Maroc représente une superficie de 450.000 km², Sahara Occidental exclu. Il est délimité au nord par le Détroit de Gibraltar et la Mer Méditerranée ; au sud par la Mauritanie ; à l'est par l'Algérie et à l'ouest par l'Océan Atlantique. Les principales villes en termes de nombre d'habitants sont Casablanca, Fès, Marrakech, Tanger, Meknès, Agadir et Oujda.

Le Maroc possède une population jeune et une société de consommation en plein essor, promise à une occidentalisation croissante.

2. Après avoir renoué avec la croissance en 2000, l'économie marocaine a été portée par le secteur du BTP, le secteur industriel, et le secteur tertiaire, télécommunications et tourisme en particulier ; ce, jusqu'à la crise économique mondiale de 2008.

3. Le Maroc parachève les réformes de modernisation et de libéralisation de son économie depuis plus d'une vingtaine d'années. Ces réformes s'organisent autour de plusieurs axes majeurs :

- un environnement institutionnel et légal d'inspiration française attractif pour l'investisseur ;
- une stratégie régionale de promotion et de développement actif des investissements ;
- une procédure d'accueil spécifique des activités délocalisées ;
- la mise en œuvre de nombreux accords de libre-échange.

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

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

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

Le taux de chômage, passé sous la barre des 10 % en 2016 a connu toutefois une hausse en 2017, passant de 9,9% à 10,2%.

La dette publique interne marocaine enregistre une progression au regard de son poids dans le PIB, allant de 49,4% en 2015 à 50,7% en 2016. La dette publique extérieure s'inscrit dans une tendance à la hausse : environ 30 milliards USD en 2014, 33,97 milliards en 2016 et 36,1 milliards USD en 2017. La dette publique extérieure représente 14,1% du PIB en 2016.

La politique étrangère du Maroc reste centrée sur la question de la « marocanité » du Sahara occidental, les relations du Royaume avec l'Union européenne et une politique étrangère d'ouverture.

Parallèlement à ses relations privilégiées avec la France, le Maroc manifeste depuis longtemps une réelle volonté d'échange avec l'Union Européenne, et d'autres pays tels que les Etats-Unis, la Turquie, la Tunisie, la Jordanie, l'Egypte et les Emirats Arabes Unis.

On constate également une politique de rapprochement avec l'Afrique sub-saharienne ou encore l'Amérique latine.

4. Lors du 7^{ème} Conseil d'association UE-Maroc du 13 octobre 2008, le Maroc s'est vu accorder un « statut avancé » lui permettant de renforcer dialogue et coopération avec l'Union européenne.

Le Maroc a également un accès facilité à un certain nombre d'agences et de programmes européens comme l'Agence européenne de la sécurité aérienne. Est également en cours de négociation entre le Maroc et l'UE un Accord de libre-échange complet et approfondi (ALECA).

Dans le domaine de l'immigration, les négociations entre l'UE et le Maroc n'ont pas encore abouties.

Un accord de libre-échange entré en vigueur le 1^{er} janvier 2006, a été conclu entre le Maroc et les Etats-Unis.

Dans le cadre du Millenium Challenge Account, le Maroc – que les Etats-Unis ont qualifié « d'allié majeur non Otan » – bénéficie depuis le 31 août 2007 d'une aide de 700 millions de dollars américains pour le développement et de 450 millions supplémentaires après la signature d'une convention bilatérale le 30 novembre 2015.

B. Données économiques spécifiques à la franchise

• Historique

5. La franchise est apparue au Maroc dans les années 1960. La première franchise implantée importait le concept américain de location de voitures « Avis » en 1962. Une année plus tard, ce fut au tour de Hertz de s'implanter.

6. De 1960 à 1990, le taux de croissance de la franchise au Maroc a été très lent (à raison d'une nouvelle enseigne tous les cinq ans). Il a fallu attendre la dernière décennie pour voir un développement significatif de la franchise.

En 1997, 42 réseaux étaient présents sur le territoire et comprenaient 174 points de vente. En 2010, le Maroc abritait 407 enseignes et 3.653 points de vente, soit une progression de 900% en un peu plus de dix ans.

Une croissance exponentielle qui s'est poursuivie avec une croissance annuelle moyenne de 18% sur la période 2001-2012 et atteignant 584 franchises et environ 4000 points de vente (sur 100 réseaux, environ 41 sont master franchisés, 36 sont franchisés et 23 sont franchiseurs). Les perspectives de croissance sont malgré cela encore optimistes.

D'autres axes de développement restent à explorer, à savoir : les services aux entreprises et à la personne, le commerce de proximité, etc.

7. Le succès de la franchise au Maroc peut sans doute s'expliquer par plusieurs facteurs, à savoir notamment :

- une situation économique libérale et stable ;
- une croissance de 4% en 2017 ;
- un taux d'urbanisation élevé (65% en 2014) ;
- une population jeune (45 % de la population a moins de 30 ans) ;
- un taux de chômage élevé chez les jeunes ;
- des habitudes de consommations occidentalisées ;
- la proximité culturelle et géographique avec la France qui permet, en outre, l'implantation aisée de marques françaises bénéficiant d'une forte notoriété dès leur lancement au Maroc.

A noter que la Fédération Marocaine de la Franchise a cessé ses activités pendant quelques années. Aujourd'hui, la FMF est réactivée avec à sa tête un nouveau président.

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

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

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

- **Statistiques**

8. Selon la Fédération Marocaine de la Franchise, le secteur de l'habillement reste la branche la plus dynamique et représentant 30 à 40% des enseignes sur le territoire ; la restauration, qui constitue 22% du secteur de la franchise, arrive au deuxième rang.

La franchise est une notion qui reste fortement liée aux marques françaises pour le consommateur marocain. En 2018, 44% des enseignes présentes sur le territoire marocain sont françaises, devant les enseignes nationales, américaines (12%) et espagnoles (8%).

9. Les réseaux de franchise concentrent généralement leurs points de vente sur l'axe Rabat-Casablanca. Néanmoins, l'accès aux zones commerciales à fort pouvoir d'achat de cet axe représente un investissement conséquent pour le franchisé (80 % de l'apport initial en moyenne). Grâce à une politique incitative d'essor du commerce de proximité, on observe un commencement de déconcentration des points de vente de l'axe Rabat-Casablanca vers des villes comme Marrakech, Fès, Agadir, Meknès et Tanger, qui représentent de nouvelles alternatives de déploiement grâce au développement de l'immobilier commercial.

- **Contenu du contrat**

10. Comme en France, la franchise suppose que le franchiseur transmette à son franchisé un savoir-faire, mette à sa disposition des signes de ralliement de la clientèle et lui fournisse une assistance tout au long de l'exécution du contrat.

Le franchisé quant à lui a des obligations financières envers le franchiseur. Le contrat de franchise prévoit les modalités selon lesquelles les redevances sont calculées, payées et contrôlées. Par ailleurs, il appartient au franchisé de respecter la confidentialité du savoir-faire transmis et, plus généralement, du concept du franchiseur.

- **Incidences économiques**

11. La première étude sectorielle réalisée en avril 2010 par le bureau d'étude de marché C&O Marketing a révélé que le système de franchise génère entre 12 et 15 milliards de dirhams avec une progression annuelle de 10 %. Les réseaux de franchise emploient en moyenne 52 personnes par opérateur, soit environ 7 personnes par points de vente.

- **International**

12. Le secteur est marqué par une forte proportion d'enseignes internationales qui couvrent les 4/5 du réseau existant. Les marques françaises représentent la majorité des enseignes implantées.

La proximité géographique et culturelle de plusieurs marchés facilite l'adaptation des concepts étrangers, surtout francophones, et potentialise la maîtrise des délais de livraison. Le lien historique qui lie le Maroc avec la France permet du point de vue de la langue d'accélérer les implantations de réseaux français sur le territoire.

II. Données juridiques

A. Données juridiques directement liées à la franchise

13. Le législateur marocain n'a pas établi de cadre juridique spécifique à la franchise. Le secteur de la franchise au Maroc se caractérise par l'autorégulation.

L'information précontractuelle du franchisé n'a pas fait l'objet d'une loi. Les relations entre les parties sont essentiellement régies par le droit contractuel et le contrat de franchise. Le contenu des obligations respectives du franchiseur et du franchisé sont dès lors presque entièrement déterminées par la volonté des parties.

Malgré le défaut de réglementation spécifique, il existe un ensemble de textes législatifs ou réglementaires s'appliquant aux contrats de franchise, tels que le Code de commerce, la loi relative à la liberté des prix et de la concurrence ou encore la législation du travail.

- **Information précontractuelle**

14. Le législateur marocain n'est pas intervenu dans le cadre de l'information précontractuelle du franchisé.

Cependant, la Fédération marocaine de la franchise (FMF), fondée en 2002, a adopté un code de déontologie, à l'instar de ses homologues des différents Etats.

Proche dans son contenu de son équivalent européen, ce code de déontologie prévoit une information précontractuelle du franchisé.

Il n'a cependant pas de valeur légale.

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

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

- **Exécution et extinction du contrat**

15. Le contrat de franchise est principalement régi par les règles de droit commun. L'article 230 du D.O.C. (Droit des Obligations et des Contrats) énonce que : « les obligations contractuelles valablement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, et ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou dans les cas prévus par la loi » (même règle qu'en droit français).

Aucun préavis légal de ruptures des relations commerciales entre franchiseur et franchisé n'existe. Il appartient donc aux parties de prévoir, en détails, les modalités d'exécution et d'extinction du contrat ; en l'absence de stipulation contraire, le franchiseur peut à tout moment procéder à la résiliation du contrat.

16. Toutefois, la réglementation des changes comporte quelques définitions et dispositions spécifiques à la franchise, ce sous l'angle de l'aspect financier du contrat de franchise et pour permettre le paiement des royalties dues aux franchiseurs étrangers (articles 281 à 283). Cependant, ces définitions et règles étant indiquées sous le principe selon lequel « *Les personnes morales marocaines inscrites au registre de commerce et les coopératives peuvent conclure des contrats de franchise avec des entités étrangères et procéder au transfert des redevances dues à ce titre dans les conditions de la présente Instruction* », on pourrait considérer que l'Office des Changes du Royaume du Maroc a entendu rappelé des règles qui s'appliquent en toute hypothèse (c'est-à-dire même si toutes les parties au contrats sont marocaines).

L'article 281 de l'Instruction Générale des Opérations de Change du 31 décembre 2013 définit la franchise comme étant « *un système de commercialisation de produits, de services ou de technologies, basé sur une collaboration permanente entre des entreprises juridiquement et financièrement distinctes et indépendantes, le franchiseur et ses franchisés. En vertu de ce système, le franchiseur détenteur du concept de production et/ou de commercialisation d'un produit ou d'un service accorde à ses franchisés le droit d'utilisation et d'exploitation dudit concept sous une enseigne ou marque déterminée* ».

L'article précise également que les droits et obligations du franchiseur et du franchisé ainsi que le mode de calcul des rémunérations ou des royalties doivent être déterminés dans le contrat de franchise ; et, le cas échéant, les droits d'entrée qui correspondent aux

montants à payer préalablement à l'utilisation de l'enseigne ou de la marque.

17. Les parties ont aussi l'obligation de domicilier le contrat de franchise auprès d'un guichet domiciliaire agréé ; à défaut, aucun paiement des royalties ne pourra être effectué (article 282).

L'article 283 quant à lui fixe les modalités de transfert des rémunérations de franchise, s'agissant du règlement des droits d'entrée ou des royalties.

- **Marque**

18. Le droit des marques est actuellement réglementé par la loi n°17-97 relative à la protection de la propriété industrielle et modifiée et complétée par les lois 31/05 et 23/13.

Cette loi énonce en son article 16 que « *toute invention peut faire l'objet d'un titre de propriété industrielle délivré par l'organisme chargé de la propriété industrielle* ». Cette loi entend embrasser les schémas de configuration (topographies) de circuits intégrés, les dessins et modèles industriels, les marques de fabrique, de commerce ou de service, les noms commerciaux, les indications géographiques et les appellations d'origine.

L'article 133 de cette loi définit la marque de fabrique, de commerce ou de service comme « *un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale* ». Les dénominations sous toutes les formes (mots, assemblages de mots, patronymes, lettres, chiffres, sigles), les signes figuratifs (dessins, étiquettes, cachets, logos, images de synthèses, hologrammes, combinaisons de couleurs ou nuances de couleurs), les signes sonores (sons, phrases musicales) et les marques olfactives sont considérés comme des signes susceptibles de représentation graphique pouvant faire l'objet d'une protection.

La propriété de la marque s'acquiert par son enregistrement auprès de l'Office Marocain de la Propriété Industrielle et Commerciale (OMPIC). Ce droit de propriété s'étend aux produits et services désignés par le propriétaire de la marque.

La reproduction, l'usage, l'apposition d'une marque, l'usage d'une marque identique ou d'un signe identique ou similaire pour des produits ou services similaires ou relatifs à ceux couverts par l'enregistrement ainsi que l'imitation et l'usage d'une marque imitée ou des

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

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

produits et services identiques sont interdits par l'article 155 de la loi.

19. En cas d'atteinte portée au droit de propriété d'une marque, la loi marocaine prévoit des actions civiles et pénales. Il est donc possible d'obtenir la saisie ou la destruction des produits offerts à la vente ou des services fournis en violation du droit de propriété. Notamment, une peine de trois mois à un an d'emprisonnement est prévue à l'article 225 pour sanctionner la contrefaçon, ainsi qu'une amende de 100.000 à 1.000.000 dirhams. Une peine de deux à six mois d'emprisonnement est quant à elle prévue à l'article 226 pour sanctionner l'imitation frauduleuse d'une marque de nature à tromper l'acheteur ou l'usage d'une marque frauduleusement imitée, ainsi qu'une amende de 50.000 à 500.000 dirhams.

L'article 152 prévoit que la durée de protection d'une marque est de 10 ans ; cette période est renouvelable indéfiniment. En cas de non renouvellement la marque tombe dans le domaine public.

La déchéance du droit de propriété peut survenir en cas de non usage sérieux de la marque pendant une période ininterrompue de cinq ans (article 163), ou encore si la marque est devenue la désignation usuelle dans le commerce du produit ou du service (article 164).

20. Le Maroc adhère à l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques, à l'Arrangement de Nice concernant la classification internationale des produits et services aux fins de l'enregistrement des marques et au Traité sur le droit des marques (TLT) ayant pour objectif d'uniformiser et de rationaliser les procédures nationales et régionales d'enregistrement des marques.

B. Données juridiques périphériques

• Droit de la concurrence

21. Les textes de base en la matière sont les lois 06/99 et 104-12, relatives à la liberté des prix et de la concurrence, ainsi que la loi 20-13 relative au Conseil de la Concurrence.

La loi 06/99 possède un vaste champ d'application. Ses dispositions s'appliquent en effet :

- à toutes les personnes physiques ou morales, qu'elles aient ou non leur siège ou des établissements au Maroc, dès lors que leurs opérations ou comportements ont un effet sur la concurrence sur le marché marocain ou une partie substantielle de celui-ci ;
- à toutes les activités de production, de distribution et de services ;
- aux personnes publiques en dehors de l'exercice de leurs prerogatives de puissance publique ou de mission de service public ;
- aux accords à l'exportation si leur application a une incidence sur la concurrence sur le marché intérieur marocain.

22. La loi 06/99 prohibe, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, d'une part, « *les actions concertées, conventions, ententes ou coalitions expresses ou tacites* » (article 6 de la loi) et, d'autre part, l'exploitation abusive, par une entreprise ou un groupe d'entreprises, d'une position dominante ou d'une situation de dépendance économique (article 7 de la loi).

Constituent des ententes prohibées, notamment, celles qui tendent à « *faire obstacle à la formation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse* » ou à « *répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement* ».

L'article 9 de la même loi prévoit la nullité de tout engagement ou convention se rapportant à une pratique prohibée.

23. Récemment devenu membre du Réseau international de la concurrence (ICN), le Conseil de La Concurrence marocain est l'autorité chargée de veiller au respect du libre jeu de la concurrence. Il dispose d'une compétence diversifiée et s'occupe notamment de l'étude de la concurrentiabilité de différents secteurs et branches d'activité, de la rédaction d'un rapport annuel soumis au Premier Ministre marocain. Il intervient sur saisine en cas d'ententes anticoncurrentielles pouvant empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence.

Il est consulté par le Gouvernement, les commissions permanentes du Parlement, les juridictions, les Conseils de régions, communautés urbaines, chambres d'agriculture, les organisations syndicales et professionnelles etc.

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

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

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

Costa Rica - Côte d'Ivoire - Égypte - El Salvador - Emirats Arabes Unis - Estonie - Etats-Unis - Guatemala - Honduras - Hongrie - Île Maurice - Inde - Indonésie - Iran

Italie - Luxembourg - Maroc - Nicaragua - Oman - Paraguay - Pérou - Portugal - RD Congo - Sénégal - Singapour - Thaïlande - Tunisie - Venezuela ■

Cependant, en pratique et avec la loi n°06-99, le Conseil de la Concurrence n'était qu'un simple organe consultatif qui ne détenait pas de pouvoir de décision ou de sanction.

24. Après un travail de sensibilisation des opérateurs au droit de la concurrence, la nouvelle Constitution du Maroc de 2011 confère au Conseil de la Concurrence la qualité « *d'instance administrative indépendante chargée d'assurer la transparence et l'équité dans les relations économiques* » (article 166 du Dahir n°1-11-91 du 27 chaabane 1432 (29 juillet 2011) portant promulgation du texte de la Constitution).

Les lois, n°104-12 relative à la liberté des prix et de la concurrence et la loi n°20-13 relative au Conseil de la concurrence, publiées en 2014, viennent préciser ce nouveau statut du Conseil de la Concurrence en tant que régulateur de la concurrence et disposant d'un champ d'intervention plus large.

25. Désormais, le Conseil de la Concurrence « *peut, sur proposition de de son rapporteur général, se saisir d'office de toutes les pratiques susceptibles d'affecter le libre jeu de la concurrence* » au Maroc (article 4 de la loi n°20-13 relative au Conseil de la concurrence).

Les entreprises peuvent également saisir le Conseil de la Concurrence sans solliciter d'abord les chambres professionnelles.

En matière de contrôles des pratiques anticoncurrentielles, est introduite une exclusion au contrôle des pratiques anticoncurrentielles pour les « *accords d'importances mineures ne restreignant pas sensiblement le jeu de la concurrence* ».

Le droit marocain reconnaît désormais aussi l'infraction de pratique de prix abusivement bas de produits ou de services vendus aux consommateurs.

Toutefois, le Conseil de la Concurrence demeure bloqué dans l'attente de la nomination de ses membres par le Roi et du chef du Gouvernement.

En attendant l'application du nouveau régime, les autorités marocaines tentent d'adopter un mode opératoire relativement efficace en matière de concentrations mais aussi de pratiques anticoncurrentielles.

- **Forme des sociétés**

26. Différentes formes de sociétés commerciales très proches des structures françaises existent au Maroc : la société anonyme (SA), la société anonyme simplifiée (SAS), la société à responsabilité limitée (SARL), la société en commandite simple (SCS), la société en commandite par actions (SCA), la société en nom collectif (SNC).

Les personnes physiques ou morales exerçant une activité commerciale au Maroc, ainsi que les succursales et agences d'une société exerçant une telle activité au Maroc doivent être immatriculées auprès du Registre du commerce, tenu au niveau local par le greffe du tribunal de commerce de la localité concernée, ou, à défaut d'une telle juridiction, par le tribunal de première instance.

Les informations sur les entreprises sont regroupées au niveau national auprès du Registre central du commerce, tenu par l'Office marocain de la propriété intellectuelle.

- **Dispositions particulières aux investissements étrangers**

27. En matière d'investissements étrangers, il n'existe pas de dispositions légales spécifiques incitatives. Cependant l'investissement étranger a progressé depuis 2000. D'après les derniers chiffres de l'Office des changes, le Maroc a réussi à attirer environ 2,57 milliards de dollars d'investissement direct étranger (IDE) en 2017, soit une hausse de 12% par rapport à 2016.

A rapprocher : La franchise au Maroc (Etude 2011)

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

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

ACTUALITÉ SIMON ASSOCIÉS

SEPTEMBRE 2018

3^{ème} Congrès Franco-Belge de la Franchise

Événement organisé par **FRANCHISE BUSINESS CLUB**, auquel interviendra François-Luc SIMON
10 & 11 septembre 2018 – Lille (Salon Créer)
En savoir plus

Quelle place donner au digital dans l'organisation de l'entreprise ?

Club Enseignes & Business

Dîner-débat organisé par **MDC, ANIMATEUR D'ECOSYSTEMES**, en partenariat avec **SIMON ASSOCIÉS**
17 septembre 2018 – Paris
En savoir plus

Géomarketing, Droit & Franchise

Conférence organisée par **TERRITOIRES & MARKETING**, en partenariat avec **SIMON ASSOCIÉS**
20 septembre 2018 – Paris
En savoir plus

Les clauses financières dans les contrats de distribution et de franchise

Matinale organisée par **SIMON ASSOCIÉS**

Intervenants : Cyril GRIMALDI, Sandrine RICHARD, François-Luc SIMON et Gaëlle TOUSSAINT-DAVID
27 septembre 2018 – Paris
En savoir plus

OCTOBRE 2018

La Compliance : une opportunité stratégique pour l'entreprise et ses investisseurs

Matinale organisée par **SIMON ASSOCIÉS**

Intervenants : Marie ARTAUD (BPI Investissement), Karine DEMONET (BPI France), Florence SCHLEGEL (Simon Associés), Renaud JAUNE (Agence Française Anticorruption) et le Ministère de l'Intérieur
12 octobre 2018 – Paris
En savoir plus

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

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