



SIMON ASSOCIÉS
RÉSEAU SIMON AVOCATS



SOMMAIRE

PARIS - NANTES
MONTPELLIER - LYON
FORT-DE-FRANCE

Bureaux intégrés

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

Réseau SIMON Avocats

ALGÉRIE - ARMÉNIE
AZERBAÏDJAN - BAHREÏN
BELGIQUE - BRÉSIL
BULGARIE - 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

Conventions transnationales

www.simonassociés.com
www.lettredesreseaux.com



DISTRIBUTION	
L'application dans le temps du nouveau droit des contrats Entre certitudes et incertitudes	p. 2
La prorogation du contrat de franchise Etude d'ensemble	p. 7
La réparation du préjudice causé par un manquement à une obligation précontractuelle CA Paris, 20 juin 2018, n°17/16639	p. 12
La faute de gestion du franchisé CA Montpellier, 3 mai 2018, n°16/06747	p. 15
Clauses pénales dans les contrats de distribution : quel montant n'est pas excessif ? TC Paris, 13 juin 2018, RG n°J2018000299	p. 16
Validation du droit de préférence au profit du franchiseur Cass. com., 3 mai 2018, n°16-27.926	p. 17
La clause de non-sollicitation de personnel est d'interprétation stricte CA Paris, 11 juin 2018, n°16/12549	p. 18
Pourparlers, contrefaçon et parasitisme CA Paris, 13 avril 2018, n°16/22458	p. 19
CONCURRENCE & CONSOMMATION	
Déséquilibre significatif et clause de non-concurrence post-contractuelle Cass. civ. 1 ^{ère} , 30 mai 2018, n°17-14.303	p. 20
Déséquilibre significatif et article L.212-1 du Code de la consommation Cass. civ. 1 ^{ère} , 16 mai 2018, n°17-11.337, Publié au bulletin	p. 27
Distribution des produits alimentaires Projet de loi EGALIM et débats parlementaires	p. 28
Validité d'une clause stipulant l'abandon réciproque de l'exclusivité en cours de préavis CA Paris, 13 juin 2018, n°15-14.893	p. 31
Appréciation de la proportionnalité de l'engagement de la caution Cass. com., 6 juin 2018, n°16-26.182, Publié au bulletin	p. 36
PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE & NOUVELLES TECHNOLOGIES	
L'administrateur d'une page fan sur Facebook est un responsable conjoint de traitement CJUE, 5 juin 2018	p. 37
Transparence et vigilance en matière de cookies sur les sites internet CE, 10 ^{ème} - 9 ^{ème} ch. réunies, 6 juin 2018	p. 38
Incidence de la connaissance d'une marque sur le marché pour sa défense Cass. com., 30 mai 2018, n°16-22.994	p. 39
Contrefaçon de la marque d'un réseau de franchise TGI Paris, 29 juin 2018, n°17/16120	p. 40
Risque de confusion et impression d'ensemble produite sur le consommateur CA Rennes, 19 juin 2018, n°17/07316	p. 41
IMMOBILIER – CONSTRUCTION – URBANISME	
Bail commercial : premiers éclairages sur les contours du droit de préemption du locataire Cass. civ. 3 ^{ème} , 17 mai 2018, n°17-16.113, Publié au bulletin	p. 41
Bail commercial et révision du loyer : il revient au juge d'adapter la clause d'échelle mobile Cass. civ. 3 ^{ème} , 17 mai 2018, n°17-15.146	p. 42
Désordre de construction : l'étendue des travaux de reprise doit être strictement justifiée Cass. civ. 3 ^{ème} , 21 juin 2018, n°17-15.897	p. 43
Droit de préemption de la SAFER : le démembrement de propriété ne permet pas de l'éviter Cass. civ. 3 ^{ème} , 31 mai 2018, n°16-25.829	p. 44
INTERNATIONAL	
La Franchise en Chine Etude 2018	p. 45
ACTUALITÉ SIMON ASSOCIÉS	
	p. 54

DISTRIBUTION

L'application dans le temps du nouveau droit des contrats

Entre certitudes et incertitudes

Ce qu'il faut retenir :

L'application dans le temps du nouveau droit des contrats conduit à distinguer trois périodes, suivant la date à laquelle le contrat a été conclu. Quelques cas particuliers suscitent des difficultés sérieuses.

Pour approfondir :

1. D'après l'article 9 de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (ci-après l'« Ordonnance ») :

« Les dispositions de la présente ordonnance entreront en vigueur le 1^{er} octobre 2016.

Les contrats conclus avant cette date demeurent soumis à la loi ancienne, y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public.

Toutefois, les dispositions des troisième et quatrième alinéas de l'article 1123 et celles des articles 1158 et 1183 sont applicables dès l'entrée en vigueur de la présente ordonnance »

Lorsqu'une instance a été introduite avant l'entrée en vigueur de la présente ordonnance, l'action est poursuivie et jugée conformément à la loi ancienne. Cette loi s'applique également en appel et en cassation. »

L'ajout de l'expression « y compris pour leurs effets légaux et pour les dispositions d'ordre public » est l'œuvre de la Loi de ratification.

Le dernier alinéa n'offre à première vue guère d'intérêt en matière contractuelle dans la mesure où la loi ancienne s'applique déjà au titre de la date de conclusion du contrat. Mais, d'une part, à supposer que certaines des dispositions de la loi nouvelle trouvent à s'appliquer immédiatement, elles ne le pourraient dans les affaires faisant l'objet d'instances en cours. D'autre part, l'Ordonnance de 2016 ne concerne pas seulement la matière contractuelle, mais aussi le droit des obligations en général. Dans les autres matières, la disposition interdit d'appliquer les règles nouvelles dans lesdites instances.

2. Et d'après l'article 16, I de la loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'Ordonnance (ci-après la « Loi de ratification ») :

« La présente loi entre en vigueur le 1^{er} octobre 2018.

Les articles 1110, 1117, 1137, 1145, 1161, 1171, 1223, 1327 et 1343-3 du code civil et les articles L. 112-5-1 et L. 211-40-1 du code monétaire et financier, dans leur rédaction résultant de la présente loi, sont applicables aux actes juridiques conclus ou établis à compter de son entrée en vigueur.

Les modifications apportées par la présente loi aux articles 1112, 1143, 1165, 1216-3, 1217, 1221, 1304-4, 1305-5, 1327-1, 1328-1, 1347-6 et 1352-4 du code civil ont un caractère interprétatif. »

S'agissant de l'entrée en vigueur de l'Ordonnance et de la Loi de ratification, il s'agit respectivement du 1^{er} octobre 2016 et du 1^{er} octobre 2018. Quant à l'application dans le temps des dispositions du nouveau droit des contrats, elle est encore définie par les dispositions transitoires de l'Ordonnance et de la Loi de ratification, celles-là ayant d'ailleurs été modifiées en partie par celles-ci (I°). Ces dispositions transitoires ne règlent cependant pas toutes les difficultés, dans la mesure où les solutions concernant certaines « situations contractuelles » sont, en général, incertaines (II°).

I. APPLICATION DANS LE TEMPS DU NOUVEAU DROIT DES CONTRATS

3. A titre liminaire, on observera que ni les dispositions de droit transitoire de l'Ordonnance, ni celles de la Loi de ratification ne prévoient d'application rétroactive des nouvelles règles du droit des contrats – sous réserve de certaines dispositions de la Loi de ratification dites « interprétatives » de l'Ordonnance (v. *infra*, n° 9) et d'une modification d'une disposition transitoire de l'Ordonnance par la Loi de ratification (Art. 16, III L. ratif. ; v. *infra*, n°4). Ceci est important, dans la mesure où, d'après l'interprétation jurisprudentielle de l'article 2 du code civil (« La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif »), « la loi nouvelle ne s'applique pas, sauf rétroactivité expressément décidée par le législateur, aux actes juridiques conclus antérieurement à son entrée en vigueur » (Civ. 1^{ère}, 9 décembre 2009, B. 242 ; Civ. 1^{ère}, 12 juin 2013, B. 125). Point de rétroactivité, donc, dans le nouveau droit des contrats.

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - 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 ■

Au vu de ces dispositions, il convient de distinguer trois périodes.

A. Première période : contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016

1. Principe : survie de la loi ancienne

4. En principe, les contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016 sont soumis au droit antérieur à celui de l'Ordonnance (art. 9 al. 2 Ord.), conformément aux principes de non-rétroactivité et de survie de la loi ancienne en matière contractuelle (Com., 15 juin 1962, B. 313 : « *les effets d'un contrat sont régis, en principe, par la loi en vigueur à l'époque où il a été passé* », de sorte qu'un décret relatif à la résiliation de contrats intervenus entre les agents commerciaux et leurs mandants ne peut s'appliquer à la rupture d'un contrat conclu antérieurement) : la validité et les effets passés d'une part (principe de non-rétroactivité) et les effets futurs d'autre part (principe de survie de la loi ancienne) relèveront en principe de la loi ancienne.

Il a été « précisé » par une disposition rétroactive de la Loi de ratification que la survie de la loi ancienne valait même pour les « effets légaux » des contrats et les dispositions « d'ordre public » du nouveau droit des contrats (art. 16, III, L. ratif.). Deux précisions s'imposent à ce sujet.

5. En premier lieu, la « théorie des effets légaux » du contrat est explicitée dans le Rapport de la Cour de cassation pour l'année 2014 : « pour déterminer si une loi doit s'appliquer immédiatement aux effets d'un contrat en cours, il importe donc de procéder à une détermination préalable : si les effets examinés résultent de la seule volonté des parties au contrat, ils échapperont à l'application de cette loi ; si, en revanche, ils ressortissent à un cadre ou à un statut légal, fruit de la volonté du législateur, dans lequel s'est inscrite la situation particulière créée par le contrat, alors, en vertu du principe souvent rappelé par la Cour de cassation selon lequel les effets du contrat sont régis par la loi en vigueur au moment où ils se produisent, on appliquera la loi nouvelle aux effets du contrat en cours »

La Cour de cassation en a fait application essentiellement en matière de baux. On a pu le vérifier, en matière de bail d'habitation, avec les dispositions de la loi ALUR (2014) (V. Cass. avis, 16 février 2015, n° 15002 ; Cass. 3^e civ., 17 novembre 2016, n° 15-24552) alors même qu'il s'agissait d'aller à l'encontre de l'intention probable du législateur (les solutions sont

d'autant plus remarquables que la loi ALUR énumérait les dispositions immédiatement applicables au rang desquelles ne figuraient pas celles jugées pourtant applicables par la Cour de cassation). On a également pu le constater, en matière de bail commercial, s'agissant de l'application dans le temps de la loi LME (2008) (Civ. 3^e, 3 juillet 2013, B. 89 ; Civ. 3^e, 18 février 2009, B. 40).

Quoi qu'il en soit, cette théorie, telle qu'elle est décrite par la Cour de cassation, n'a guère de sens : si, chaque fois que la loi nouvelle a une incidence sur les effets du contrat, elle s'applique immédiatement, il ne reste plus rien du principe de survie de la loi ancienne (Cette théorie peut avoir un sens en revanche lorsque la règle nouvelle ne concerne pas « directement » les effets d'un contrat. C'est le cas notamment de l'application immédiate de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 *relative à la sous-traitance* ayant institué une action directe au profit du sous-traitant (Ch. Mixte, 13 mars 1981, B. 3)). Quant à la référence à un « cadre » ou à un « statut » « légal », elle brille par son imprécision et n'offre aux parties aucune certitude, contrariant à l'excès leurs prévisions. Tant et si bien qu'il n'est pas impossible que l'application de la loi nouvelle à un contrat conclu antérieurement qui se recommanderait d'une telle « théorie » puisse être jugée comme portant une atteinte excessive à la liberté contractuelle et ce faisant jugée non conforme aux exigences constitutionnelles.

On peut donc se féliciter que la Loi de ratification ait fait défense au juge de faire usage de cette théorie pour appliquer les dispositions du nouveau droit des contrats aux contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016.

6. En second lieu, la Loi de ratification a également précisé que les contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016 ne pouvaient se trouver soumis aux dispositions d'ordre public de l'Ordonnance. A la *lettre*, cette précision est un coup d'épée dans l'eau car seules des dispositions qui relèvent d'un ordre public « impérieux » sont applicables aux contrats en cours, non les « simples » dispositions d'ordre public. Le seul caractère d'ordre public est insuffisant (Civ. 1^{ère}, 17 mars 1998, B. 115 : les juges du fond doivent « *caractériser les raisons d'une application immédiate de la loi que sa nature d'ordre public ne [peut] à elle seule justifier* » ; Civ. 1^{ère}, 4 décembre 2001, B. 307 : « *en l'absence de disposition expresse de la loi prévoyant son application immédiate et à défaut de considérations d'ordre public particulièrement impératives, les contrats d'édition demeurent soumis à la loi en vigueur lors de leur conclusion* »).

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - 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 ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

Toutefois, il faut dépasser la lettre du texte pour en saisir l'*esprit* : malgré les approximations du texte (approximations que l'on retrouve aussi parfois en jurisprudence : Civ. 3^e, 9 février 2017, n° 16-10350 : « l'article L. 145-7-1 [du code de commerce], d'ordre public, s'applique aux baux en cours au jour de son entrée en vigueur » (aucune référence au caractère « impérieux » de l'ordre public)), les parlementaires ont souhaité qu'aucune disposition de l'Ordonnance ne puisse s'appliquer aux contrats conclus antérieurement. Cette démarche mérite d'être approuvée dès lors qu'elle respecte pleinement les prévisions des parties et conduit à faire l'économie d'une distinction ô combien délicate entre l'ordre public « simple » et l'ordre public « impérieux » ...

2. Exception : application immédiate de la loi nouvelle aux actions interrogatoires

7. Les contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016 sont soumis aux dispositions nouvelles de l'Ordonnance relatives aux interpellations interrogatoires reconnues à l'égard du pacte de préférence (art. 1123 al 3 et 4), des pouvoirs du représentant (art. 1158) et de l'annulation d'un contrat (art. 1183) (art. 9 al. 3 Ord.).

Cette application « anticipée » de l'Ordonnance est peu compréhensible : elle est non seulement *inopportune* en ce que ces interpellations sont dangereuses pour celui qui n'y répond pas – d'autant plus que l'interrogé n'aura pas pu être renseigné sur leur sens et leur portée lors de la conclusion du contrat sous l'empire du droit ancien –, mais aussi *illégitime*, en ce qu'aucune considération d'ordre public ne justifie de telles dispositions transitoires.

B. Deuxième période : contrats conclus entre le 1^{er} octobre 2016 et le 1^{er} octobre 2018

8. Les contrats conclus après le 1^{er} octobre 2016 sont soumis aux dispositions nouvelles de l'Ordonnance, date de son entrée en vigueur (art. 9 al. 1 Ord.) ainsi qu'aux dispositions *interprétatives* de la Loi de ratification qui sont énumérées dans son article 16, I al. 3.

9. S'agissant des dispositions interprétatives, il convient de rappeler qu'une loi « ne peut être considérée comme interprétative qu'autant qu'elle se borne à reconnaître, sans rien innover, un droit préexistant qu'une définition imparfaite a rendu susceptible de controverses » (v. notamment Civ. 3^e, 27 février 2002,

B. 53 ; Soc. 19 juin 1963, B. 515 ; Com. 2 octobre 2001, B. 156.) et que faisant corps avec la loi ancienne, elle s'applique aux situations antérieures à son entrée en vigueur, y compris aux instances en cours (Civ. 3^e, 27 avril 2002, B. 53 : « ce texte, étant interprétatif, est applicable aux instances en cours à la date de la publication de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 ».). Il importe toutefois de relever que la Cour de cassation ne s'estime pas liée par la qualification retenue par le législateur (Ass. Plén. 23 janvier 2004, B. 2 : « si le législateur peut adopter, en matière civile, des dispositions rétroactives, le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire des litiges ; (...) cette règle générale s'applique quelle que soit la qualification formelle donnée à la loi et même lorsque l'Etat n'est pas partie au procès ; (...) il ne résulte ni des termes de la loi ni des travaux parlementaires que le législateur ait entendu répondre à un impérieux motif d'intérêt général pour corriger l'interprétation juridictionnelle de l'article L. 145-38 du Code de commerce et donner à cette loi nouvelle une portée rétroactive dans le but d'influer sur le dénouement des litiges en cours ; (...) dès lors, la cour d'appel, peu important qu'elle ait qualifié la loi nouvelle d'interprétative, a décidé à bon droit d'en écarter l'application ».).

10. En contrepoint, les autres dispositions de la Loi de ratification, « non interprétatives » (art. 16, I, al. 2 L. ratif.), ne devraient *a priori* pas s'appliquer aux contrats conclus antérieurement à son entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2018 (art. 16, I al. 1 L. ratif.).

La distinction entre dispositions « interprétatives » et les autres pourrait avoir un effet pervers. Le législateur, en considérant que certaines dispositions n'étaient pas interprétatives, n'a-t-il pas nécessairement considéré qu'elles devaient conduire à retenir des solutions différentes ?

A suivre un tel raisonnement, les juges seraient *nécessairement* tenus de retenir des solutions distinctes suivant qu'ils appliquent les règles de l'Ordonnance ou celles – non interprétatives – de la Loi de ratification. Pour ne prendre qu'un exemple, la notion de contrat d'adhésion devrait nécessairement être entendue différemment dans l'Ordonnance et dans la Loi de ratification.

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - 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 ■

Outre qu'une telle approche serait *inopportune* en ce qu'elle morcellerait à l'excès dans le temps le droit des contrats, elle ne serait pas davantage légitime dans la mesure où les dispositions considérées dans la loi de ratification comme non interprétatives de l'Ordonnance, le plus souvent reprennent un texte qui n'était pas clair...

C. Troisième période : contrats conclus après le 1^{er} octobre 2018

11. Les contrats conclus après le 1^{er} octobre 2018 sont soumis aux dispositions nouvelles de la Loi de ratification, date de son entrée en vigueur (art. 16, I, al. 1 L. ratif.).

II. LES SOLUTIONS INCERTAINES

12. On a jusqu'à présent réfléchi à l'application dans le temps du nouveau droit des contrats à un contrat, en considération de la date de sa conclusion à un instant *t*. Quelques cas particuliers qui pourraient soulever des difficultés méritent à présent quelque attention.

A. Contrat formés dans la durée

13. Deux séries de difficultés très différentes méritent d'être envisagées.

14. En premier lieu, s'agissant de la loi applicable aux pourparlers, par principe, il faut appliquer les règles de conflit de loi dans le temps régissant la matière extracontractuelle, dès lors que le contrat n'est pas à ce stade conclu : on retiendra ainsi en principe la loi en vigueur à la date de la réalisation du fait dommageable. Tel sera le cas pour une rupture fautive des pourparlers engagés avant l'entrée en vigueur de loi nouvelle ou encore de la révocation fautive d'une offre faite également avant. Toutefois, il faut réserver deux séries de cas particuliers. D'une part, lorsqu'un contrat régissait les pourparlers et que la difficulté peut être rattachée à ce contrat, ce sont les règles de conflit de loi dans le temps applicable en matière contractuelle qui doivent s'appliquer. D'autre part, lorsque les pourparlers entamés sous le droit ancien ont conduit à la conclusion d'un contrat sous le droit nouveau et que la question concerne un fait s'étant produit alors que le droit ancien était en vigueur mais ayant une incidence sur le contrat conclu, quelle règle de conflit de loi dans le temps retenir ? Par exemple, si un abus d'un état de dépendance a été commis avant que le nouveau droit n'entre en vigueur, peut-il être sanctionné alors qu'il ne l'était pas (ou pas de la même façon) sous l'empire du

droit ancien ? Dès lors que la « situation » s'est *parachevée* sous l'empire du droit nouveau, c'est l'application de celui-ci qui devrait en principe l'emporter.

15. En second lieu, que décider lorsque l'une des parties a exprimé son consentement *avant* l'entrée en vigueur de la loi nouvelle (ce serait le cas de l'offrant ou du promettant s'étant engagé dans une promesse unilatérale (mais pas dans une promesse synallagmatique, dès lors que celle-ci vaut contrat définitif : la loi ancienne s'appliquera), et l'autre *après* (ce serait le cas de l'acceptant ou du bénéficiaire de la promesse unilatérale ayant levé l'option) ? Non sans dogmatisme, on considère en général que le contrat ayant été formé après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, il est soumis à celle-ci. Une telle solution est néanmoins très critiquable, chaque fois que les parties n'ont pas entendu artificiellement empêcher l'application de la loi nouvelle (L'application de la loi ancienne pourrait être considérée comme « artificiellement » maintenue dans certaines circonstances. Par exemple, une partie qui n'est pas encore certaine de vouloir contracter mais qui est certaine de ne pas le vouloir si la loi nouvelle s'applique demande à l'autre de d'ores et déjà y consentir, de lui octroyer un délai très important pour lui permettre éventuellement de consentir plus tard à son tour, et si un tel consentement est effectivement donné, mais bien plus tard...). Prenons l'exemple d'une promesse unilatérale de vente : le contenu du contrat de promesse a été défini par les parties en contemplation d'un droit (le droit ancien) et l'on ne comprend pas que le seul fait que l'option soit levée après l'entrée en vigueur du droit nouveau suffise à emporter soumission du contrat à celui-ci. De même, comment se satisfaire qu'une personne ayant émis une offre dont le contenu a été défini en contemplation d'un droit (le droit ancien) puisse emporter la formation d'un contrat soumis au droit nouveau pour la seule raison que l'acceptation est parvenue postérieurement à l'offrant à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle (dans ce cas, les prévisions de l'offrant seront trahies, et même celles de l'offrant si l'acceptation a été émise avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle et est parvenue à l'offrant après (art. 1121 : « *Le contrat est conclu dès que l'acceptation parvient à l'offrant. Il est réputé l'être au lieu où l'acceptation est parvenue.* »)) ? Dans tous les cas, la soumission du contrat au droit nouveau pose des problèmes *théoriques* et *pratiques* : déjouer les prévisions de celui qui s'est engagé constitue une atteinte excessive à sa liberté contractuelle et d'inévitables difficultés d'articulation entre le contrat et le droit nouveau se poseront.

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - 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 ■

B. Prolongation d'une relation contractuelle

16. La prolongation après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle d'une relation contractuelle peut également susciter quelques hésitations.

17. *Primo*, la **prorogation** laissant subsister l'ancien contrat, le principe est celui de la survie de la loi ancienne. Mais n'y a-t-il pas quelque artifice à empêcher ainsi l'application de la loi nouvelle ?

18. *Secundo*, la **tacite reconduction** ou le **renouvellement** exprès emportant la formation d'un nouveau contrat, le principe est celui de l'application de la loi nouvelle (Civ. 3^e, 18 février 2009, B. 45 : « après avis de la commission consultative des baux ruraux, des arrêtés du préfet du département fixent, en tenant compte des besoins locaux ou régionaux, la nature et la superficie maximum des parcelles de terres ne constituant pas un corps de ferme ou des parties essentielles d'une exploitation agricole pour lesquelles une dérogation peut être accordée aux dispositions des articles L. 411-4 à L. 411-7, L. 411-8 (alinéa 1er), L. 411-11 à L. 411-16 et L. 417-3 ; (...) la nature et la superficie maximum des parcelles à retenir lors de chaque renouvellement de la location sont celles mentionnées dans l'arrêté en vigueur à cette date (...) le bail renouvelé est un nouveau bail et (...) la nature et la superficie des parcelles susceptibles d'échapper aux dispositions d'ordre public relatives au statut du fermage doivent être appréciées au jour où le bail a été renouvelé »). Si la solution s'impose, on prendra garde à privilégier un renouvellement *exprès* en adaptant le contrat à la loi nouvelle plutôt qu'à le laisser *tacitement* se reconduire, le contrat n'étant alors plus adapté à la loi à laquelle il est soumis.

C. Modification d'un contrat

19. La modification après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle du contrat conclu antérieurement suscite d'importants doutes. Si le contrat a fait l'objet d'une novation, nul doute qu'il sera soumis, en tant que le nouveau contrat, à la loi nouvelle. Si, en revanche, il a fait l'objet d'un simple avenant non novatoire, de redoutables difficultés verront le jour. D'un côté, l'*avenant* est lui-même un contrat qui doit être soumis au droit en vigueur au jour de sa conclusion, c'est-à-dire au nouveau droit (au moins en ce qui concerne sa formation et sa validité) ; d'un autre, le *contrat modifié* ayant été conclu sous l'empire du droit ancien, on ne

voit pas pourquoi, dès lors qu'il subsiste (l'*avenant* n'étant pas novatoire), il devrait être soumis au droit nouveau. Faut-il alors envisager un dépeçage du contrat : les effets du contrat seront soumis au droit nouveau pour ceux qui ont été modifiés par l'*avenant*, les autres restants soumis au droit ancien (S. Pellet, *L'avenant au contrat*, th., préf. Ph. Stoffel-Munck, IRJS Editions, 2010, n° 477 s.) ? Mais est-ce seulement *pratiquement* concevable ? Dans le doute, la solution la plus sûre est donc de provoquer une novation du contrat, tout en réservant le cas échéant le maintien des sûretés (art. 1334 : Cette disposition prévoit, s'agissant de la novation, que « [l]extinction de l'obligation ancienne s'étend à tous ses accessoires. » (al. 1) mais que « [p]ar exception, les sûretés d'origine peuvent être réservées pour la garantie de la nouvelle obligation avec le consentement des tiers garants » (al. 2) ...

D. Actes juridiques passés en vertu d'un contrat

20. Les actes juridiques passés après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle en vertu d'un contrat conclu antérieurement renvoient à plusieurs hypothèses. On vise notamment la conclusion d'un contrat-cadre avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle et d'un contrat d'application après, mais aussi, la mise en œuvre, après l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, de prérogatives conférées par le contrat conclu avant (détermination du prix, mise en œuvre d'une clause résolutoire, etc.).

S'il ne fait guère de doute que le contrat-cadre reste soumis au droit ancien, le contrat d'application étant un nouveau contrat, il devrait être par principe soumis au droit nouveau (on a suggéré de soumettre les contrats d'application au droit nouveau « que sur les questions où il bénéficierait d'une autonomie par rapport au contrat-cadre » (Th. Le Bars, *in La réforme du droit des contrats, Commentaire article par article*, Gualino, 2016, p. 18)). Quant à la mise en œuvre de prérogatives découlant du contrat, il faut y voir par principe un effet du contrat conclu antérieurement et soumettre cette mise en œuvre au droit ancien.

A rapprocher : Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - 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 ■

La prorogation du contrat de franchise
Etude d'ensemble

Ce qu'il faut retenir :

La prorogation du contrat de franchise obéit à différentes conditions, qui impliquent de prendre en considération le droit commun (C. civ., art. 1213), le devoir général d'information (C. civ., art. 1112-1) et l'obligation d'information précontractuelle (C. com., art. L.330-3). La prorogation du contrat de franchise peut être réalisée suivant des modalités diverses, plusieurs écueils devant être par ailleurs évités. Enfin, il convient de distinguer les effets de la prorogation du contrat de franchise selon qu'ils se produisent sur les cocontractants ou les tiers.

Pour approfondir :

1. Généralités : La notion même de « **prorogation du contrat** » n'est pas et n'a jamais été définie par la loi, raison pour laquelle elle demeure un objet de fascination constante en doctrine (v. récemment, G. Chantepie, *La durée du contrat* (2^{de} partie – Projet, art. 1214 à 1216) », *Blog Réforme du droit des obligations*, dir. G. Chantepie et M. Latina, billet du 22 avr. 2015 : soulignant qu' « *il paraît utile de définir la prorogation et d'en préciser l'effet juridique* ».).

Elle désigne le mécanisme permettant de différer le terme extinctif du contrat, sans pour autant créer un nouveau contrat. Elle correspond donc à une modification du contrat, par report du terme, ce qui suppose qu'elle ne puisse résulter que d'un accord de volontés, nécessairement antérieur à la survenance de ce terme.

En pratique, la prorogation du contrat peut répondre à des préoccupations les plus diverses, telles que notamment : permettre aux parties de disposer d'un délai suffisant – celui de la prorogation – en vue de renégocier les termes du contrat initial ; permettre à un cocontractant de conserver le bénéfice de certaines sûretés ; permettre à un cocontractant de bénéficier d'un délai plus important, par exemple pour obtenir un prêt ou disposer d'un délai suffisant pour échapper aux dispositions de l'**article L.442-2, I, 5° du Code de commerce** ; favoriser un **accord transactionnel**, la prorogation pouvant constituer l'une des concessions consenties entre les cocontractants ; permettre aux contractants de faire coïncider la date du terme du contrat initial sur celle d'un autre contrat ; conserver le bénéfice de la loi en vigueur au jour de la conclusion du

contrat initial plutôt que de se soumettre à la loi nouvelle. Les hypothèses sont nombreuses.

Lorsqu'il s'agit d'aborder cette question sous l'angle particulier du **contrat de franchise**, il convient, conformément à l'analyse classique inspirée du droit commun des contrats, d'en rappeler les **conditions (I)** et les **effets (II)**.

I. CONDITIONS ET MODALITES DE LA PROROGATION DU CONTRAT DE FRANCHISE

2. Préalable. Compte tenu de son objet, la prorogation ne se conçoit que dans un contrat à durée déterminée, qui comporte nécessairement un terme extinctif, à la différence du contrat à durée indéterminée dont l'exécution ne connaît par définition aucune limite temporelle. Ce préalable posé, il faut souligner que l'écrasante majorité des contrats de franchise sont – en pratique – des contrats à durée déterminée. Le rappel des conditions, en droit commun et en droit spécial (**I.A.**), pourra éclairer l'examen des aménagements contractuels rencontrés en pratique (**I.B.**).

I.A. Conditions de la prorogation du contrat de franchise

3. Conditions au regard du droit commun (nouvel article 1213 du Code civil). La prorogation du contrat est subordonnée à la réunion de deux conditions – qui s'imposaient dès avant l'entrée en vigueur de la réforme du droit des contrats –, désormais énoncées à la première phrase du nouvel article 1213 du Code civil, selon lequel « *le contrat peut être prorogé si les contractants en manifestent la volonté avant son expiration* ».

Primo, la prorogation du contrat ne peut intervenir que sous l'effet d'un **commun accord** des parties (c'est la première condition) ; il en découle qu'une partie ne saurait être engagée au-delà du terme sans y avoir elle-même consenti, conformément au principe de l'autonomie de la volonté. Et, pour être valable, l'accord tendant à la prorogation du contrat doit respecter les conditions de fond inhérentes à tout accord (capacité, consentement, etc.).

Secundo, la prorogation du contrat doit avoir été convenue entre les cocontractants **avant** l'expiration du terme du contrat initial (c'est la seconde condition) puisque l'on ne saurait proroger des obligations déjà éteintes. Autrement dit, la prorogation du contrat constitue un report du terme extinctif, qui ne peut

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - 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 ■

résulter que d'un accord antérieur à ce dernier (Cass. com., 30 juin 2015, n° 14-17649, Bull. civ. n°833). Et, passé la survenance du terme initial, il ne s'agirait plus de proroger le contrat mais d'en conclure un nouveau (Cass. civ. 1^{ère}, 2 mars 1994, Bull. civ. n°87 ; CA Paris, 29 nov. 2007, Juris-Data n°2007-353808). Il appartient donc aux juges du fond de vérifier que les parties se sont effectivement accordées sur le report du terme du contrat initial, avant même la survenance de celui-ci (v. pour une application récente, CA Dijon, 31 mai 2018, n°15/01818). Certaines décisions commettent l'erreur de ne pas procéder à cette vérification (T. com. Nanterre, 18 mars 2015, n° 2014F00810).

Aussi, une fois le contrat éteint, les relations que les parties pourraient poursuivre ne sauraient relever que d'un nouveau contrat. C'est ce qui explique que la simple poursuite des relations contractuelles au-delà du terme du contrat initial n'emporte pas prorogation de ce contrat (v. par ex., CA Paris, Paris, 14 mars 2018, n°15/09551 (à propos d'un contrat de réservation) ; CA Versailles, 13 nov. 2008, n°07/05260 (à propos d'un contrat de franchise)). La reconduction tacite n'entraîne pas prorogation du contrat primitif, mais donne naissance à un nouveau contrat (Cass. com., 11 févr. 1997, Bull. civ. IV, n° 46 : « *Mais attendu que la tacite reconduction n'entraîne pas prorogation du contrat primitif, mais donne naissance à un nouveau contrat* » ; v. aussi, CA Douai, 16 juin 2016, n°15/07411 (à propos d'un contrat de franchise) : « *la tacite reconduction n'entraîne pas prorogation du contrat primitif mais donne naissance à un nouveau contrat* » ; CA Versailles, 17 mars 2011, n°15/09953 (à propos d'un contrat de franchise) : soulignant que « *la reconduction tacite n'entraîne pas prorogation du contrat primitif mais donne naissance à un nouveau contrat dont les stipulations ne sont pas nécessairement identiques* » et, sur pourvoi, Cass. com., 30 mai 2012, n°11-18779). Cette question est aujourd'hui envisagée par les nouveaux articles 1214 et 1215 du Code civil.

4. Devoir général d'information (nouvel article 1112-1 du Code civil) : Se pose la question de savoir si la prorogation du contrat de franchise rend (ou non) applicable le devoir général d'information qui pèse sur les deux partenaires – le franchiseur et le franchisé – en **application du nouvel article 1112-1 du code civil** (v. aussi, sur la question, F.-L. Simon, *De la bonne foi et de la loyauté au stade précontractuel dans les relations franchiseur-franchisé (réforme du droit des contrats, LDR 3 janvier 2018)*.

La prorogation du contrat de franchise implique un échange des consentements (v. *infra* n°3) ; de ce fait, il nous semble que les dispositions du nouvel article 1112-1 du Code civil s'appliquent. Une distinction s'impose toutefois selon nous. En présence d'une prorogation dite « non-automatique » (v. *infra* n°7), les cocontractants se doivent de respecter les dispositions du nouvel article 1112-1 du Code civil, étant précisé que l'obligation d'information se rapporte alors au seul « avenant de prorogation » et non au contrat prorogé. De même, en présence d'une prorogation « semi-automatique » (v. *infra* n°8), le contractant ayant d'ores et déjà manifesté son consentement à la prorogation sera tenu de respecter les dispositions du nouvel article 1112-1 du code civil pour permettre à son cocontractant, appelé à décider de proroger (ou non) le contrat primitif, de s'engager en toute connaissance de cause.

5. Obligation d'information précontractuelle (article L.330-3 du code de commerce) : Se pose par ailleurs la question – plus ancienne – de savoir si le mécanisme par l'effet duquel le contrat de franchise est prorogé rend (ou non) applicable l'obligation d'information précontractuelle qui pèse sur le franchiseur, en application de l'article L.330-3 du code de commerce.

Alors qu'en cas de renouvellement du contrat de franchise, le franchiseur demeure tenu de respecter cette obligation légale d'information précontractuelle (Cass. com., 14 janvier 2003, D. 2003, note H. Kenfack, p. 2304 et somm. p. 2429, obs. D. Ferrier ; JCP E 2004, n°11, p. 420, obs. Ph. Neau-Leduc ; Cah. dr. entr. 2003, n° 3, p. 20, obs. D. Mainguy), il n'est pas nécessaire que le franchiseur respecte l'obligation légale d'information précontractuelle au moment de la prorogation ; telle est la solution retenue par la jurisprudence (CA Paris, 29 nov. 2007, Juris-Data n°353808 (*solution implicite*)). Cette solution peut paraître logique dans la mesure où l'obligation légale d'information est précontractuelle et concerne donc le contrat initial, dont la prorogation n'a pas donné lieu à un nouveau contrat. Le professeur Kenfack indique toutefois que « *si on s'en tient à une approche purement contractuelle, il n'y a pas de contrat nouveau et la lettre de l'art. L. 330-3 c. com. n'exige pas de respecter l'obligation d'information. Toutefois, l'esprit de cet article exige du débiteur de l'obligation qu'il le fasse car il est probable que les informations préalablement communiquées ont évolué. La sécurité des transactions doit inciter les débiteurs à communiquer tout de même les informations requises dans ce cas de simple prorogation* » (H. Kenfack, note sous, Cass. com., 14 janvier 2003, préc.).

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - 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 ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

I.B. Modalités de la prorogation du contrat de franchise

6. Diversité. La liberté contractuelle permet d'envisager plusieurs types de prorogation du contrat (J.-M. Mousseron, *Technique contractuelle*, 5^e éd. par P. Mousseron, J. Raynard et J.-B. Seube, F. Lefebvre, 2017, n° 476 s.) : la prorogation peut être « non-automatique », « semi-automatique », « automatique sous condition ».

7. Prorogation non-automatique : la prorogation du contrat peut être subordonnée à la réitération de la volonté respective des deux parties, chacune d'elle ayant donc la faculté de s'y opposer. Cette première hypothèse recouvre en réalité deux sous-hypothèses.

La première sous-hypothèse est celle où le contrat n'a rien prévu concernant la prorogation du terme ; les parties sont donc libres de convenir d'en reporter le terme, en cours d'exécution du contrat, c'est-à-dire pour autant que cet accord survienne avant le terme initial. En pratique, un avenant sera généralement formalisé.

La seconde sous-hypothèse est celle où le contrat contient lui-même une clause relative à la prorogation. Selon la rédaction retenue par une telle clause, l'accord de volonté de chacune des parties pourra :

- être tacite ou exprès : lorsque la volonté doit être expresse, il est préférable que les modalités de cette expression soient précisées ;
- intervenir (ou non) dans un délai prédéterminé : ce délai est préférable, pour permettre aux parties d'être fixées suffisamment à l'avance et, le cas échéant, trouver une « solution de rechange » dans l'hypothèse où le contrat ne serait pas prorogé ;
- préciser la durée de la prorogation : à défaut, le contrat deviendra à durée indéterminée ;
- indiquer que la prorogation est sans effet sur tel ou tel tiers.

Ainsi, par exemple, pourra-t-il être prévu : « *Le contrat est conclu pour une durée de sept (7) ans. Les parties décident qu'à son échéance le contrat sera prorogé,*

pour une durée de deux (2) années. Par prorogation, les parties entendent poursuivre le même contrat, sans qu'il y ait formation d'un nouvel accord. Le contrat prorogé est sans effets sur la caution consentie le [●] par M. [●] au profit de XXX. En tout état de cause, l'une ou l'autre des parties pourra s'opposer à la prorogation du contrat par lettre RAR adressée six (6) mois au moins avant l'échéance du terme ».

8. Prorogation semi-automatique : la prorogation du contrat peut envisager l'accord des deux parties de manière différée. Par exemple, dès la signature du contrat initial, l'un des cocontractants peut donner irrévocablement son accord quant à la prorogation de ce contrat ; autrement dit, il consent par avance à la prorogation du contrat, abandonnée à la seule volonté de son cocontractant, qui pourra donc l'exprimer, avant la survenance du terme ou du délai prévu le cas échéant par le contrat ; il s'agit alors d'une promesse de prorogation. Et, selon la rédaction retenue par le contrat initial, on retrouve les mêmes paramètres que ceux exprimés à propos de la clause de prorogation non-automatique : selon les cas, en effet, l'accord de volonté du bénéficiaire sera ou non exprès ; l'accord de volonté du bénéficiaire sera ou non encadré dans un certain délai ; la durée de la prorogation pourra ou non être précisée. Une variante peut consister à reprendre cette configuration, l'accord de volonté du bénéficiaire étant toutefois subordonné à la réalisation de certaines conditions ; il s'agit alors de ce que l'on peut qualifier de « clause de prorogation semi-automatique sous condition ». Ainsi, il pourra être prévu – par exemple – que dans l'hypothèse où, pendant l'exécution du contrat de franchise le franchisé a constamment respecté ses obligations contractuelles, il pourra alors unilatéralement décider de proroger le contrat initial.

Ainsi, par exemple, pourra-t-il être prévu : « *Le contrat est conclu pour une durée de sept (7) ans. Les parties décident qu'à son échéance le contrat pourra être prorogé pour une durée de deux (2) années, si le franchisé a continuellement respecté l'ensemble des conditions lui incombant au titre du contrat. Par prorogation, les parties entendent poursuivre le même contrat, sans qu'il y ait formation d'un nouvel accord. Le contrat prorogé est sans effets sur la caution consentie le [●] par M. [●] au profit de XXX. En tout état de cause, le franchisé pourra s'opposer à la prorogation du contrat par lettre RAR adressée au franchiseur six (6) mois au moins avant l'échéance du terme ».*

9. Prorogation automatique sous condition : la prolongation du contrat peut s'effectuer automatiquement, sans réitération de la volonté des parties, qui l'ont l'une et l'autre acceptée *ab initio*, sous réserve de la réunion de certaines conditions ; autrement dit, les deux parties consentent par avance à la prorogation du contrat, abandonnée à la seule survenance des conditions déterminées par le contrat initial. Par exemple, les parties pourraient convenir que le contrat de franchise sera automatiquement prorogé pour telle durée supplémentaire pour le cas où le franchisé aurait réalisé tel chiffre d'affaires ; ou encore, à l'instar de certains contrats d'approvisionnement, le contrat de franchise sera automatiquement prorogé au terme initial lorsque le franchisé n'a pas acheté tel volume de marchandises auprès de la centrale d'achats ou de référencement.

10. Ecueils. Un premier écueil peut résulter de l'incidence (très éventuelle selon nous) de la notion de **déséquilibre significatif**. Le déséquilibre significatif peut également résulter d'une clause de prorogation tacite prévoyant une durée de préavis pour s'opposer à la prorogation nettement plus favorable à l'un des cocontractants qu'à l'autre (CA Orléans, 25 févr. 2016, RG n°15/01666).

Un autre écueil peut résulter de la durée du contrat prorogé. En effet, lorsque la loi impose une durée contractuelle maximale, la durée totale du contrat initial (jusqu'au terme de la prorogation) ne doit pas excéder cette limite. Bon nombre de contrats de franchise comportent une obligation d'exclusivité ou de quasi-exclusivité d'approvisionnement au sens de l'article L.330-1 du code de commerce, selon lequel : « Est limitée à un maximum de dix ans la durée de validité de toute clause d'exclusivité par laquelle l'acheteur, cessionnaire ou locataire de biens meubles s'engage vis à vis de son vendeur, cédant ou bailleur, à ne pas faire usage d'objets semblables ou complémentaires en provenance d'un autre fournisseur ». De même, bon nombre de contrats de franchise comportent une obligation d'exclusivité ou de quasi-exclusivité d'approvisionnement au sens de l'article 5.1.a) du Règlement n°330/2010 du 20 avril 2010, selon lequel ne peuvent pas bénéficier de l'exemption par catégorie les obligations d'approvisionnement exclusif ou quasi-exclusif d'une durée supérieure à 5 ans. Ainsi, pour prononcer la nullité d'un contrat d'approvisionnement, une cour d'appel (CA Montpellier, 15 janv. 2002, inédit) a-t-elle retenu qu'un contrat d'approvisionnement – d'une durée de sept ans (de 1995 à 1997 plus les cinq ans résultant de la prorogation) – dépassait donc la durée

maximale de 5 ans prévue par le règlement communautaire d'exemption n°1984/ 83 (en vigueur à l'époque des faits) ; tout au plus, la Cour de cassation a-t-elle censuré l'arrêt d'appel, au visa de l'article 81 CE et des articles 1 et 3 du règlement no 1984/ 83 du 22 juin 1983, au motif que n'est pas nécessairement nul un accord ne remplissant pas les conditions posées par le règlement d'exemption s'il n'est pas établi qu'il a pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun (Cass. com., 3 déc. 2003, Contrats, conc. consom., février 2004, p. 18, no 23, obs. M. M-V).

Toutefois, il nous semble pertinent de distinguer selon que le débiteur de l'obligation d'approvisionnement a pu (ou non) refuser le dépassement de la durée maximale du contrat ; par exemple, lorsque le débiteur de l'obligation a librement décidé de proroger le contrat initial avant son terme, les dispositions de l'article L.330-1 précitées se trouvent respectées ; lorsqu'en revanche le débiteur de l'obligation a abandonné *ab initio* à son cocontractant, au moyen d'une clause de prorogation semi-automatique, la faculté de proroger le contrat initial, les dispositions de ce texte sont violées. Dans le premier cas, en effet, le débiteur de l'obligation pouvait librement ne pas s'engager au-delà de la durée maximale de 10 ans ; dans le second, le dépassement de la durée maximale du contrat a été unilatéralement décidé par le créancier de l'obligation. Le raisonnement ne semble pas être remis en cause par la Cour de cassation (Cass. com. 21 février 1995, Bull. IV n°50 : « Attendu, en quatrième lieu, que l'arrêt relève que les parties ont été liées par une clause d'exclusivité pendant dix années à compter du 22 avril 1968 et que, si après le 22 avril 1978, elles ont continué à en respecter les termes, elles n'y étaient plus obligées ; qu'à partir de ces constatations et appréciations dont il résultait que, les sociétés DRT et Saint-Marc étant, à compter du 22 avril 1978, dégagées de leurs obligations contractuelles résultant de la lettre du 22 avril 1968, le contrat du 12 octobre 1984 ne constituait pas juridiquement la prorogation de celui du 22 avril 1968, la cour d'appel a déduit à bon droit que ces sociétés pouvaient, sans contrevenir aux dispositions de la loi du 14 octobre 1943, conclure un contrat contenant une clause d'exclusivité »).

II. EFFETS DE LA PROROGATION DU CONTRAT DE FRANCHISE

11. Préalable. Il convient de distinguer les effets de la prorogation du contrat de franchise selon qu'ils se produisent sur les cocontractants ou les tiers.

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

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

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

II.A. Effets sur les cocontractants

12. Maintien du contrat initial. En présence d'une prorogation du contrat, le contrat initial se poursuit ; à l'inverse, le contrat renouvelé donne naissance à un nouveau contrat.

La réforme du droit des contrats n'a pas modifié ces solutions. Pour ce qui concerne le renouvellement du contrat, cette solution prévalait en jurisprudence dès avant la réforme (v. en ce sens, A. Bénabent, *La prolongation du contrat* : RDC 2004, p. 117) ; le contrat renouvelé, comme l'a rappelé la jurisprudence de manière constante, donne toujours naissance à un nouveau contrat (Cass. civ. 3^{ème}, 10 juin 1998 : Bull. civ. 1998, IV, n 119 ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 janv. 1984 : Bull. civ. 1984, I, n 6 ; Cass. civ. 1^{ère}, 17 juill. 1980 : Bull. civ. 1980, I, n°220 ; RTD civ. 1981, 397, obs. F. Chabas). Cette solution est expressément consacrée par le nouvel article 1214 du Code civil selon lequel le « *renouvellement donne naissance à un nouveau contrat (...)* » ; quant à l'article 1215 du même code, il ajoute que la tacite reconduction « *produit les mêmes effets que le renouvellement du contrat* ». Pour ce qui concerne la prorogation du contrat, elle ne donne pas naissance à un nouveau contrat ; la solution est implicite puisqu'elle résulte du silence gardé par le législateur, qui n'a pas apporté la précision qui figure aux articles 1214 et 1215 précités.

La circonstance que le contrat initial soit maintenu emporte des conséquences pratiques : ainsi, par exemple, un manquement commis au cours du contrat initial ne saurait justifier la résiliation du contrat consécutif à son renouvellement (Cass. civ. 3^{ème}, 7 juillet 2004, Bull. civ. II, n°146), il en va tout autrement en matière de prorogation du contrat.

13. Contenu du contrat prorogé. Par principe, le contrat initial se poursuit à l'identique, à l'exception toutefois de la clause de durée.

Toutefois, la prorogation du contrat peut s'accompagner d'une modification de certaines des obligations mises à la charge de l'une ou l'autre des parties. Dans ce cas, la volonté des parties devra être suffisamment claire pour qu'une modification du contrat puisse être opérée (CA Colmar, 9 nov. 2004, Juris-Data n°2004-274028 : constatant que, par leur volonté commune, les parties avaient décidé de proroger le contrat pour une durée de 6 mois tout en supprimant la clause de non-concurrence figurant dans le contrat ; CA Paris, 18 déc. 1996, Juris-Data n°1996-

023995 : considérant que les parties avaient prorogé le contrat pour l'une des zones géographiques visées par le contrat initial).

14. Durée du contrat prorogé. En règle générale, les parties indiquent expressément la durée du contrat prorogé ; dans ce cas, il n'existe aucune difficulté, à moins que la loi impose une durée contractuelle maximale (v. *supra* n°10). Par exception, il arrive que les parties ne précisent pas la durée du contrat prorogé ; dans ce cas, il s'agit selon nous d'un contrat à durée indéterminée (v., en ce sens, M. Mekki, Juris-Cl., Fasc. 70 : *Contrats et obligations. – Réforme du droit des obligations. – Effets du contrat*).

15. Loi applicable au contrat prorogé. La loi applicable demeure celle qui présidait lors de la conclusion du contrat initial (CA Paris, 29 nov. 2007, Juris-Data n°353808). La différence entre le renouvellement du contrat (ou sa tacite reconduction) et la prorogation de celui-ci est décisive pour déterminer la loi applicable au contrat car, si le contrat est prorogé, la loi applicable est celle qui existait avant la réforme du droit des contrats, alors que si le contrat est tacitement reconduit ou renouvelé, les dispositions nouvelles de la loi seront applicables (v. Cass. civ. 3^{ème}, 10 juin 1998, n°96-15626 : Bull. civ., III, n° 119 ; RTD civ. 1999, p. 93, obs. J. Mestre : à propos d'un contrat de bail tacitement reconduit soumis à l'article 57 A de la loi du 23 décembre 1986 et jugé applicable à compter du renouvellement du bail ; CA Caen 19 juin 2018, n° 16/02814 : à propos d'un contrat de cautionnement). Il faut évoquer l'hypothèse particulière où les parties ont décidé de proroger le contrat initial à seul dessein de le faire échapper aux dispositions de la loi nouvelle ; dans ce cas, si la difficulté probatoire est surmontée, il ne serait pas surprenant que la jurisprudence décide de neutraliser l'effet habituellement conféré à la prorogation et d'appliquer la loi nouvelle au contrat ou, alternativement, lorsque les dispositions de la loi nouvelle sont d'ordre public, d'annuler l'avenant prorogatif pour fraude.

II.B. Effets sur les tiers

16. Caution : En cas de prorogation du contrat, l'article 2316 du Code civil, qui concerne le seul report de l'échéance de la dette du débiteur principal (« *La simple prorogation de terme, accordée par le créancier au débiteur principal, ne décharge point la caution, qui peut, en ce cas, poursuivre le débiteur pour le forcer au paiement.* ») est inapplicable.

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - 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 ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

Il en va différemment de l'article 1213 du Code civil (« *Le contrat peut être prorogé si les contractants en manifestent la volonté avant son expiration. La prorogation ne peut porter atteinte aux droits des tiers* ») qui pourrait être invoqué par la caution pour empêcher au créancier de demander à la caution le paiement des dettes contractées par le débiteur en raison de la prorogation du contrat (V. déjà Cass. com. 9 avril 2013, Bull. civ. IV, n°56 : « *sauf clause contraire, la caution qui a garanti l'exécution d'un contrat à durée déterminée n'est pas tenue de la prolongation des relations contractuelles par les mêmes parties par l'effet des prorogations* ». Mais, bien entendu, le contrat de cautionnement peut prévoir le contraire.

17. Tierce complicité : Le contrat de franchise comporte bien souvent des obligations post-contractuelles incombant au franchisé : obligation de confidentialité et de non-utilisation du savoir-faire, obligation de non-concurrence, obligation de restitution des signes distinctifs, obligation de restitution des data collectées, etc. Le terme du contrat initial ou, en cas de prorogation de ce terme, le terme du contrat prorogé constitue le fait générateur de ces différentes obligations post-contractuelles, dont certaines (telle que la clause de non-concurrence) sont encadrées dans le temps. Se pose alors la question de savoir si le **tiers complice** peut encore voir sa responsabilité engagée lorsque celui-ci a pu se méprendre sur la date du fait générateur (par exemple lorsque celui-ci ne connaissait pas l'existence d'un avenant prorogatif).

Or, on le sait, la complicité du tiers ne peut être établie que lorsque ce dernier a connaissance de l'obligation mise à la charge du franchisé. L'une des affaires dont a eu à connaître la Cour de cassation, en matière de clause de préférence, présente à cet égard un aspect original (Cass. com., 9 juin 2009, n°08-17296). En l'espèce, il ne faisait aucun doute que le tiers savait que l'obligation en cause avait existé : le franchiseur lui avait notifié le contrat de franchise dans ce but ; la difficulté résidait dans la question de savoir si le tiers avait eu connaissance du fait que l'obligation avait subsisté. En effet, à l'époque des faits, un conflit existait entre le franchiseur et le franchisé quant à la date à laquelle les relations contractuelles avaient pris fin : le franchisé soutenait que le contrat avait pris fin dès le terme que ce dernier prévoyait expressément, alors que le franchiseur se prévalait de la prorogation du contrat au-delà dudit terme. Les démarches menées

par le tiers en vue de l'acquisition du fonds de commerce du franchisé avaient commencé entre la date du terme du contrat initial et le terme de la période de prorogation dont se prévalait le franchiseur. Plus d'un an après la cession, le Tribunal arbitral appelé à connaître de la question de la responsabilité du franchisé avait fait droit au franchiseur, et estimé que le contrat avait effectivement été prorogé au-delà du terme initialement prévu. La Cour d'appel, saisie de la question de la responsabilité du tiers acquéreur, avait estimé que ce dernier avait pu légitimement croire que les relations contractuelles avaient cessé au moment où il avait décidé d'acquérir le fonds. Même si le pourvoi formé est rejeté, ce motif est néanmoins jugé erroné par la Cour de cassation au présent (Cass. com., 9 juin 2009, n°08-17296 : « *abstraction faite des motifs erronés critiqués à la première branche* »).

A rapprocher : Les clauses de durée et poursuite des relations commerciales dans les contrats de distribution, LDR 1^{er} déc. 2012

La réparation du préjudice causé par un manquement à une obligation précontractuelle
CA Paris, 20 juin 2018, n°17/16639

Ce qu'il faut retenir :

Le préjudice résultant du manquement à une obligation précontractuelle d'information est constitué par la perte de la chance de ne pas contracter ou de contracter à des conditions plus avantageuses. Le préjudice réparable d'un cocontractant, qui a fait le choix de ne pas demander l'annulation du contrat, correspond, non à la perte d'une chance de ne pas contracter, mais uniquement à la perte d'une chance d'avoir pu contracter à des conditions plus avantageuses.

La perte d'une chance d'avoir pu contracter à des conditions plus avantageuses revient à déterminer, d'une part, le degré de probabilité de la conclusion, par la société franchisée dûment informée, d'un contrat à des conditions plus avantageuses, et d'autre part, la valeur des gains que la société franchisée aurait pu espérer percevoir si elle avait signé le contrat à des conditions plus avantageuses.

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - 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 ■

Pour approfondir :

Statuant sur renvoi après un arrêt de la Cour de cassation prononcé le 15 Mars 2017 (n° 345 F-D) emportant cassation partielle d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris (Pôle 5 - chambre 4) le 7 janvier 2015 (RG n° 12/19788), sur appel d'un jugement rendu le 26 septembre 2012 par le Tribunal de commerce de Paris (RG n° J2006069683), la Cour d'appel de Paris, autrement composée, a eu à se prononcer (notamment) sur la question de la réparation du préjudice causé par un manquement à une obligation précontractuelle.

En l'espèce, la société franchisée faisait valoir, à titre principal, que le manquement à une obligation précontractuelle d'information lui avait causé un préjudice constitué de la **perte de chance** de ne pas avoir signé le **contrat de franchise** à des conditions plus avantageuses qui, selon elle, sont celles qui lui auraient permis de réaliser des bénéfices et de ne pas être mise en liquidation judiciaire.

En présence d'un litige qui opposait donc un franchiseur à son franchisé, la motivation de l'arrêt commenté énonce trois règles, qu'il convient d'envisager.

Règle n°1 : le préjudice résultant du manquement à une obligation précontractuelle d'information est constitué par la perte de la chance de ne pas contracter ou de contracter à des conditions plus avantageuses.

L'arrêt commenté retient qu'« *il est de principe que le préjudice résultant du manquement à une obligation précontractuelle d'information est constitué par la perte d'une chance de ne pas contracter ou de contracter à des conditions plus avantageuses et non par la perte d'une chance d'obtenir les gains attendus et que la réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue (...)* ». Cette règle a été rappelée par la Cour de cassation à plusieurs reprises, y compris dans le cadre de la procédure ayant opposé les parties (Cass. com., 15 mars 2017, n°15-16406).

Corrélativement, ainsi que l'arrêt commenté le souligne également, ce préjudice ne peut donc être constitué par la perte d'une chance d'obtenir les gains attendus (v. aussi, Cass. com., 25 novembre 2014, n°13-24.658). De même, ce préjudice ne peut pas correspondre aux pertes subies (Cass. com., 15 mars 2017, n°15-16406).

Règle n°2 : le préjudice réparable d'un cocontractant, qui a fait le choix de ne pas demander l'annulation du contrat, correspond, non à la perte d'une chance de ne pas contracter, mais uniquement à la perte d'une chance d'avoir pu contracter à des conditions plus avantageuses.

L'arrêt commenté retient que « *le préjudice réparable d'un cocontractant, qui a fait le choix de ne pas demander l'annulation du contrat, correspond, non à la perte d'une chance de ne pas contracter, mais uniquement à la perte d'une chance d'avoir pu contracter à des conditions plus avantageuses* ». Et, au cas d'espèce, l'arrêt commenté souligne que la société franchisée qui n'a pas demandé la nullité du contrat de franchise ne peut donc solliciter que la réparation de la perte de chance d'avoir pu contracter à des conditions plus avantageuses.

Précisément, en présence d'un manquement à une obligation précontractuelle d'information, la jurisprudence de la Cour de cassation est ordonnée autour d'une distinction fondamentale, puisque le préjudice réparable n'est pas le même suivant que le contrat a ou non été annulé. Dans son arrêt de principe du 10 juillet 2012 (Bull. civ. IV, n° 149, *Parsys 2*), la Cour de cassation a ainsi considéré que la victime « *ayant fait le choix de ne pas demander l'annulation du contrat, son préjudice réparable [correspond] uniquement à la perte d'une chance d'avoir pu contracter à des conditions plus avantageuses* », et non dans la perte de chance de ne pas avoir contracté.

Cette décision s'inscrit elle-même dans le sillage d'un célèbre arrêt rendu par la chambre commerciale le 14 mars 1972, qui avait énoncé, en présence d'un dol, que « *les acquéreurs pouvaient invoquer le dol pour conclure seulement à une réduction de prix* » (Bull. civ. IV, n° 90) et non à l'annulation du contrat.

La jurisprudence est sur ce point parfaitement établie, la Cour de cassation ayant jugé à plusieurs reprises que : « *la victime d'un dol peut, à son choix, faire réparer le préjudice que lui ont causé les manœuvres de son cocontractant par l'annulation de la convention et, s'il y a lieu, par l'attribution de dommages-intérêts, ou simplement par une indemnisation pécuniaire qui peut prendre la forme de la restitution de l'excès de prix qu'elle a été conduite à payer* » (Cass. com., 27 mai 1997, pourvoi n° 95-15930 ; Cass. com., 27 janvier 1998, pourvoi n° 96-13253 ; Cass. 1^{ère} civ., 12 octobre 2004, pourvoi n° 01-14704).

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - 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 ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

La raison d'être de ces décisions est évidente : celui qui fait le choix de continuer à profiter du contrat doit pouvoir obtenir un « rééquilibrage » de son contrat en étant indemnisé de « la perte d'une chance d'avoir pu contracter à des conditions plus avantageuses », mais non la perte de chance de ne pas contracter.

En contrepoint, chaque fois que la victime fait le choix de demander l'annulation du contrat, son préjudice réparable consistera dans la « perte de chance de ne pas contracter ».

Comme l'a observé M^{me} Guelfucci-Thibierge (C. Guelfucci-Thibierge, *Nullité, restitutions et responsabilité*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 1992, n^{os} 145 et s.), « lorsque le contrat est annulé, il convient donc de compléter l'annulation par l'allocation de dommages et intérêts destinés à replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat n'avait pas été conclu, mais lorsque le contrat n'est pas annulé, il ne saurait être question de rembourser à la victime les frais de conclusion du contrat puisque cette conclusion n'aura pas été vaine, l'acte étant maintenu. Il faudra seulement la rendre indemne des conséquences préjudiciables de la faute commise par l'autre partie lors de la formation de l'acte. À cette fin, il suffira d'effacer les effets de la faute précontractuelle sur cette formation, en recherchant ce qu'aurait été l'acte sans cette faute. Or, celle-ci n'a pas déterminé la conclusion en elle-même mais l'acceptation de certaines conditions désavantageuses pour la partie victime » (C. Guelfucci-Thibierge, préc. n^o187).

M. Lequette note lui aussi que *lorsque le contrat est annulé*, « il s'agit au fond d'effacer le dommage en faisant comme si le contrat n'avait pas été conclu » alors que *lorsque le contrat n'est pas annulé*, « la doctrine est unanime : le préjudice résulte de la conclusion du contrat à des conditions moins avantageuses qui n'ont été acceptées qu'en raison de la faute précontractuelle », « parce qu'elle a choisi de maintenir le contrat, la victime du dol ne peut soutenir qu'elle ne l'aurait pas conclu. Tout au plus peut-elle faire valoir qu'elle l'aurait conclu à des conditions plus avantageuses pour elle » (Y. Lequette, « Responsabilité civile versus vices du consentement », in *Au-delà des codes, Mélanges en l'honneur Marie-Stéphane Payet*, Dalloz, 2011, p. 363 et s., spéc., n^o11).

Règle n°3 : la perte d'une chance d'avoir pu contracter à des conditions plus avantageuses revient à déterminer, d'une part, le degré de probabilité de la conclusion, par la société franchisée dûment informée, d'un contrat à des conditions plus

avantageuses, et d'autre part, la valeur des gains que la société franchisée aurait pu espérer percevoir si elle avait signé le contrat à des conditions plus avantageuses.

L'arrêt commenté retient que pour évaluer le préjudice économique subi du fait de la perte d'une chance d'avoir pu contracter à des conditions plus avantageuses, « il y a lieu de déterminer, d'une part, le degré de probabilité de la conclusion, par la société franchisée dûment informée, d'un contrat à des conditions plus avantageuses, et d'autre part, la valeur des gains manqués du fait de l'absence de conclusion d'un contrat à des conditions plus avantageuses ».

La multiplication de ces deux paramètres (le premier se traduit par un pourcentage, le second par un montant en valeur absolue) conduit ainsi à ce qu'il est convenu d'appeler le préjudice réparable, ou préjudice indemnisable. Des observations peuvent être formulées concernant chacun de ces deux paramètres.

Pour ce qui concerne le premier paramètre (à savoir le degré de probabilité de la conclusion, par la société franchisée dûment informée, d'un contrat à des conditions plus avantageuses), l'arrêt commenté retient tout d'abord que la perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée. Il indique en effet sur ce point qu'« il est de principe que (...) la réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée ». Cette règle a également été rappelée par la Cour de cassation à plusieurs reprises (Cass. civ. 1^{ère}, 9 décembre 2010, Bull. civ. I, n^o 255 : « la cour d'appel (...) s'agissant (...) de la réparation d'un préjudice né d'une perte de chance, ne pouvait allouer une indemnité égale au bénéfice que le demandeur aurait retiré de la réalisation de l'événement escompté » ; adde notamment Cass. civ. 1^{ère}, 16 juillet 1998, Bull. civ. I, n^o 260). L'arrêt commenté souligne ensuite que « seuls les éléments concernant la signature du contrat de franchise doivent être pris en compte et non pas les circonstances intervenues ultérieurement à celles-ci ni relatives à l'exécution dudit contrat ». La précision se justifie puisque, par principe, il s'agit de se placer au moment de la conclusion du contrat de franchise. En fin de compte, le coefficient d'incertitude doit donc être fixé en considération de l'incertitude qu'aurait eue la société franchisée de conclure un contrat au contenu plus avantageux, et non en considération de l'incertitude d'avoir obtenu les résultats escomptés.

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - 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 ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

Pour ce qui concerne le second paramètre (à savoir la valeur des gains manqués du fait de l'absence de conclusion d'un contrat à des conditions plus avantageuses), l'arrêt commenté souligne qu'il ne peut s'agir que « *des gains que (la société franchisée) aurait pu espérer percevoir si elle avait signé le contrat à des conditions plus avantageuses* ». Cette précision l'a conduit donc à écarter en l'espèce les postes réclamés par la société franchisée, à savoir : 518.000 euros de bénéfices auxquels elle pouvait légitimement s'attendre sur la base des chiffres communiqués par la société franchiseur ; et 1.082.871,11 euros au titre de son passif, majorés des frais de sauvegarde de 48.934,94 euros TTC et des frais pour 30.791 euros portant le préjudice de ce poste à 1.162.597,05 euros.

En application des règles précitées, le franchiseur est ici condamné à 360.000 euros, montant significativement plus faible que celui (1.606.457 euros) précédemment retenu par ladite Cour avant que la cassation partielle ne soit ordonnée.

A rapprocher : Cass. com., 10 juillet 2012, n°11-21954, Bull. civ. IV, n° 149, *Parsys 2*, et nos observations sous LDR 3 sept. 2012

La faute de gestion du franchisé

CA Montpellier, 3 mai 2018, n°16/06747

Ce qu'il faut retenir :

Le franchiseur ne peut invoquer une faute de gestion du franchisé lorsque l'acte critiqué est l'application des conseils qu'il a lui-même prodigués et/ou que le franchiseur n'a pas exprimé les actions correctives que les informations effectivement portées à sa connaissance (ou qu'il ne pouvait ignorer) auraient dû lui inspirer.

Pour approfondir :

En l'espèce, un franchiseur fait grief à son franchisé d'avoir commis une faute de gestion, par l'embauche

inconsidérée de 13 salariés. L'arrêt commenté écarte l'argument au motif que c'est au vu du prévisionnel erroné fourni par le franchiseur qu'il a été procédé au recrutement de ces salariés, et que le franchisé a par lui-même procédé aux licenciements économiques qui s'imposaient lorsqu'il s'est rendu compte de la charge salariale excessive induite par ce sureffectif. L'arrêt commenté ajoute que si le franchiseur met par ailleurs en doute la fiabilité des déclarations comptables du franchisé, il a donc également manqué à son **obligation d'assistance** en ne l'avertissant pas de ces incohérences qui – à les supposer établies – lui étaient régulièrement adressées.

Le franchiseur ne peut donc invoquer une faute de gestion du franchisé lorsque l'acte critiqué est l'application concrète des conseils qu'il a lui-même prodigués. Pour qualifier la nature juridique de la faute du franchiseur, il y a lieu de distinguer selon que ces conseils ont été formulés dans la phase précontractuelle ou postérieurement à la signature du contrat.

Au cas présent, sans doute eût-il été intéressant de savoir si le conseil prodigué (l'embauche de 13 salariés) était réellement constitutif d'une faute – par comparaison avec les autres franchisés du réseau –, ce que la lecture de l'arrêt ne permet pas de déterminer. Il en va de même lorsque, sans être à l'origine de la faute, le franchiseur n'a pour autant pas exprimé les actions correctives que les informations portées à sa connaissance auraient dû lui inspirer. Reste à déterminer si les informations *effectivement* portées à la connaissance du franchiseur – ou qu'il ne pouvait ignorer – impliquaient la transmission de conseils supplémentaires au bénéfice du franchisé.

La fourniture de renseignements dans la phase précontractuelle comme l'obligation d'assistance sont des obligations de moyens.

A rapprocher : Cass. com., 21 octobre 2014, n° 13-11.186, LDR 1^{er} décembre 2014

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - 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 ■

**Clauses pénales dans les contrats de distribution :
quel montant n'est pas excessif ?**

TC Paris, 13 juin 2018, RG n°J2018000299

Ce qu'il faut retenir :

Le Tribunal de commerce de Paris a appliqué trois clauses pénales différentes en considérant qu'elles n'étaient pas excessives : 10.000 € par manquement à une obligation contractuelle pendant le contrat, 75.000 € en cas de violation de la clause de non-concurrence post-contractuelle et 68.182,28€ en cas de résiliation du contrat aux torts du distributeur (équivalent aux redevances qui auraient été dues jusqu'au terme du contrat et à la perte de marge brute sur les achats qui auraient dû être effectués auprès de la tête de réseau jusqu'au terme du contrat).

Pour approfondir :

Ce jugement a été rendu dans le cadre d'un contrat appelé « *contrat de partenariat* », contrat qui mêlait notamment concession d'usage de marques et signes distinctifs au profit du partenaire et approvisionnement encadré (en termes de références de produits et de volume minimum d'achats) du partenaire auprès de la société tête de réseau. La solution est toutefois transposable – à notre sens – à tous les contrats dits de distribution de produits et/ou de services (franchise, affiliation, etc.). C'est en cela notamment qu'il s'agit d'une décision des plus intéressantes.

Les faits sont les suivants. Après avoir adressé en vain à son partenaire deux mises en demeure (listant 11 manquements contractuels), la société tête de réseau a résilié le contrat qui les liait en application de la clause résolutoire prévue audit contrat. Dans le courrier de résiliation, la société tête de réseau faisait application de 2 clauses pénales différentes et en sollicitait donc le paiement :

1. la clause pénale prévoyant le paiement par le partenaire de la somme de 10.000€ par manquement contractuel (ce qui aboutissait à un montant total de 110.000€ eu égard aux 11 manquements contractuels reprochés) ;
2. la clause pénale prévoyant le paiement d'une somme équivalent, d'une part, aux redevances qui auraient été dues par le partenaire si le contrat s'était poursuivi jusqu'au terme prévu et, d'autre part, la perte de marge brute sur les achats qui

auraient dû être effectués par le partenaire auprès de la société tête de réseau si le contrat s'était poursuivi jusqu'au terme prévu.

Bien entendu, le partenaire contestait cette résiliation à ses torts ainsi que les conséquences de celle-ci. Les parties se sont donc opposées devant le Tribunal de commerce de Paris. Pendant cette procédure, la société tête de réseau a sollicité l'application d'une 3^e clause pénale : celle prévoyant le paiement de la somme de 75.000€ par le partenaire si celui-ci continuait d'exercer une activité concurrente pendant l'année qui suivait la résiliation du contrat.

Dans ses écritures, le partenaire invitait le juge à se prononcer sur le caractère excessif ou non de ces 3 clauses pénales. Pourtant, le Tribunal – qui a expressément répondu à cette demande pour chacune des clauses pénales – a considéré qu'aucune n'était excessive et a condamné le partenaire au paiement des montants qui y étaient prévus.

Sur la clause pénale de 10.000 € par manquement contractuel :

Le Tribunal a rejeté la demande de diminution de la clause pénale en considérant que :

- « *il résulte de la nature même de certains manquements qu'ils ont fait subir un préjudice direct à [la société tête de réseau]* » ;
- « *la clause pénale a en outre un caractère comminatoire* » ;
- « *malgré 2 mises en demeure successives, [le partenaire] s'est refusé à respecter ses engagements contractuels* » ;
- la société tête de réseau « *avait la possibilité de doubler le montant de la pénalité en cas de répétition du manquement* » (donc de monter le montant par manquement à 20.000€), ainsi que cela était expressément prévu dans la clause pénale, mais elle ne l'a pas fait en réduisant ainsi d'elle-même par moitié le montant de la clause pénale « *par rapport à ce qu'elle était en droit de réclamer* ».

C'est donc en grande partie au regard de l'attitude des parties que le juge a estimé que la clause pénale de 10.000€ par manquement n'était pas excessive. Le jugement condamne donc le partenaire à la somme globale de 90.000€ (car 2 des 11 manquements reprochés au partenaire n'ont pas été reconnus par le Tribunal).

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - 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 ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

Sur la clause pénale applicable en cas de résiliation pour faute du distributeur :

Encore une fois, le Tribunal s'est attaché « *aux circonstances du litige* » pour juger que, solliciter l'intégralité des redevances qui auraient été dues et la perte de marge brute jusqu'au terme, n'est pas manifestement excessif.

Sur la clause pénale prévue en cas de violation de la clause de non-concurrence post-contractuelle :

Après avoir constaté la violation de cette clause de non-concurrence post-contractuelle, le Tribunal a pris le soin de motiver particulièrement son appréciation du caractère non-excessif de la clause pénale liée.

Le juge a ainsi tenu à rappeler que :

- préalablement à la résiliation du contrat, la société tête de réseau avait pris le soin de rappeler au partenaire que cette obligation de non-concurrence post-contractuelle devrait être respectée en cas de résiliation du contrat ;
- postérieurement à la résiliation du contrat, la société tête de réseau avait fait dresser un constat d'huissier constatant la violation de la clause de non-concurrence ;
- elle avait également préféré laisser une chance au partenaire avant de faire application de la clause pénale ; une mise en demeure avait été adressée au partenaire qui n'y a pourtant pas déféré ;
- le partenaire avait violé son obligation de non-concurrence pendant toute sa durée d'application ;
- le fait d'apposer sur sa devanture et sur internet en gros caractères la mention « *rien ne change sauf le nom* » établit l'intention du partenaire de violer son obligation et ce malgré les mises en demeure qu'il a reçues ;
- il résulte nécessairement de la violation de l'engagement de non-concurrence post-contractuel, un préjudice tant commercial que d'image pour la société tête de réseau, pour son réseau et surtout pour le nouveau partenaire installé depuis à proximité ;
- le partenaire a fait preuve d'une grande mauvaise foi tout au long de son litige.

Il est particulièrement intéressant de constater que le fait qu'il y ait plusieurs clauses pénales applicables, et prévues dans le même contrat, n'a pas pour effet de les

rendre excessives. Autrement dit, dès lors que les clauses pénales n'ont pas pour effet de sanctionner le même manquement, le caractère excessif des clauses pénales s'apprécie individuellement, indépendamment de l'existence d'autres clauses pénales.

A rapprocher : nouvel article 1231-5 du code civil

Validation du droit de préférence au profit du franchiseur

Cass. com., 3 mai 2018, n°16-27.926

Ce qu'il faut retenir :

Le franchiseur peut imposer au franchisé un droit de préférence en cas de cession de son fonds de commerce, la Cour de cassation considérant qu'il ne restreint pas artificiellement la concurrence par principe.

Pour approfondir :

Dans les réseaux de distribution, le droit de préférence – ou encore droit de préemption – constitue une forme de **droit de priorité** accordé à la tête de réseau, lui permettant d'intervenir en cas de cession par l'adhérent de tout ou partie de ses actifs ou de ses droits. Cette clause porte généralement sur le fonds de commerce de l'adhérent, son droit au bail, ou encore sur les participations de la société distributrice.

Un franchisé d'un réseau de distribution alimentaire était tenu, dans le contrat de franchise, par une clause de préférence au bénéfice du franchiseur. Cette clause prévoyait un droit de première offre et de préférence, à égalité de prix et de conditions, en particulier en cas de cession des droits sur le local dans lequel le franchisé exploitait son activité, ou du fonds de commerce (y compris en cas de mise en location-gérance).

Avant d'avoir interrogé son franchiseur, le franchisé a conclu un accord pour la cession de son fonds de commerce avec un réseau concurrent. L'accord ne prévoyait pas, comme le veut l'usage en la matière, de condition suspensive relative à la levée du droit de préférence du franchiseur (la condition suspensive qu'il contenait portait sur la conclusion d'un contrat de gérance-mandat au profit d'une personne physique).

Considérant son droit de préférence violé, le franchiseur s'est opposé à cette cession et a introduit une action judiciaire en vue de voir interdire la vente ou, si celle-ci intervenait, de régulariser la vente à son profit (en lieu et place de son concurrent).

Le franchisé et le franchiseur concurrent ont, malgré la procédure en cours, poursuivi la cession du fonds de commerce et le franchisé a cherché à faire annuler la clause de préférence qui lui était opposée par son franchiseur.

L'Autorité de la concurrence avait en effet soulevé, notamment dans un **avis n°10-A-26 du 7 décembre 2010**, des préoccupations de concurrence s'agissant de ces clauses de préférence lorsqu'elles sont insérées dans les contrats du secteur de la grande distribution alimentaire, dans la mesure où elles participeraient à la faible mobilité des magasins entre les enseignes et restreindraient donc de ce fait la concurrence.

Le franchisé soutenait que l'appréciation de la validité de la clause de préférence devait être réalisée *in concreto*, notamment en considération de l'ensemble des clauses contractuelles insérées dans le contrat de franchise concerné, et plus particulièrement des clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation qu'il contenait.

Dans l'affaire commentée, la Cour de cassation – confirmant la position de la Cour d'appel – juge qu'en l'espèce, la clause de préférence était valable, et le justifie notamment par le recours au système de la franchise.

En effet, la Cour de cassation confirme que le franchisé ayant pu bénéficier d'un partenariat commercial solide, cela justifiait que le franchiseur puisse en retour sécuriser ses investissements pendant plusieurs années, en empêchant l'appropriation des effets commerciaux favorables de ce partenariat par un concurrent.

Considérant que le franchisé n'apportait par ailleurs pas la preuve de l'existence d'une restriction artificielle de la concurrence par la clause de préférence, la Cour de cassation valide cette dernière et rejette donc les demandes du franchisé.

A rapprocher : Cass. com., 3 mai 2018, n°16-27.926

La clause de non-sollicitation de personnel est d'interprétation stricte

CA Paris, 11 juin 2018, n°16/12549

Ce qu'il faut retenir :

La clause de non-sollicitation de personnel, interdisant à une entreprise cliente ou un fournisseur de solliciter ou d'embaucher, pendant une période déterminée, les salariés et/ou les collaborateurs de l'entreprise prestataire, est en principe valable. Toutefois, une telle clause, même licite, est d'interprétation stricte au motif qu'elle peut constituer une restriction à la liberté contractuelle.

Pour approfondir :

La clause de non-sollicitation de personnel – différente de la clause de non-sollicitation de clientèle – est celle par laquelle une entreprise cliente ou un fournisseur s'engage à ne pas solliciter ou embaucher, pendant une période déterminée, les salariés et/ou les collaborateurs de l'entreprise prestataire. Par ailleurs, l'objet de cette clause n'est pas d'empêcher un employeur concurrent d'embaucher le salarié.

La clause de non-sollicitation de personnel est licite. En effet, sa validité est admise par la Cour de cassation car elle se différencie de la clause de non-concurrence (Cass. com., 11 juill. 2006, n° 04-20.438 ; Contrats, conc. consom. 2006, comm. n° 232, note M. Malaurie-Vignal ; D. 2006, Pan. 2923, obs. M. Gomy ; RTD civ. 2007, p. 111, obs. J. Mestre et B. Fages). N'étant « *ni une variante ni une précision* » de la clause de non-concurrence, la clause de non-sollicitation de personnel n'a donc pas l'obligation d'être limitée dans le temps ou dans l'espace ; de même elle n'a pas à contenir de contrepartie financière à l'égard des salariés et/ou les collaborateurs concernés. Une telle clause est couramment utilisée par les entreprises, notamment dans les réseaux de distribution. Ainsi, le salarié, qui n'est pas partie au contrat comportant l'interdiction d'embaucher, ne peut prétendre à une contrepartie financière. Cependant, lorsque la clause de non-sollicitation porte une atteinte manifestement excessive à sa liberté de travailler, le salarié pourrait engager une action en responsabilité, en réparation du préjudice qui lui est causé par ladite clause (Cass. soc., 2 mars 2011, n° 09-40.547, Juris-Data n° 2011-002675 ; JCP S 2011, 1181 ; Contrats, conc. consom. 2011, comm., 139 ; v. aussi, S. Benlisi, *La clause de non-sollicitation*, JCP, S, 2017, 1976 ; Cass. com., 10 mai 2006, n°04-10696, Bull. civ. 2006, IV, n° 116).

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - 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 ■

En l'espèce, la société A lance deux appels d'offre que remportent deux sociétés différentes, la société B et la société C. La société B confie une partie de ses prestations à la société C, objet du contrat-cadre signé par cette dernière avec la société A. Pour cette mission, la société C a recours à sa filiale, la société D, qui embauche un consultant par le canal de sa société E.

A la fin du contrat de sous-traitance, la société B conclut un nouveau contrat avec une société F. La société E, sous-traitant de la filiale de la société C, met fin à son contrat avec la société D, pour entamer un nouveau contrat de sous-traitance avec la société F pour le compte de la société B.

Estimant que la société E a poursuivi la mission qui lui aurait été confiée auprès de la société B, la société C et sa filiale la société D reprochent une violation du contrat aux sociétés E et B, et les assignent donc devant le tribunal de commerce de Paris.

Le tribunal de commerce de Paris juge que la clause de non-sollicitation de personnel ne s'applique pas en l'espèce. La société C saisit la cour d'appel de Paris et invoque notamment la violation de la clause de non-sollicitation de personnel.

Dans son arrêt du 11 juin 2018, la cour d'appel de Paris constate que c'est l'article 11-8 de l'annexe descriptif du contrat régissant les relations contractuelles entre la société B et la société C, qui est relatif à la clause de non-sollicitation et qui « indique que chacune des parties renonce à embaucher tout collaborateur de l'autre partie participant à la réalisation des prestations dans les services du client final ». Or, la cour d'appel de Paris considère que le champ d'application de cet article doit être analysé à la lumière de deux éléments, à savoir que les sociétés C et E n'étaient pas cocontractants ; et que la société D, filiale de la société C, a recruté la société E pour accomplir des missions à durée déterminée en qualité de sous-traitant.

Pour statuer sur la violation de la clause de non-sollicitation de personnel, la cour d'appel de Paris reprend le moyen formulé par la société B, en ce que « la clause de non-sollicitation constitue une restriction à la liberté contractuelle, de sorte qu'elle doit être interprétée de manière stricte. ». En effet, la cour d'appel dispose que « la société [E] n'a pas été recrutée en qualité de salariée par la société [C] » mais « par le sous-traitant de sa filiale, en qualité de sous-traitant ». En exposant ainsi les faits, la cour confirme la position du tribunal en adoptant ses motifs et juge que la clause de non-sollicitation ne pouvait s'appliquer en l'espèce.

Ici, la cour d'appel est attentive au contenu rédactionnel de la clause de non-sollicitation. Comme mentionné précédemment, il est vrai qu'une telle clause est licite, conformément au principe de la liberté contractuelle, formellement reconnu et posé à l'article 1102 du code civil. Toutefois, comme l'énonce la cour d'appel de Paris dans son arrêt ici commenté, la clause de non-sollicitation est aussi constitutive d'une restriction de liberté contractuelle, en ce qu'elle restreint la liberté du salarié. Par conséquent, elle doit être interprétée de manière stricte et pas au-delà de ses termes.

La cour d'appel de Paris confirme ici que la clause de non-sollicitation de personnel est d'interprétation stricte ; elle anticipe ainsi une cassation de l'arrêt rendu. La haute juridiction procède à un contrôle systématique de l'interprétation retenue par les juridictions du fond (Cass. com., 11 juill. 2006, n° 04-20.438, préc. (Cassation au visa de l'article 1134 du code civil, la cour d'appel ayant « dénaturé les termes clairs et précis » de la clause de non-sollicitation de personnel)).

A rapprocher : La clause de non-sollicitation de personnel (Etude d'ensemble, LDR, 6 mars 2018).

Pourparlers, contrefaçon et parasitisme
CA Paris, 13 avril 2018, n°16/22458

Ce qu'il faut retenir :

Le candidat à la franchise étant libre de ne pas signer le contrat puis d'exercer une activité concurrente à celle du franchiseur, ce dernier a tout intérêt à encadrer les pourparlers pour se prémunir de tout agissement fautif.

Pour approfondir :

Une société X commercialise un nouveau concept et envisage son développement par la création d'un réseau de **franchise**, elle soutient que la société Y l'a contactée en vue d'obtenir des renseignements sur le contrat de franchise qu'elle propose, sans avoir jamais eu l'intention d'y donner suite. Compte tenu de l'homophonie de l'enseigne utilisée par la société Y avec la marque dont elle est titulaire, la société X l'assigne en contrefaçon de marque et, à titre subsidiaire, pour acte de parasitisme.

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

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

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

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

L'arrêt commenté la déboute de sa demande principale au motif qu'il n'existe pas de risque de confusion entre les deux marques. Quant à la demande subsidiaire, elle se fonde sur le fait que la société Y s'est placée dans le sillage du modèle économique que la société X lui avait proposé sous la forme d'une franchise ; l'arrêt commenté retient alors que si la société Y « a pu recueillir des informations sur le modèle proposé (...), pour autant elle était libre de créer sa propre activité (...) en dehors de toute franchise sans qu'il en résulte la démonstration d'actes de parasitisme ».

Le franchiseur a sans doute commis une première erreur, dans la *prévention* du risque : il n'a pas encadré les pourparlers par la signature d'un accord préalable aux discussions, dont le contenu peut comprendre notamment un engagement de confidentialité et de non-utilisation des informations non publiques communiquées, un engagement d'exclusivité de négociation, un engagement de non-concurrence (dont le contenu varie selon que l'interdiction porte sur tout ou partie de l'activité, telles ou telles modalités d'exercice de l'activité, tel ou tel territoire, tel ou tel canal de distribution, etc.) et les sanctions attachées à leur non-respect. S'y ajoute une seconde erreur, dans la *gestion* du risque : le franchiseur ne s'est pas placé sur le terrain de la rupture des pourparlers, dont un récent arrêt a clairement rappelé les critères permettant de caractériser l'existence d'une faute (CA Paris, 14 mars 2018, n°15-09.551) ; mais l'indemnisation accordée eût probablement été insuffisante à son goût.

A rapprocher : CA Paris, 14 mars 2018, n°15-09.551

CONCURRENCE & CONSOMMATION

Déséquilibre significatif et clause de non-concurrence post-contractuelle

Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2018, n°17-14.303

Ce qu'il faut retenir :

La remise en cause, sur le fondement de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce, d'une clause de non-concurrence post-contractuelle insérée dans un contrat de franchise ne saurait prospérer que si et

seulement si le franchisé démontre que celle-ci est disproportionnée au regard des obligations mises à la charge du franchiseur.

NB : A noter que, par l'arrêt commenté, la Cour de cassation se prononce pour la première fois sur l'application de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce à une clause de non-concurrence post-contractuelle.

Pour approfondir :

1. Approche d'ensemble. La décision commentée s'inscrit dans un contexte qui mérite d'être rappelé pour en comprendre la portée exacte. Ce contexte peut être exposé à travers le rappel des données du litige, de l'instance de référé préalablement engagée, et de l'instance au fond qui aboutit à l'arrêt (de rejet) ici commenté.

Ce commentaire concerne le sort de la clause de non concurrence post-contractuelle figurant dans un contrat de franchise lorsque celle-ci se trouve remise en cause sur le terrain de l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce.

2. Données du litige. En l'espèce, la société X (franchisée) qui exploite un magasin d'alimentation, a signé un contrat de franchise le 28 avril 2008, sous l'enseigne S, avec la société C (franchiseur) ; ce contrat a fait l'objet d'un avenant le 4 juin 2010 ayant pour objet de prolonger la durée de la franchise de 7 années, la date du terme étant fixée au 1^{er} juin 2017. En avril 2010, la société franchiseur a proposé à la société franchisée un nouveau logiciel pour le passage des commandes. Courant 2011, alors qu'un projet d'investissement nouveau pour le compte de l'enseigne a été envisagé dans le Haut Minervois, la société franchisée a finalement renoncé à y participer. Courant avril 2013, le dirigeant de la société Y de la société franchisée, a fait part de son souhait de vendre les parts de sa société dans le courant de l'année 2014, cette décision repoussée par l'intéressé à l'année 2015. La société franchiseur s'est mise à la recherche d'un repreneur de la société franchisée à la fin de 2013. Le 10 décembre 2013, la société franchisée a adressé une LRAR faisant grief à la société franchiseur, d'avoir installé des enseignes dans sa zone de chalandise sans avoir été informée par le franchiseur, ainsi que de problèmes informatiques récurrents entraînant, selon elle, des ventes à pertes dues aux anomalies liées au logiciel installé depuis 2010, fourni par le franchiseur.

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - 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 ■

Puis, reprochant au franchiseur l'installation d'enseignes dans sa zone de chalandise et des dysfonctionnements récurrents du logiciel, le **franchisé a unilatéralement résilié le contrat de franchise**, par lettre du 27 décembre 2013, et a annoncé à sa clientèle un prochain changement d'enseigne.

Une action en référé et au fond ont alors été engagées.

3. Instance en référé. La société franchiseur a tout d'abord saisi le juge des référés aux fins de voir constater l'existence d'un **trouble manifestement illicite**, obtenir à titre de mesure conservatoire la poursuite forcée du contrat et, à titre subsidiaire, constater l'existence d'une rupture brutale d'une relation établie et, par voie de conséquence, ordonner durant le préavis prétendument nécessaire le maintien de la relation commerciale. Le juge des référés a fait droit aux prétentions de la société franchiseur par ordonnance du 21 janvier 2014, laquelle a constaté que la société franchiseur avait proposé dans les délais de substituer au logiciel un nouveau logiciel et qu'elle s'était donc acquittée de ses obligations contractuelles à l'égard de la société franchisée au regard des griefs soulevés par cette dernière dans sa mise en demeure du 10 décembre 2013. Il a donc estimé la résiliation du contrat de franchise brutale, abusive et constitutive d'un trouble manifestement illicite ; il a en conséquence ordonné à la société franchisée « *la reprise et le maintien de ces relations contractuelles avec la société franchiseur telles qu'elles résultent du contrat de franchise et de son avenant jusqu'à ce qu'une décision au fond intervienne s'agissant de la rupture du contrat, et ce sous astreintes de 10 000 € par jour de retard et par infraction constatée à compter de la signification de la présente ordonnance* ». Cette ordonnance a été confirmée par la Cour d'appel de Paris, par un arrêt du 10 février 2015 – devenu définitif –, à la suite de la radiation du pourvoi formé par la société franchisée.

4. Instance au fond (Trib. com. Lyon, 24 juin 2014, n°2014J00105). C'est dans ce contexte en effet que, le 17 janvier 2014, la société franchiseur a assigné la société franchisée devant le Tribunal de commerce de Lyon, afin de la voir condamnée, au titre d'une résiliation unilatérale abusive du contrat, à la reprise ou au maintien des relations contractuelles et, à titre subsidiaire, au titre d'une rupture brutale des relations commerciales établies au sens de l'article L.442-6, I, 5° du code de commerce, au respect d'un préavis suffisant. Par jugement du 24 juin 2014, assorti de

l'exécution provisoire, le Tribunal de commerce de Lyon a – notamment – rejeté la demande de la société franchisée tendant à voir annuler le contrat de franchise du 28 avril 2008, dit que la clause résolutoire stipulée à l'article 13b du contrat de franchise du 28 avril 2008 n'a pas été mise en œuvre de bonne foi par la société franchisée, rejeté la demande formée par la société franchisée tendant au sursis à statuer dans l'attente du jugement du Tribunal de commerce de Marseille saisi d'une demande au titre de l'abus de dépendance économique, rejeté la demande formée par la société franchisée tendant à voir prononcer la résiliation judiciaire du contrat de franchise du 28 avril 2008, et ordonné à la société franchisée la reprise des relations contractuelles avec la société franchiseur résultant du contrat de franchise du 28 avril 2008 et de son avenant du 4 juin 2010 jusqu'à son terme, à savoir le 1er juin 2017, ce sous astreinte de 10.000 euros par jour de retard à compter de la signification de la présente décision et par infraction, le juge du fond se réservant la faculté de liquider l'astreinte ainsi prononcée. Ce faisant, le jugement rendu le 24 juin 2014 par le Tribunal de commerce de Lyon devait retenir : « *Il s'infère de ces différentes constatations que la société [franchisée] n'a pas mis en œuvre de bonne foi la clause résolutoire visée à l'article 13b du contrat de franchise du 28 avril-2008, contrairement aux dispositions de l'article 1134 du Code civil* » et « *la résiliation opérée doit donc être déclarée abusive* ». Le juge du fond a également jugé que les différents griefs articulés par la société franchisée contre la société franchiseur pour servir de fondement à sa demande de résiliation judiciaire du contrat, n'étaient pas établis, aucun manquement de la société franchiseur à son obligation de délivrer un **savoir-faire** et une assistance personnelle n'étant démontré et aucun comportement déloyal ne pouvant être imputé à la société franchiseur dans l'implantation d'enseignes concurrentes sur le haut minervois, en l'absence de toute exclusivité territoriale consentie au franchisé.

5. Instance au fond (CA Paris, 14 décembre 2016, n°14/14207). Statuant sur l'appel formé au fond par la société franchisée, la Cour d'appel (CA Paris, 14 décembre 2016, n°14/14207) retient notamment que le jugement dont appel doit être confirmé en ce qu'il a rejeté la demande en nullité du contrat de franchise pour erreur sur la substance et estimé que la résiliation opérée était abusive. La Cour d'appel écarte par ailleurs la demande fondée sur l'abus de dépendance économique, dont est saisie la cour dans le cadre d'une autre instance.

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - 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 ■

Pour ce qui concerne la question plus spécifique du déséquilibre significatif – qui fait l'objet du présent commentaire –, il convient de souligner que la société franchisée demande dans son dispositif de constater au sens de l'article L. 442-6-1 2° du Code de commerce le déséquilibre significatif résultant dans le contrat de la clause n° 1 b) prévoyant qu'aucune exclusivité territoriale n'est donnée au franchisé et de la clause de non-concurrence post contractuelle (article 14) par laquelle le franchisé s'oblige sur un périmètre de 30 kilomètres autour du fonds de commerce, en sorte que le franchisé, quelles que soient les conditions de la résiliation du contrat, ne peut se réimplanter dans un périmètre de 30 kilomètres autour du fonds lorsque le franchiseur lui-même a pu y développer ses propres enseignes ; en conséquence des dispositions précitées, prononcer l'annulation des articles 1 b) et 14 du contrat. Cette question relève de la compétence du juge du fond, le juge des référés n'étant pas compétent pour se prononcer sur l'existence d'un déséquilibre significatif au sens de ce texte (v. par ex., CA Paris, 22 janvier 2015, n°14/17588).

Pour rejeter la demandée formée par la société franchisée, la Cour d'appel retient que celle-ci « *n'explique pas en quoi l'absence d'exclusivité territoriale du franchisé serait déséquilibrée au regard de la clause post contractuelle de non concurrence, interdisant, pendant un an au franchisé, à compter de la cessation du contrat de franchise, dans un rayon de 30 km du magasin exploité dans le cas d'une zone rurale et dans un rayon de 10 km dans une zone urbaine, de participer à l'exploitation d'un fonds de commerce, d'une entreprise ayant une activité identique ou similaire à l'unité en franchise et de s'affilier, adhérer ou participer à une chaîne concurrente du franchiseur ou d'en créer une lui-même. En effet, cette clause de non-concurrence post contractuelle, d'une durée limitée, a pour objet de protéger le savoir-faire de l'ancien franchiseur et éviter qu'il ne soit divulgué dans un autre réseau. Il s'agit donc d'une restriction de concurrence justifiée par l'objet de la franchise lui-même. Par ailleurs, il n'entre pas dans l'objet spécifique de la franchise de protéger le franchisé de la concurrence d'autres franchisés dans la même zone de chalandise durant l'exécution du contrat, même si certains contrats peuvent contenir une telle protection. L'objet de ces deux clauses, contractuelles et post contractuelles, est différent et aucun déséquilibre ne saurait, en soi, en résulter, la société [franchisée] échouant à établir que la clause de non concurrence post contractuelle serait disproportionnée au regard des obligations mises à la*

charge du franchiseur, de mise à disposition de l'enseigne, de fourniture du savoir-faire et d'assistance ».

6. Instance au fond (Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 2018, n°17-14.303). La société franchisée forme un pourvoi en cassation, et fait notamment grief à l'arrêt de la Cour d'appel de Paris de rejeter sa demande fondée sur le déséquilibre significatif alors, selon le troisième moyen formulé au soutien du pourvoi :

1°/ qu'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 de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ; qu'en l'espèce, ainsi que l'a relevé la cour d'appel, la société franchisée a soutenu, au visa explicite du jugement rendu le 3 mars 2016 par le Tribunal de commerce de Marseille, qu'un tel déséquilibre affectait le contrat de franchise dans la mesure où d'une part, elle avait été elle-même privée de toute protection contre la concurrence d'autres franchisés dans la zone de chalandise, par l'absence de clause d'exclusivité, tandis que le franchiseur se ménageait, par la clause de non-concurrence post-contractuelle, une protection contre sa concurrence dans un périmètre très élargi autour de cette zone de chalandise ; que, pour écarter ce moyen la cour d'appel a retenu que la clause de non-concurrence post-contractuelle était une restriction de concurrence légitime, justifiée par l'objet de la franchise lui-même, dans la mesure où, « *d'une durée limitée, (elle) a pour objet de protéger le savoir-faire de l'ancien franchiseur et éviter qu'il ne soit divulgué dans un autre réseau* » tandis que la franchise n'avait pas pour objet de protéger le franchisé de la concurrence d'autres franchisés ; que, cependant, le jugement susvisé du 3 mars 2016, qui a autorité de la chose jugée, a annulé la clause de non-concurrence post-contractuelle, au constat de ce que la société franchiseur n'apportait pas la preuve, exigée par les dispositions de l'article 5 du règlement CE n° 330/2010 du 20 avril 2000, de ce qu'elle disposait « *d'un savoir-faire suffisamment spécifique et original, dont pourrait bénéficier la société X... (franchisée), après la rupture de leurs relations commerciales* » qu'en se déterminant de la sorte, la cour d'appel a violé l'article 480 du code de procédure civile, ensemble l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce par fausse application ;

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - 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 ■

2°/ que la société X... (franchisée) ne niait pas qu'une clause de non-concurrence contractuelle eût en soi pour objet de protéger un franchiseur, ni que la franchise, en soi, n'avait pas pour objet de protéger un franchisé de la concurrence d'autres franchisés ; qu'en se bornant ainsi de manière inopérante à rappeler le rôle respectif d'une telle clause et du contrat de franchise, sans rechercher, comme elle y était invitée et comme il était nécessaire, si la conjonction de ces clauses ne révélait pas que le franchiseur avait soumis ou tenté de soumettre le franchisé à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits des parties, d'autant, au regard du jugement rendu le 3 mars 2016 par le Tribunal de commerce de Marseille, explicitement visé, que le franchiseur n'avait aucun savoir-faire spécifique à protéger, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce ;

3°/ que pour écarter le moyen de la société X..., la cour d'appel a retenu que « l'objet de ces deux clauses, contractuelles et post-contractuelles, est différent et aucun déséquilibre ne saurait, en soi, en résulter » ; en soumettant ainsi l'existence d'un déséquilibre significatif introduit par deux clauses dans les droits et obligations des parties à l'exigence d'une identité d'objet entre ces clauses, la cour d'appel, qui a rajouté aux exigences de la loi, a violé l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce.

En premier lieu, la Cour de cassation retient que le rejet du premier moyen – qui faisait valoir que le jugement rendu le 3 mars 2016 par le Tribunal de commerce de Marseille avait autorité de la chose jugée – rend sans portée le grief de la première branche. En effet, la Cour de cassation rejette le premier moyen dans les termes suivants : « qu'après avoir relevé que la société franchisée s'était expressément opposée à la jonction de l'instance avec celle relative à l'appel du jugement rendu le 3 mars 2016 par le tribunal de commerce de Marseille, lequel avait constaté une situation de dépendance économique de la société franchisée à l'égard de la société franchiseur, en faisant valoir que « les demandes de part et d'autre sont différentes ainsi que les moyens exposés », l'arrêt en déduit que la société X... est irrecevable à demander à la cour d'appel de tirer toutes les conséquences de ce jugement ; que par ce seul motif, faisant ressortir que la société X... avait adopté un comportement contradictoire au détriment de la société Casino, qui la privait de la possibilité de se prévaloir des dispositions du jugement précité, la cour d'appel a pu statuer comme elle a fait ; que le moyen n'est pas fondé ».

En second lieu, la Cour de cassation considère qu'après avoir retenu que la société franchisée n'expliquait pas en quoi l'absence d'exclusivité territoriale au bénéfice du franchisé constituerait un déséquilibre au regard de la clause post-contractuelle de non-concurrence, dès lors que cette clause, d'une durée limitée et qui a pour objet de protéger le savoir-faire de l'ancien franchiseur et d'éviter qu'il ne soit divulgué dans un autre réseau, est une restriction justifiée par l'objet de la franchise, l'arrêt relève que la clause de non-concurrence post-contractuelle n'est pas disproportionnée au regard des obligations à la charge du franchiseur, de mise à disposition d'une enseigne, de fourniture d'un savoir-faire et d'assistance, et en déduit qu'aucun déséquilibre ne saurait, en soi, en résulter ; elle retient alors qu'en l'état de ces motifs, la cour d'appel, qui n'a pas soumis l'existence d'un déséquilibre significatif à l'exigence d'une identité d'objet entre les clauses et n'avait pas à effectuer la recherche inopérante invoquée par la deuxième branche, a légalement justifié sa décision.

7. Commentaire. Le tentaculaire article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce suscite certains espoirs, en témoignent la jurisprudence grandissante rendue en la matière (**Déséquilibre significatif (article 442-6, I, 2° du code de commerce) - Panorama de jurisprudence**), notamment en présence d'un contrat de franchise (v. par ex., CA Paris, 13 septembre 2017, n°14/02548 ; CA Paris, 14 décembre 2016, n°14/14207). La clause de non-concurrence post-contractuelle ne pouvait donc échapper à cette tentation grandissante, ce d'autant qu'aucun obstacle n'empêche, du moins par principe, de soutenir qu'une telle clause insérée dans un contrat de franchise serait porteuse d'un « déséquilibre significatif ». L'arrêt commenté constitue une première dans la mesure où la haute juridiction se prononce pour la première fois sur l'application de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce à une clause de non-concurrence post-contractuelle. Aussi, la solution dégagée par l'arrêt commenté et sa motivation inspirent-elles de nombreuses observations.

En premier lieu, la société franchisée avait sollicité tout au long de la procédure la nullité du contrat de franchise fondée à la fois sur l'erreur sur la substance, mais également sur l'abus de dépendance économique, demandes successivement rejetées par le Tribunal de commerce puis la Cour d'appel de Paris. Le premier moyen du pourvoi, non reproduit par le présent commentaire, faisait à son tour grief à la Cour d'appel de Paris d'avoir déclaré irrecevable sa demande en nullité du contrat fondée sur l'abus de dépendance économique.

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

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

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

On l'a bien compris, la demande de nullité avait notamment pour intérêt de « faire sauter » la clause de non-concurrence post-contractuelle prévue par le contrat dont la nullité était (en vain ici) sollicitée.

Afin de se prémunir de l'inapplicabilité de la clause de non-concurrence post-contractuelle en cas de nullité de contrat, il est toutefois possible de combiner une telle clause avec une « clause de sauvetage de la clause de non-concurrence post-contractuelle », dont certains auteurs soulignent à juste titre la validité, notamment dans les contrats de distribution (C. Noblot, *La clause de sauvetage de la clause de non-concurrence post-contractuelle en cas d'anéantissement d'un contrat de distribution*, Contrats Concurrence Consommation n° 2, Février 2017, form. 2). Au cas présent, une telle clause n'avait manifestement pas été prévue.

En deuxième lieu, la clause de non-concurrence post-contractuelle examinée au cas d'espèce échappe manifestement au champ d'application de loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite « loi Macron », dont l'article 31 a complété le livre III du Code de commerce d'un titre IV intitulé « Des réseaux de distribution commerciale », comportant deux nouveaux articles L. 341-1 et L. 341-2, textes abondamment commentés en son temps (**LDR, Numéro Spécial : Loi Macron, 12 août 2015**). En effet, ce texte n'est entré en vigueur qu'à « l'expiration d'un délai d'un an à compter de la promulgation de la présente loi » ; la jurisprudence n'a pas définitivement tranché la question de savoir si elle s'appliquait aux contrats en cours (sans doute faudra-t-il attendre que la question soit posée à la Cour de cassation pour que la haute juridiction tranche définitivement ce point de droit), ainsi que l'a indiqué le Conseil constitutionnel dans un communiqué ; tout au plus, a-t-il été souligné que ce texte ne peut s'appliquer à un contrat résilié avant le 6 août 2016 (v. pour une application, Trib. com. Paris, 13 juin 2018, n°2016/028495). Mais, quoiqu'il en soit, au cas d'espèce, le franchisé ayant unilatéralement résilié le contrat de franchise le 27 décembre 2013, la loi du 6 août 2015 ne s'appliquait pas.

Pour ce qui concerne l'application dans le temps de l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce, ce texte est entré en vigueur le 6 août 2008. Et, en application de l'article 2 du Code civil, « la loi ne dispose que pour l'avenir. Elle n'a point d'effet rétroactif ». Conformément au principe de non-rétroactivité des lois, les contrats en cours demeurent soumis à la loi qui était applicable au jour de leur conclusion (Cass. civ.

1^{ère}, 4 décembre 2001, Bull. civ. I, n° 307), et la loi nouvelle ne s'applique pas aux contrats en cours, quand bien même elle serait d'ordre public (Cass. civ. 1, 17 mars 1998, Bull. civ. I n° 115 ; Cass. civ. 2, 5 juillet 2006, Bull. civ. II, n° 180). Dans les hypothèses où les contrats ont été conclus avant le 6 août 2008, les cours et tribunaux n'ont jamais appliqué la loi nouvelle et ont toujours appliqué la loi ancienne (v. ainsi : CA Paris, 23 février 2012, n°08/15137 pour des contrats conclus en 2004 et 2005 ; CA Nîmes, 8 mars 2012, n°11/00692 pour des contrats conclus en 2002 et 2003 ; CA Toulouse, 5 octobre 2011, n°09/04975 pour un contrat conclu en 2007). Curieusement, en l'espèce, nous croyons comprendre de la lecture des décisions successivement rendues dans cette affaire que le contrat de franchise a été conclu le 28 avril 2008 – donc avant même l'entrée en vigueur de ce texte –, avant que celui-ci soit prorogé de 7 années par un avenant le 4 juin 2010, la date du terme étant fixée au 1^{er} juin 2017. Ce faisant, il nous semble que le texte n'était pas applicable, car en présence d'une prorogation du contrat, la loi applicable reste celle qui présidait lors de la conclusion du contrat initial (CA Paris, 29 nov. 2007, Juris-Data n°353808), soit en l'espèce le 28 avril 2008, donc avant même l'entrée en vigueur du texte (le 6 août 2008). Cet argument n'a pourtant pas été invoqué en l'espèce.

En troisième lieu, il convient de souligner – quoique cette précision ne soit pas une surprise – qu'il appartient au franchisé sollicitant l'application de l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce de démontrer que la clause de non-concurrence post-contractuelle est significativement déséquilibrée.

L'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce ne prévoyant en effet aucun régime probatoire dérogeant au droit commun, il appartient au demandeur à l'action de démontrer le caractère déséquilibré de la clause litigieuse au titre de l'article 1315 du code civil. Lorsque le caractère déséquilibré d'une clause est rapporté, il appartient donc au défendeur de justifier de l'éventuel rééquilibrage que peuvent offrir d'autres stipulations du contrat. La Cour de cassation (Cass. com., 3 mars 2015, n°13-27.525, Publié au bulletin) retient que les juges du fond, en exigeant du défendeur qu'il établisse que la clause litigieuse a bien été rééquilibrée par d'autres clauses du contrat, n'ont pas inversé la charge de la preuve ; le défendeur doit donc « prouver l'éventuel rééquilibrage par d'autres clauses du contrat » (v. aussi, CEPC, avis n°16-9 du 12 mai 2016 ; CEPC, avis n°15-1 du 30 septembre 2015 ; CA Paris, 4 juillet 2013, n°11/17941).

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - 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 ■

En quatrième lieu, pour écarter en l'espèce l'application de l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce, l'arrêt commenté relève que la clause de non-concurrence post-contractuelle n'est pas disproportionnée au regard des obligations à la charge du franchiseur ; en l'espèce, ces obligations consistaient en la mise à disposition d'une enseigne et la fourniture d'un savoir-faire et d'assistance. Il est intéressant d'observer que l'arrêt se réfère à l'ensemble des obligations essentielles pesant sur le franchiseur, et non pas seulement à l'obligation de transmission du savoir-faire : « *la clause de non-concurrence post-contractuelle n'est pas disproportionnée au regard des obligations à la charge du franchiseur, de mise à disposition d'une enseigne, de fourniture d'un savoir-faire et d'assistance* ». Ainsi, l'appréciation de la validité de la clause de non-concurrence post-contractuelle est une chose – elle impose que son créancier dispose d'un savoir-faire (pour autant que la loi n°2015-990 du 6 août 2015 trouve à s'appliquer) –, tandis que l'appréciation de l'application de l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce relatif au déséquilibre significatif en est une autre, puisqu'elle impose d'examiner les différentes obligations pesant sur le créancier de cette obligation. Cette solution est justifiée : le déséquilibre significatif s'apprécie globalement, au regard de l'économie générale du contrat (Cass. com., 29 septembre 2015, n°13-25043 ; Cass. com., 27 mai 2015, n°14-11.387 ; Cass. com., 3 mars 2015, n°13-27.525).

En cinquième lieu, la décision commentée présente encore un intérêt en raison de l'absence d'exclusivité territoriale consentie au franchisé, qui soulève une double question : la première de principe, la seconde d'ordre rédactionnel.

Au plan des principes, la Cour d'appel de Paris – en cela approuvée par la Cour de cassation – ne voit pas dans l'absence d'exclusivité territoriale un élément suffisant pour caractériser en soi l'existence d'un déséquilibre significatif au sens de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce. Cette solution nous semble justifiée dans la mesure où la cause de l'obligation de non-concurrence post-contractuelle réside dans la protection du réseau et/ou de son savoir-faire, laquelle est indifférente à l'existence (ou non) d'une exclusivité territoriale. De plus, *de lege lata*, l'existence d'une exclusivité territoriale n'a au demeurant jamais constitué une condition de validité de la clause de non-concurrence post-contractuelle.

Au plan rédactionnel, il convient de prendre garde aux

différents paramètres qui conditionnent la portée de la clause de non-concurrence post-contractuelle (l'activité interdite, la durée de l'interdiction et, enfin, son étendue territoriale).

Classiquement, dans le courant des années 2000 (bien avant l'entrée en vigueur de la loi Macron donc), pour être valable, un tel engagement de non-concurrence ne pouvait être valablement contractée que si la restriction d'activité qu'il entraîne pour le débiteur était à la fois limitée, d'une part, quant au genre d'activité concernée et, d'autre part, dans l'espace ou dans le temps, et « proportionnée aux intérêts légitimes à protéger » (Cass. 1^{ère} civ., 11 mai 1999 : Contrats, conc., consom. 1999, comm. n°137). Ces exigences se sont progressivement durcies, au nom du contrôle de la proportionnalité. Pour être valide, une clause de non-concurrence post-contractuelle devait être nécessaire à la protection des intérêts légitimes du bénéficiaire, tel que par exemple à la protection du savoir-faire du franchiseur s'agissant d'une clause insérée dans un tel contrat, limitée dans le temps et dans l'espace, et proportionnée à l'objet même du contrat. Ce faisant, les praticiens ont porté une attention accrue sur le périmètre territorial prévu par la clause de non-concurrence post-contractuelle. A cet égard, une distinction peut être faite en pratique. Lorsque le franchisé est lui-même créancier d'une obligation de non-concurrence sur un territoire donné – le cas général –, les choses sont relativement simples : la logique veut en effet que l'obligation de non-concurrence post-contractuelle corresponde le plus souvent au territoire exclusif conféré au franchisé pendant toute la durée du contrat (CA Rennes, 17 janv. 2012, n°10/07801) ; c'est pourquoi la jurisprudence a parfois annulé la clause de non-concurrence post-contractuelle qui s'étend au-delà de ce territoire exclusif ou dont le territoire n'est pas même défini (Cass. com., 8 juin 2017, n°15-27146) ; mais, en définitive, l'essentiel tient au fait que l'interdiction érigée par une telle clause vise la zone de chalandise du point de vente exploité par le débiteur de l'obligation (CA Bourges, 2 mai 2013, n°12/00818), encore que – dans certains cas – la jurisprudence a considéré que l'interdiction de non-concurrence post-contractuelle est disproportionnée alors même qu'elle correspond au territoire concédé (CA Paris, 13 déc. 2017, n°13/12625 : retenant que « *la clause insérée au contrat de franchise conclu avec la société M qui s'étend à l'ensemble du territoire concédé, soit à toute la communauté urbaine de Lille, n'est pas limitée aux locaux et aux terrains où le franchisé exerçait son activité* »), sorte d'application de la loi Macron avant l'heure.

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - 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 ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

Lorsqu'à l'inverse, comme en l'espèce, le franchisé ne bénéficie d'aucun territoire exclusif, les choses deviennent un peu plus compliquées car – par définition – le « repère » (relatif) que peut constituer le territoire exclusif dont le franchisé bénéficie n'existe plus. Mais, ici encore, il appartient alors au franchisé désireux d'annuler la clause de non-concurrence post-contractuelle de démontrer que le territoire attaché celle-ci est disproportionné ; le franchisé doit alors se rattacher à la notion de zone de chalandise, en vue de démontrer que celle-ci est plus restreinte que celle définie par la clause de non-concurrence post-contractuelle.

Toujours est-il que, dans un cas comme dans l'autre, l'entrée en vigueur de la loi dite Macron exerce une incidence sur tout ce qui précède. En effet, pour ce qui concerne les contrats de franchise entrant dans le champ d'application de cette loi, le « territoire » attaché à la clause de non-concurrence post-contractuelle devra être limité au « local » dans lequel le franchisé a exercé son activité pendant la durée du contrat de franchise, que le franchisé ait par ailleurs disposé (ou non) d'une exclusivité territoriale (C. com., art. L.341-2).

En sixième lieu, la combinaison « absence d'exclusivité territoriale » et « clause de non-concurrence post-contractuelle » peut (potentiellement) comporter un autre risque. Un arrêt rendu le 9 octobre 2007 par la chambre commerciale de la Cour de cassation, non publié au bulletin (Cass. com., 9 oct. 2007, n°05-14.118, Juris-Data n°2007-040801) conduit à s'interroger sur cette question sous un autre angle. En effet, en l'espèce, un opérateur de téléphonie mobile avait conclu plusieurs contrats de franchise, sans exclusivité territoriale, mais comprenant une clause de non-concurrence post-contractuelle. Les contrats ayant été rompus, la Cour de cassation admettait la qualité de la rupture tout en censurant la partie de l'arrêt qui avait rejeté la demande d'indemnisation pour perte de clientèle, sur le fondement de l'article 1371 du Code civil relatif aux quasi-contrats (cf. troisième moyen) : « *Attendu que pour rejeter la demande de la société E. en indemnité pour perte de clientèle, l'arrêt retient qu'il résulte de la formulation même de cette demande qu'une partie de la clientèle est attachée à la société S., et l'autre à l'exploitant, que ce n'est que pour cette seconde part que la société E. pourrait formuler*

des prétentions, mais qu'elle n'apporte sur ce point aucun élément qui puisse être mis en relation directe et nécessaire avec le fait de S. ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'elle constatait, tout à la fois, que le franchisé pouvait se prévaloir d'une clientèle propre, et que la rupture du contrat stipulant une clause de non-concurrence était le fait du franchiseur, ce dont il se déduisait que l'ancien franchisé se voyait dépossédé de cette clientèle, et qu'il subissait en conséquence un préjudice, dont le principe était ainsi reconnu et qu'il convenait d'évaluer, au besoin après une mesure d'instruction, la cour d'appel a violé le texte susvisé ». Au cas présent, c'est bien l'absence d'exclusivité associée à une obligation de non-concurrence post-contractuelle, ajouté au constat que le franchisé disposait d'une clientèle propre, qui semble avoir justifié l'octroi d'une indemnisation sur le fondement de l'article 1371 du Code civil. Mais depuis l'arrêt précité du 9 octobre 2007, il est vrai que les choses ont bien changé : la Cour d'appel de Paris (CA Paris, 16 septembre 2009, n°08/23780), cour d'appel de renvoi, a rejeté les demandes de l'ancien franchisé tendant à la réparation du préjudice issu de sa perte de clientèle au motif que la grande majorité de la clientèle dont se prévalait l'ancien franchisé était en réalité exclusivement attachée au franchiseur, s'agissant d'abonnements téléphoniques. Par ailleurs, la Cour relevait que le franchisé restait libre d'exploiter le reste de sa clientèle, la clause de non-concurrence lui interdisant uniquement pendant un an de démarcher les abonnés SFR ayant souscrit un abonnement par son intermédiaire. Puis, saisie du pourvoi formé contre l'arrêt du 16 septembre 2009, la Cour de cassation (Cass. com., 23 octobre 2012, n°11-21.978) a mis fin aux doutes qu'elle avait introduits par son arrêt de 2007, en rejetant le pourvoi en considérant finalement que « *les règles gouvernant l'enrichissement sans cause ne peuvent être invoquées dès lors que l'appauvrissement et l'enrichissement allégués trouvent leur cause dans l'exécution ou la cessation de la convention conclue entre les parties* ».

A rapprocher : CA Paris, 30 mai 2018, n°16/22504 (retenant la parfaite licéité d'une clause de non-concurrence post-contractuelle au regard du droit de la concurrence)

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

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

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

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

Déséquilibre significatif et article L.212-1 du Code de la consommation

Cass. civ. 1^{ère}, 16 mai 2018, n°17-11.337,
Publié au bulletin

Ce qu'il faut retenir :

Aux termes de l'article L.212-1 du Code de la consommation, dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.

L'appréciation du caractère abusif de ces clauses ne concerne pas celles qui portent sur l'objet principal du contrat, pour autant qu'elles soient rédigées de façon claire et compréhensible.

Pour approfondir :

En l'espèce, le 10 octobre 2008, M. et Mme X (les emprunteurs) ont fait procéder à une étude personnalisée de leur situation patrimoniale par la société I, spécialisée dans le conseil en gestion de patrimoine et la commercialisation de biens immobiliers à des fins d'optimisation fiscale ; le 13 octobre 2008 et le 12 mars 2009, ils ont signé des contrats de réservation portant sur l'acquisition de trois appartements et d'emplacements de parking ; suivant offres acceptées les 16 décembre 2008 et 5 octobre 2009, la société B (la banque) leur a consenti trois prêts immobiliers, libellés en francs suisses et remboursables en euros ; qu'invoquant des manquements de la société F, venant aux droits de la société I (le conseil en gestion), et de la banque à leurs obligations contractuelles, les emprunteurs les ont assignées en responsabilité et indemnisation.

Les emprunteurs font grief à l'arrêt de rejeter l'intégralité de leurs demandes.

L'arrêt critiqué relève que l'étude de la situation personnelle des emprunteurs a été réalisée par le conseil en gestion, que le financement évoqué dans le document concerne un prêt en euros, dont les

caractéristiques ne sont pas celles du prêt, que les courriels produits aux débats n'émanent pas du conseil en gestion et ne préconisent pas la souscription de tels prêts, et qu'il n'est établi ni que les trois contrats de prêts litigieux aient été signés par l'intermédiaire de cette société ni, a fortiori, que celle-ci ait manqué à ses obligations à leur égard et leur ait tenu un discours trompeur sur l'inexistence d'un risque de change ; que, de ces seuls motifs, la Cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à des recherches qui ne lui étaient pas demandées ou que ses constatations rendaient inopérantes, a pu, sans modifier l'objet du litige et abstraction faite de motifs surabondants, déduire, sans se contredire et hors toute dénaturation, que le conseil en gestion n'avait pas manqué à ses obligations à l'égard des emprunteurs ; que le moyen n'est pas fondé.

Mais au visa de l'article L.132-1, devenu l'article L.212-1 du Code de la consommation, l'arrêt commenté (Cass. civ. 1^{ère}, 16 mai 2018, n°17-11.337, Publié au bulletin) retient :

« Attendu que la Cour de justice des Communautés européennes a dit pour droit que le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet et que, lorsqu'il considère une telle clause comme étant abusive, il ne l'applique pas, sauf si le consommateur s'y oppose (CJCE, arrêt du 4 juin 2009, Pannon, C-243/08) ;

Attendu qu'aux termes du texte susvisé, dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ; que l'appréciation du caractère abusif de ces clauses ne concerne pas celles qui portent sur l'objet principal du contrat, pour autant qu'elles soient rédigées de façon claire et compréhensible ;

Attendu que, pour rejeter la demande formée contre la banque, l'arrêt se borne à retenir qu'aucune faute n'est caractérisée à son encontre ;

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - 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 ■

Qu'en se déterminant ainsi, alors qu'il résultait des éléments de fait et de droit débattus devant elle que, selon le contrat litigieux, toute dépréciation de l'euro par rapport au franc suisse avait pour conséquence d'augmenter le montant du capital restant dû et, ainsi, la durée d'amortissement du prêt d'un délai maximum de cinq ans, de sorte qu'il lui incombait, à supposer que la clause litigieuse ne définisse pas l'objet principal du contrat ou, dans le cas contraire, qu'elle ne soit pas rédigée de façon claire et compréhensible, de rechercher d'office si le risque de change ne pesait pas exclusivement sur l'emprunteur, et si, en conséquence, ladite clause n'avait pas pour objet ou pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat, au détriment du consommateur, la Cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

A rapprocher : Déséquilibre significatif (article 442-6, I, 2° du code de commerce) - Panorama de jurisprudence

Distribution des produits alimentaires
Projet de loi EGALIM et débats parlementaires

Ce qu'il faut retenir :

Les dispositions relatives à la distribution des produits alimentaires sont largement débattues et font l'objet d'évolutions importantes par le Sénat.

Pour approfondir :

Le projet de loi relatif aux relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire est largement débattu, malgré la procédure accélérée dont il fait l'objet. Le projet subit donc des modifications régulières au gré des débats de l'Assemblée Nationale, puis actuellement du Sénat, cette étape actuelle ayant substantiellement fait évoluer les dispositions du projet. A la date de rédaction de la présente analyse (soit le 29 juin 2018), le texte prévoit diverses évolutions, dont les principales sont récapitulées ci-dessous.

1. L'augmentation du seuil de revente à perte

L'une des mesures phares du projet de loi EGALIM est l'augmentation de 10% du seuil de **revente à perte** des produits alimentaires.

A date, c'est-à-dire en l'état des débats parlementaires au 26 juin 2018 (et dans l'attente de la poursuite des discussions à partir du 2 juillet prochain), le rehaussement de 10% du seuil de revente à perte prévu à l'article 9 du projet de loi s'applique pour l'ensemble des denrées alimentaires, y compris celles destinées aux animaux de compagnie, revendues en l'état au consommateur.

Dès lors, en pratique, les acteurs du secteur devront veiller à ne pas revendre le produit au client à un prix inférieur au prix d'achat effectif (tel qu'il reste défini à l'article L. 442-2, al.1 du code de commerce) multiplié par 1,1 : *Prix d'achat effectif du produit alimentaire x 1,1 = Seuil de revente à perte*

2. Les limitations des opérations promotionnelles

La deuxième mesure majeure, dont l'impact pratique est probablement supérieur à celui du relèvement du seuil de revente à perte, est la limitation ponctuelle (2 ans) imposée aux opérateurs sur les opérations promotionnelles.

Au stade du Sénat, le texte de l'article 9 est sensiblement plus précis que le texte initial du projet de loi, donnant ainsi une marge de manœuvre réduite au Gouvernement dans les limitations susceptibles d'être imposées. Il fournit également une date de mise en œuvre, très attendue par le secteur.

Ainsi, à compter du 1^{er} mars 2019 (soit à compter de la date limite d'entrée en vigueur des futures conventions récapitulatives entres fournisseurs et distributeurs), les avantages promotionnels, lorsqu'ils porteront sur des denrées alimentaires (y compris celles pour les animaux de compagnie), ne pourront pas :

- dépasser 34 % du prix de vente au consommateur des produits concernés ;
- s'appliquer à plus de 25 % du volume annuel d'une même catégorie de produits faisant l'objet d'un contrat mentionné à l'article L.441-10 du code de commerce.

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - 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 ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

Les amendements déposés au Sénat avaient précisé la nécessité d'appliquer ces limitations à tous les avantages promotionnels, qu'il s'agisse de nouveaux instruments promotionnels (NIP, visés au huitième alinéa du I de l'article L. 441-7 du code de commerce) ou non, qu'ils présentent un caractère instantané ou différé (afin de prendre en considération notamment la pratique du "cagnotage"), ou qu'ils soient financés par le fournisseur ou le distributeur.

Leur souhait était également de permettre l'application aux produits MDD (produits sous marque de distributeur).

Cette double limitation en valeur (34%) et en volume (25%) constitue la transcription précise de la double limitation des opérations promotionnelles en valeur et en volume qui avait été annoncée dès la fin des Etats Généraux de l'Alimentation.

3. La suppression de l'interdiction des mentions de gratuité

Les débats à l'Assemblée Nationale avaient abouti à l'ajout d'un article 9 bis au projet de loi, qui interdisait, pour la vente d'un produit alimentaire, toute utilisation du terme de « gratuité » ou ses dérivés ou synonymes comme outil marketing et promotionnel dans le cadre d'une relation commerciale. Cet article a été supprimé lors de l'examen au Sénat, rendant ainsi aux opérateurs une plus grande liberté commerciale et de discours promotionnel.

4. Le maintien de la possibilité de réformer par ordonnance les articles relatifs aux conditions générales de vente, aux conventions entre fournisseurs et distributeurs, à la facturation

L'article 10 de la loi, dans sa rédaction actuelle, conservant l'esprit initial du projet de loi, autorise le Gouvernement à procéder par ordonnances, dans un délai de 6 mois à compter de la publication de la future loi EGALIM, à la modification du Titre IV du Livre IV du code de commerce, notamment pour :

- clarifier les dispositions du code (renvois, etc.)
- clarifier les règles de facturation, en les harmonisant avec les dispositions du code général des impôts, et modifier en conséquence les

sanctions relatives aux manquements à ces règles : cette disposition est attendue de longue date par les praticiens, les divergences entre le texte du code général des impôts et le code de commerce rendant difficile la conformité des factures aux dispositions légales, outre qu'elles complexifient la compréhension de leurs obligations en la matière par les entreprises ;

- de préciser les dispositions relatives aux **conditions générales de vente**. La loi imposerait notamment au distributeur de formaliser par écrit ses demandes de dérogations aux CGV et leurs motifs.

La loi prévoit également que le Gouvernement, en matière de CGV, mettrait en cohérence les dispositions relatives aux produits agricoles et alimentaires, notamment en ce qui concerne les références applicables aux critères et modalités de détermination des prix, avec les dispositions du code rural et de la pêche maritime ;

- de simplifier et préciser les dispositions relatives aux **conventions fournisseurs-distributeurs** et fournisseurs-grossistes (visées aux articles L. 441-7 et L. 441-7-1 du code de commerce), et notamment :
 - pour les conventions conclues entre les fournisseurs et les distributeurs ou les prestataires de service ainsi qu'entre les fournisseurs et les grossistes, le régime des avenants à ces conventions
 - pour les conventions conclues entre les fournisseurs et les distributeurs ou les prestataires de services, la prise en compte des obligations réciproques auxquelles se sont engagées les parties afin de déterminer le prix ainsi que la définition du plan d'affaires et du chiffre d'affaires prévisionnel.

Le projet de loi prévoit également, et il conviendra donc d'y être attentif, de modifier :

- la date d'envoi des conditions générales de vente du fournisseur au distributeur ;
- la date de signature des conventions récapitulatives fournisseur-distributeur ou fournisseur-grossiste (visées aux articles L.441-7 et L.441-7-1 du code de commerce) ;

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - 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 ■

- de simplifier et préciser les définitions des pratiques restrictives (L. 442-6 du Code de commerce), en ce qui concerne notamment la rupture brutale des relations commerciales, les voies d'action en justice et les dispositions relatives aux sanctions civiles ;
- de modifier les dispositions de l'article L. 442-9 du Code de commerce pour élargir l'interdiction de céder à un prix abusivement bas aux produits agricoles et aux denrées alimentaires, tout en supprimant l'exigence tenant à l'existence d'une situation de crise conjoncturelle, et préciser notamment les modalités de prise en compte d'indicateurs de coûts de production en agriculture.

5. Ajout d'une pratique restrictive de concurrence : les pénalités de retard de livraison

Le projet de loi ajoute à la (déjà longue) liste des pratiques restrictives de concurrence, le fait de « soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des pénalités pour retard de livraison fixées sans prise en considération des contraintes d'approvisionnement liées à la qualité et à l'origine propres à certaines filières de production. »

Cette disposition a été insérée par voie d'amendement, du fait que des pénalités sont réclamées aux entreprises lorsque l'objectif de taux de service à leurs clients n'est pas atteint.

Certains produits, sans que la liste soit exhaustive, nécessitent selon les sénateurs, que soient prises en compte leurs contraintes spécifiques. Parmi ces produits, ont été cités :

- produits bios (produits certifiés AB ou sous signe de qualité (label rouge, IGP), car ces produits sont soumis à des fluctuations d'approvisionnement en lien avec leur spécificité ;
- les produits appartenant à des « gammes festives » (ex : chapons à la période de Noël), qui sont issus de filières de production qui sont longues et pour lesquelles il n'existe aucune souplesse de production (ex : stockage) ;
- certains produits de la filière avicole.

Est notamment mis en avant par les sénateurs auteurs de l'amendement, le caractère périssable des produits, leur saisonnalité et « l'extrême réactivité exigée pour les volumes à fournir exposent les industriels à des

risques financiers importants qui doivent être mieux pris en compte par la distribution dans les relations commerciales ».

Ainsi notamment, en matière de denrées alimentaires, les conventions fournisseur-distributeur devront prendre en considération ces éléments pour déterminer si le distributeur (ou le grossiste) peut ou non imposer au fournisseur des pénalités en cas de retard de livraison.

6. L'application des conventions fournisseurs-distributeurs et de l'interdiction des pratiques restrictives de concurrence y compris aux entités étrangères

Un nouvel article, 10 bis, a été introduit et a notamment pour objet de mettre un terme aux pratiques constatées de la part de différents acteurs du secteur de la distribution, notamment en grande distribution alimentaire, tendant à implanter les centrales d'achats ou de référencement hors de France pour tenter d'échapper à certaines dispositions du code de commerce.

Le projet EGALIM prévoit donc de qualifier l'article L.441-7 et l'article L.442-6 du code de commerce de lois de police en précisant que leurs dispositions s'appliqueraient désormais « à tout contrat qui a pour objet l'approvisionnement d'un acheteur de produits destinés à la revente sur le territoire français. ».

Ainsi, dès lors que le produit fourni aura vocation à être revendu en France, peu important la qualité ou la nationalité des parties, ni leur choix d'appliquer un autre droit à leur relation, les parties seront soumises :

- à l'obligation de conclure une convention récapitulative (généralement annuelle), conclue entre le fournisseur et le distributeur, en application de l'article L.441-7 du code de commerce (on note qu'il n'est pour l'instant pas fait mention de l'article L.441-7-1 du même code, qui concerne les relations avec les grossistes ; il serait pourtant logique que cette disposition ait également la qualité de loi de police) ;
- à l'interdiction des pratiques restrictives de concurrence visées à l'article L.442-6 du code de commerce : parmi ces pratiques, figurent la rupture brutale des relations commerciales, le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, l'octroi d'avantages sans contrepartie, etc.

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - 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 ■

7. L'allongement du délai de notification des regroupements à l'achat dans le commerce de détail

L'article 10 quater A du projet EGALIM renforce la procédure de notification préalable des regroupements à l'achat dans le commerce de détail (qui vise notamment les rapprochements des centrales d'achats et de référencement de la grande distribution alimentaire), en doublant le délai de notification préalable qui passe de 2 à 4 mois et en prévoyant la réalisation d'un bilan concurrentiel de ces rapprochements.

A rapprocher : Dossier du projet de loi EGALIM

Validité d'une clause stipulant l'abandon réciproque de l'exclusivité en cours de préavis
CA Paris, 13 juin 2018, n°15-14.893

Ce qu'il faut retenir :

Il est de principe que, sauf circonstance particulière, l'octroi d'un préavis suppose le maintien de la relation commerciale aux conditions antérieures, faute de quoi le délai de préavis est privé de son intérêt. Il appartient donc de vérifier, en présence d'un litige portant sur l'effectivité d'un préavis octroyé dans le cadre d'une **rupture des relations commerciales établies**, si l'auteur de la rupture a concrètement maintenu les relations commerciales antérieures. Cette appréciation *in concreto* exclut que l'on puisse retenir que l'application, par le concédant, d'une clause contractuelle convenue entre les parties à un contrat de concession tendant à l'abandon réciproque de l'exclusivité, constitue en soi une modification de la relation commerciale imputable au concédant, de nature à déséquilibrer l'exécution du contrat pendant le préavis et à le priver d'effectivité. La partie victime de la rupture qui allègue que la relation commerciale ne s'est pas maintenue dans les conditions antérieures doit démontrer que l'auteur de la rupture en est responsable. Ce dernier ne saurait en effet assumer les circonstances particulières relatives à sa propre baisse d'activité ou une conjoncture économique défavorable.

Pour approfondir :

La société J. (ci-après « le Concessionnaire ») était spécialisée dans la vente, l'entretien et la réparation de matériel agricole.

Elle a conclu, en 1982, un **contrat de concession exclusive** d'une durée de 3 ans avec la société A. (ci-après « le Concédant »), qui est spécialisée dans le secteur d'activité du commerce de gros de matériel agricole et détient des droits pour distribuer et exploiter les produits de la société M.-F. Les relations entre les parties se sont ensuite poursuivies dans le cadre d'un contrat à durée indéterminée, les parties ayant conclu, en dernier lieu, un contrat à durée indéterminée le 30 novembre 2005, stipulant notamment :

- Une exclusivité de distribution sur le territoire concédé au concessionnaire,
- Une obligation d'approvisionnement exclusif auprès du concédant.

L'article 10 du contrat de concession (à ne pas **confondre** avec un contrat de franchise notamment) prévoyait, par ailleurs, que " *chacune des parties pourra mettre fin au présent contrat par notification écrite par lettre recommandée avec accusé de réception moyennant un préavis d'au moins un an. Toutefois, à l'expiration des six premiers mois de préavis et en dérogation aux dispositions de l'article 2 du présent contrat, le concessionnaire ne sera plus tenu, vis-à-vis (du Concédant), à son obligation d'exclusivité de marque et (le Concédant) aura en contrepartie la faculté de nommer un ou plusieurs distributeurs ou autres futurs concessionnaires (de la Marque du Concédant) sur le territoire défini à l'annexe 1 du présent contrat pour tout ou partie de la durée du préavis restant à courir* ".

Par lettre recommandée du 19 juillet 2013, le Concédant a indiqué au Concessionnaire qu'il entendait mettre fin au contrat de concession à compter du 27 juillet 2015, soit 24 mois plus tard. Dans ce courrier, le Concédant a précisé au Concessionnaire qu'il avait la possibilité de nommer un ou plusieurs distributeurs sur le territoire concédé, à l'expiration d'un délai de six mois à compter dudit courrier, selon les stipulations de l'article 10 du contrat du 30 novembre 2005.

Par exploit d'huissier du 2 décembre 2013, le Concessionnaire a assigné le Concédant devant le Tribunal de Commerce de Lille Métropole pour dénoncer la rupture brutale des relations commerciales établies.

Par courrier recommandé du 28 janvier 2014, le Concédant a informé le Concessionnaire qu'à compter de ce jour " *les Ets F. dont le siège social est à Crest représenteront également la marque M.-F.* ». Il était également rappelé au concessionnaire que par réciprocité telle que prévue à l'article 10 du contrat, il n'était plus tenu à son obligation d'exclusivité de marque à compter de ce même jour.

Par jugement du 25 mars 2014, le Tribunal de commerce d'Aubenas a prononcé la liquidation judiciaire du Concessionnaire avec poursuite d'activité jusqu'au 31 mars 2014.

Par jugement du 26 mai 2015, le Tribunal de Commerce de Lille Métropole a débouté le liquidateur judiciaire du Concessionnaire de l'ensemble de ses demandes.

Ce dernier a interjeté appel du jugement le 9 juillet 2015, en demandant à la Cour d'Appel de PARIS de réformer le jugement au visa :

- de l'article L.442-6, I, 5° du Code de Commerce sanctionnant la rupture brutale de relations commerciales établies,
- de l'article L.442-6, I, 2° du Code de Commerce sanctionnant le déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties,
- et des articles 1134 et 1147 anciens du Code Civil sanctionnant la mauvaise foi dans l'exécution des conventions.

Par un arrêt du 13 juin 2018, la Cour d'Appel de Paris a débouté le liquidateur judiciaire du Concessionnaire de l'intégralité de ses demandes après avoir analysé la clause litigieuse stipulant l'abandon réciproque de l'exclusivité (article 10 du contrat de concession) au regard de l'article L.442-6, I, 5° sanctionnant la rupture brutale **(a)**, de l'article L.442-6, I, 2° sanctionnant le déséquilibre significatif **(b)** et des articles 1134 et 1147 anciens du Code Civil sanctionnant la mauvaise foi dans l'exécution des conventions **(c)**.

a) L'appréciation de la clause litigieuse au regard de l'article L.442-6, I, 5° sanctionnant la rupture brutale de relations commerciales établies :

La Cour a tout d'abord constaté que les parties ne contestaient pas l'existence de **relations commerciales** établies entre elles, ni la durée de celles-ci, d'un peu plus de 30 ans, et pas davantage la durée théorique du préavis raisonnable à octroyer, de 24 mois.

Les parties se sont, en revanche, opposées sur l'effectivité du préavis consenti et sur la brutalité de la rupture, le Concessionnaire soutenant que le préavis de 24 mois formellement octroyé par le Concédant n'avait pas été effectif, car les relations commerciales n'ont pas été maintenues aux conditions antérieures, l'exclusivité territoriale lui ayant été retirée au bout de six mois et un nouveau concessionnaire ayant été installé dans sa zone d'exclusivité à compter du 28 janvier 2014.

Le concessionnaire soutenait que la mise en œuvre de l'abandon réciproque d'exclusivité, prévu à l'article 10 du contrat, devait s'analyser comme une rupture brutale totale ou partielle, ou une absence de préavis effectif, puisque la durée de préavis effectif n'a été que de 6 mois, durée insuffisante au regard de la durée et de la nature des relations commerciales entre les parties, et sollicitait la condamnation du Concédant à lui payer une indemnité de 1.387.962 euros, correspondant à la marge brute escomptée sur une durée de 18 mois de préavis supplémentaire.

La Cour d'appel de Paris a tout d'abord rappelé qu'« *il est de principe que, sauf circonstance particulière, l'octroi d'un préavis suppose le maintien de la relation commerciale aux conditions antérieures, faute de quoi le délai de préavis est privé de son intérêt* ».

Elle a ensuite précisé qu'« *il appartient donc de vérifier, en présence d'un litige portant sur l'effectivité d'un préavis octroyé dans le cadre d'une rupture des relations commerciales établies, si l'auteur de la rupture a concrètement maintenu les relations commerciales antérieures.*

Cette appréciation in concreto exclut que l'on puisse retenir que l'application, par le concédant, d'une clause contractuelle convenue entre les parties à un contrat de concession tendant à l'abandon réciproque de l'exclusivité, constitue en soi une modification de la relation commerciale imputable au concédant, de nature à déséquilibrer l'exécution du contrat pendant le préavis et à le priver d'effectivité. La partie victime de la rupture qui allègue que la relation commerciale ne s'est pas maintenue dans les conditions antérieures doit démontrer que l'auteur de la rupture en est responsable. Ce dernier ne saurait en effet assumer les circonstances particulières relatives à sa propre baisse d'activité ou une conjoncture économique défavorable ».

En l'espèce, la Cour d'Appel a considéré que le Concessionnaire était défaillant dans la charge de la preuve, en retenant notamment que la date de la cessation des paiements du Concessionnaire avait été fixée au 15 juillet 2012, soit une année avant que le Concédant ne lui notifie la rupture des relations, et que l'analyse des comptes du Concessionnaire permettait d'établir que sa situation financière était obérée dès 2012.

La Cour de Cassation avait déjà eu l'occasion de se prononcer sur la validité d'une clause stipulant l'abandon réciproque de l'exclusivité en cours de préavis et avait considéré que « l'abandon réciproque de l'exclusivité conformément aux stipulations contractuelles n'est pas assimilable à une rupture partielle des relations commerciales » (Cass. Com., 9 juillet 2013, n° 12-20468).

La Cour d'appel de Paris avait également validé une telle clause en considérant « que cette clause prévoit un abandon réciproque et concomitant par les parties de leurs obligations d'exclusivité territoriale et d'approvisionnement exclusif et constitue l'aménagement contractuel de l'exécution du préavis en cas de rupture du contrat ; qu'elle n'a pas pour effet de déroger aux dispositions impératives de l'article L 442-6 I 5° du Code de commerce et ne s'analyse pas en rupture partielle des relations commerciales » (CA Paris, 13 janvier 2016, RG N° 13/11338), la même Cour ayant également considéré que l'abandon réciproque de l'exclusivité n'est pas non plus « assimilable à une rupture brutale des relations commerciales » (CA Paris, 7 novembre 2016, RG N° 15/10249).

Cette jurisprudence a été vivement critiquée par la doctrine, ayant considéré notamment que « si, comme le souligne la Cour d'Appel, la levée de l'exclusivité de marque ne nuit évidemment pas à la reconversion du concessionnaire évincé, en revanche le priver du bénéfice de l'exclusivité territoriale est lourd de conséquence. En effet, pourtant encore soumis à toutes les contraintes du contrat de concession, ce concessionnaire est privé de leur contrepartie, à savoir son territoire exclusif et ce, alors même qu'il doit, en sus, organiser sa reconversion. Certes, la Cour de Cassation a admis que les parties peuvent « convenir des modalités de la rupture de leur relation commerciale » (Cass. com., 16 décembre 2014, n° 13-21363), mais elle a pris la précaution de rappeler au préalable que l'article L.442-6-I-5°) du Code de Commerce « institue une responsabilité d'ordre public à laquelle les parties ne peuvent renoncer par anticipation ». De sorte que, si l'aménagement des modalités de la rupture est possible, il ne peut s'agir de bouleverser l'économie du contrat, ni d'en modifier la substance. Or, tel est pourtant bien le cas s'agissant de la privation de l'exclusivité territoriale d'un contrat de concession » (J.L. Respaud, JCP Entreprises et Affaires n° 6-07, 9 Février 2017, 1079).

La Cour de cassation a cependant maintenu sa position en rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt du 13 janvier 2016 après avoir considéré « qu'ayant constaté que (le Concédant) avait exprimé, lors de la notification de la rupture, sa volonté de faire application de l'article 10, alinéa 2, du contrat, afin de permettre aux parties de réorganiser leurs affaires avant la rupture, l'arrêt retient, par motifs adoptés, que cette disposition permet, d'un côté, au concédant de vendre ses produits par l'intermédiaire d'autres revendeurs et, de l'autre, au concessionnaire, de rompre le plus tôt possible l'interdiction de vendre d'autres marques et de se limiter à un territoire donné, afin de faciliter sa reconversion commerciale et, par motifs propres, que cette clause, qui prévoit un abandon réciproque et concomitant, par les parties, de leurs obligations d'exclusivité territoriale et d'approvisionnement exclusif et constitue l'aménagement contractuel de l'exécution du préavis, n'a pas pour effet de déroger aux dispositions impératives de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce » (Cass. Com., 11 mai 2017, n° 16-13464).

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - 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 ■

Dans le présent cas d'espèce, la Cour d'Appel a une position plus nuancée car, si elle considère que cette clause contractuelle ne constitue pas « *en soi une modification de la relation commerciale imputable au concédant, de nature à déséquilibrer l'exécution du contrat pendant le préavis et à le priver d'effectivité* », elle se réserve la possibilité de vérifier, au cas par cas, « *en présence d'un litige portant sur l'effectivité d'un préavis octroyé dans le cadre d'une rupture des relations commerciales établies, si l'auteur de la rupture a concrètement maintenu les relations commerciales antérieures* ».

Il s'infère de cette décision que, même en présence d'une telle clause, la Cour pourrait potentiellement sanctionner l'auteur de la rupture si la victime parvenait à démontrer que la relation commerciale ne s'est pas maintenue dans les conditions antérieures et que l'auteur de la rupture en est seul responsable.

La Cour d'appel de Paris rejoint ainsi le raisonnement adopté par la Cour de Cassation dans une espèce où un fournisseur avait mis fin au contrat le liant à l'un de ses distributeurs en respectant un préavis, mais en assortissant la rupture de la perte de l'exclusivité territoriale dont le distributeur bénéficiait.

La Cour de cassation (Cass. com., 10 février 2015, n° 13-26414) confirme l'arrêt de la Cour d'appel ayant constaté la rupture brutale aux motifs suivants :

« sauf circonstances particulières, l'octroi d'un préavis suppose le maintien de la relation commerciale aux conditions antérieures ; qu'après avoir constaté que la société Seco Tools France avait elle-même estimé que la société Dorise avait droit à un préavis, ce qui excluait l'existence de manquements graves de la part de celle-ci, l'arrêt retient que les fautes qui lui sont reprochées dans la commercialisation des produits fabriqués par son fournisseur, à les supposer établies, ne sauraient justifier la fin prématurée de l'exclusivité territoriale dont elle bénéficiait et que le délai de préavis de douze mois accordé par la lettre de rupture du 22 janvier 2009 a été privé de son intérêt par la décision concomitante de retrait de l'exclusivité territoriale avec effet immédiat pour l'un des départements et à effet différé au 22 juillet 2009 pour les autres, plaçant la société Dorise dans l'impossibilité de mettre à profit le préavis pour se réorganiser ; qu'en l'état de ces constatations, la cour d'appel, qui a effectué la recherche prétendument omise, a pu estimer que la rupture avait été brutale ».

b) L'appréciation de la clause stipulant l'abandon réciproque de l'exclusivité au regard de l'article L.442-6, I, 2° du Code de Commerce sanctionnant le déséquilibre significatif :

Le Concessionnaire a, par ailleurs, soutenu, au regard de l'article L.442-6, I, 2° du Code de Commerce, que le Concédant l'a soumis à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties, en lui imposant une clause selon laquelle les parties pourraient mettre fin à l'exclusivité consentie à l'expiration des 6 premiers mois du préavis, et que la clause litigieuse devait donc être réputée non écrite.

Le Concessionnaire soutenait également, au regard des articles 1170 et 1174 du code civil, que le caractère déséquilibré de la clause litigieuse ressortait de son caractère purement potestatif et que la soumission est caractérisée par l'existence d'un rapport de force déséquilibré entre les parties et par la dépendance du Concessionnaire à l'égard du Concédant. Elle soutenait également que cette clause ne peut être favorable qu'au Concédant, et est donc dépourvue de réciprocité, puisque le Concessionnaire n'a aucun intérêt à mettre fin à l'exclusivité qui lui est consentie à l'expiration des 6 premiers mois du délai de préavis.

En réplique, le Concédant soutenait que, loin de créer un déséquilibre significatif entre les parties, la clause litigieuse facilite au contraire la reconversion du Concessionnaire, qui n'est plus tenu d'une obligation d'exclusivité de distribution.

La Cour d'Appel a rejeté la demande du Concessionnaire en considérant que :

« Les deux éléments constitutifs de cette pratique restrictive de concurrence sont, en premier lieu, la soumission ou la tentative de soumission et, en second lieu, l'existence d'obligations créant un déséquilibre significatif. L'insertion de clauses dans une convention type ou un contrat d'adhésion qui ne donne lieu à aucune négociation effective des clauses litigieuses peut constituer ce premier élément. L'existence d'obligations créant un déséquilibre significatif peut notamment se déduire d'une absence totale de réciprocité ou de contrepartie à une obligation, ou encore d'une disproportion importante entre les obligations respectives des parties.

Les clauses sont appréciées dans leur contexte, au regard de l'économie du contrat et in concreto. La preuve d'un rééquilibrage du contrat par une autre clause incombe à l'entreprise mise en cause, sans que l'on puisse considérer qu'il y a inversion de la charge de la preuve. Enfin, les effets des pratiques n'ont pas à être pris en compte ou recherchés.

La circonstance que la clause critiquée a fait l'objet d'un avenant le 1er janvier 2002 et a été insérée dans le contrat de concession du 30 novembre 2005 ne saurait suffire à établir que le concédant a soumis ou tenté de soumettre son concessionnaire. La société appelante ne démontre pas qu'elle aurait fait part de réserves, mais n'aurait pu refuser la clause de peur de remettre en cause la continuité de la relation exclusive. Elle ne démontre pas plus que le concédant aurait subordonné la poursuite des relations à l'acceptation de la clause litigieuse ou ne lui aurait ménagé aucune possibilité de négociation. Dès lors, le premier élément caractéristique de la pratique restrictive de déséquilibre significatif n'est pas constitué ».

La Cour confirme ainsi sa jurisprudence antérieure en considérant que le Concessionnaire ne justifiait pas que le Concédant lui avait imposé cette clause (CA Paris, 13 janvier 2016, RG N° 13/11338 ; CA Paris, 7 novembre 2016, RG N° 15/10249), étant rappelé que la Cour avait, en outre, précédemment considéré que « *cette clause acceptée par les parties lors de la signature du contrat de concession ne crée pas un déséquilibre significatif entre les parties dès lors que chacune d'elle en a tiré un bénéfice* » (CA Paris, 7 novembre 2016, RG N°15/10249), mais aussi que « *cette clause n'est pas dépourvue de réciprocité effective et le fait que (le Concessionnaire) ait tiré ou non parti de cet abandon ou ait renoncé à s'en prévaloir ne saurait avoir d'effet sur sa validité* » (CA Paris, 13 janvier 2016, RG N° 13/11338).

c) L'appréciation de la clause stipulant l'abandon réciproque de l'exclusivité au regard des articles 1134 et 1147 anciens du Code Civil sanctionnant la mauvaise foi dans l'exécution des conventions :

Le Concessionnaire a soutenu que le Concédant n'avait pas exécuté le préavis de bonne foi en ne maintenant pas les conditions antérieures pendant l'intégralité du préavis et qu'il aurait manqué à son devoir de loyauté

et de collaboration vis-à-vis de son cocontractant en faisant échec à la reconversion du Concessionnaire, ce dernier estimant que la perte d'exclusivité, qui est un élément essentiel du contrat, est constitutive d'une rupture abusive du contrat par le Concédant.

La Cour d'Appel a débouté le Concessionnaire de sa demande fondée sur les articles 1134 et 1147 anciens du Code Civil aux motifs suivants :

« Si (le Concédant), en prononçant la résiliation du contrat de concession la liant (au Concessionnaire), n'a fait que mettre en œuvre les stipulations de ce contrat, une telle résiliation peut, néanmoins, revêtir un caractère abusif en raison des circonstances accompagnant la rupture. Il s'infère en effet des dispositions de l'alinéa 3 de l'article 1134 du code civil, dans sa version alors en vigueur, aux termes desquelles les conventions légalement formées " doivent être exécutées de bonne foi ", que la faculté de résiliation d'un contrat de droit privé à durée indéterminée ne saurait être exercée dans des conditions exclusives d'une semblable bonne foi, telle, notamment, la création chez le partenaire d'une confiance légitime dans la pérennité des relations commerciales entretenues ou encore une initiative propre à faire échec à sa reconversion commerciale.

En l'espèce, (le Concédant) ne s'est livré à aucune manœuvre ou manquement à la bonne foi de nature à tromper son concessionnaire et à l'empêcher de se reconvertir. La circonstance que (le Concédant) n'ait pas préalablement informé son concessionnaire de l'installation du nouveau distributeur sur sa zone d'exclusivité territoriale le 28 janvier 2014 ne saurait lui être reproché, dès lors que la lettre de résiliation du 19 juillet 2013 le prévenait que (le Concédant) avait la possibilité de nommer un ou plusieurs distributeurs sur le territoire concédé, à l'expiration d'un délai de six mois à compter dudit courrier, selon les stipulations de l'article 10 du contrat du 30 novembre 2005, soit après le 19 janvier 2014. Il ne peut davantage lui être fait grief d'avoir trompé son concessionnaire sur l'effectivité du préavis, celui-ci étant informé de la possible levée de l'exclusivité à l'issue de la période de six mois. L'appelante ne démontre par aucune pièce du dossier que (le Concédant) aurait divulgué l'information selon laquelle elle mettait fin à l'exclusivité qui lui était consentie, ni que cette société aurait refusé toute discussion a priori ».

A rapprocher : Cass. com., 9 juillet 2013, n° 12-20468 ; Cass. Com., 11 mai 2017, n° 16-13464 ; CA Paris, 13 janvier 2016, n° 13/11338 ; CA Paris, 7 novembre 2016, n° 15/10249 ; Cass. com., 10 février 2015, n° 13-26414

Appréciation de la proportionnalité de l'engagement de la caution

Cass. com., 6 juin 2018, n°16-26.182,
Publié au bulletin

Ce qu'il faut retenir :

La disproportion manifeste de l'engagement de la caution commune en biens s'apprécie par rapport aux biens et revenus de celle-ci, et des biens communs, incluant les revenus du conjoint, sans qu'il y ait lieu de tenir compte du consentement exprès de celui-ci.

Pour approfondir :

La disproportion manifeste de l'engagement en matière de cautionnement est souvent invoquée par la caution personne physique afin de voir son engagement envers un créancier professionnel neutralisé, la proportionnalité étant une exigence classique en la matière.

Cette exigence de proportionnalité découle des dispositions de l'article L. 341-4 du code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 14 mars 2016 (devenu L. 332-1 et L. 343-4 du code de la consommation). L'article L. 341-4 précité, au visa duquel est rendue la décision, disposait : « *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* ».

En l'espèce, une banque avait consenti un prêt à une société A., pour laquelle Monsieur X s'était porté caution solidaire par acte du 12 avril 2007. L'épouse de Monsieur X avait donné son accord pour l'engagement des biens communs. La société A. ayant été par la suite mise en liquidation judiciaire, la banque a assigné

Monsieur X. en exécution de son engagement, qui a opposé la disproportion de son cautionnement à ses biens et revenus.

La question soulevée devant la Cour de cassation portait sur l'appréciation de la proportionnalité et plus particulièrement sur le point de savoir si les biens communs, à savoir tant les biens propres et les revenus de Monsieur X. que les biens communs incluant les revenus de son épouse, devaient être pris en considération par les juges.

Les juges du fond ont retenu que devaient être pris en considération la seule part de la caution dans ces biens, ainsi que ses revenus, et non le patrimoine et les revenus du couple (CA Toulouse, 21 septembre 2016).

L'arrêt est cassé par la Haute Cour, qui considère que « *la disproportion manifeste de l'engagement de la caution commune en biens s'apprécie par rapport aux biens et revenus de celle-ci, sans distinction et sans qu'il y ait lieu de tenir compte du consentement exprès du conjoint donné conformément à l'article 1415 du code civil, qui détermine seulement le gage du créancier, de sorte que devaient être pris en considération tant les biens propres et les revenus de M. X... que les biens communs, incluant les revenus de son épouse* ».

En premier lieu, la Haute Cour énonce qu'il n'y a pas lieu de tenir compte du consentement exprès du conjoint, exigé aux termes des dispositions de l'article 1415 du code civil, restreignant l'assiette du droit de poursuite des créanciers aux biens propres et aux revenus de l'époux qui s'est engagé, en l'absence de consentement exprès de l'autre conjoint.

La Cour nous précise que ce consentement « *détermine seulement le gage du créancier* » et en tire comme conséquence que les biens communs incluant les revenus de l'épouse de la personne caution doivent être pris en considération dans l'appréciation de la disproportion de l'engagement de la caution commune en biens.

Cette solution confirme un raisonnement qui avait déjà été adopté par la Haute Cour pour la première fois dans un arrêt du 15 novembre 2017, jugeant que la disproportion manifeste de l'engagement de la caution s'appréciait par rapport à ses biens, sans distinction entre les siens et ceux de son conjoint, alors même que le consentement exprès du conjoint n'avait pas été donné (Cass. com., 15 novembre 2017, n°16-10.504).

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - 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 ■

Ce raisonnement s'explique logiquement par la distinction qui doit être opérée entre d'une part, la question de la consistance du patrimoine pour l'évaluation des capacités financières de la caution, réalisée dans l'intérêt de la caution et non du créancier, et, d'autre part, de l'exécution de la condamnation éventuelle de la caution en l'absence du consentement exprès du conjoint, pour savoir si les biens communs de la caution seront ou non saisissables par le créancier en cas de poursuites.

En d'autres termes, l'arrêt confirme la volonté de la Cour de rompre avec un raisonnement qui consisterait à considérer que la proportionnalité du cautionnement se mesurerait à l'aune du droit de poursuite du créancier bénéficiaire.

A rapprocher : Charge de la preuve de la disproportion d'un cautionnement (Cass. com., 13 septembre 2017, n°15-20.294)

PROPRIETE INTELLECTUELLE & NOUVELLES TECHNOLOGIES

L'administrateur d'une page fan sur Facebook est un responsable conjoint de traitement
CJUE, 5 juin 2018

Ce qu'il faut retenir :

La Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE) a indiqué que l'administrateur d'une page fan hébergée sur Facebook devait être considéré comme un responsable de traitement conjoint aux côtés de Facebook dès lors que via la création d'une telle page, il offre à Facebook la possibilité de placer des cookies sur l'ordinateur ou sur tout autre appareil des visiteurs de sa page fan (y compris de ceux qui ne disposent pas d'un compte Facebook) et qu'il reçoit communication des données statistiques collectées via ces cookies.

Pour approfondir :

La Cour administrative fédérale d'Allemagne a saisi la CJUE de plusieurs questions préjudicielles dans le cadre d'une affaire opposant Wirtschaftsakademie,

une société allemande spécialisée dans le domaine de l'éducation et l'ULD, l'autorité de contrôle allemande (équivalent de la CNIL en Allemagne). Dans les faits, Wirtschaftsakademie offre des services de formation notamment via une page fan hébergée sur Facebook.

Les pages fan sont des comptes d'utilisateurs qui peuvent être configurés sur Facebook par des particuliers ou des entreprises. Régulièrement utilisées par les entreprises pour la création d'un compte professionnel sur le réseau social, ces pages fan permettent de diffuser des communications de toute nature.

Les administrateurs de ces pages peuvent obtenir des données statistiques anonymes concernant les visiteurs à l'aide de la fonction intitulée Facebook Insight, que Facebook propose gratuitement et qui utilise des cookies comportant chacun un code utilisateur unique, actifs pendant deux ans et sauvegardés par Facebook sur le disque dur de l'ordinateur ou sur tout autre support des visiteurs de la page fan.

Suite à un contrôle réalisé par l'ULD, cette dernière a, par une décision du 3 novembre 2011 fait injonction à Wirtschaftsakademie de désactiver sa page fan sous peine d'astreinte en cas de non-exécution dans le délai prescrit, au motif que ni Wirtschaftsakademie ni Facebook n'informaient les internautes que des données personnelles les concernant étaient collectées via les cookies.

Wirtschaftsakademie a alors attaqué cette décision en indiquant qu'elle n'était responsable ni du traitement des données effectué par Facebook ni des cookies installés par ce dernier.

L'ULD a rejeté cette réclamation, par une décision du 16 décembre 2011, en considérant que la responsabilité de Wirtschaftsakademie est établie dès lors qu'en créant sa page fan, elle contribue activement et volontairement à la collecte de données personnelles par Facebook dont elle profitait au moyen des statistiques mises à sa disposition par le réseau social.

Wirtschaftsakademie a alors introduit un recours contre cette décision devant le tribunal administratif, lequel a annulé la décision attaquée. Le tribunal administratif supérieur d'Allemagne a rejeté l'appel introduit par l'ULD contre cet arrêt comme étant non fondé.

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - 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 ■

En dernière instance, la Cour administrative fédérale a décidé de surseoir et de saisir la CJUE afin de notamment savoir si Wirtschaftsakademie devait être considérée comme un responsable conjoint de traitement aux côtés du réseau social Facebook.

LA CJUE a alors analysé dans quelle mesure l'administrateur d'une page fan hébergée sur Facebook contribue, dans le cadre de cette page fan, à déterminer, conjointement avec Facebook les finalités et les moyens du traitement des données personnelles des visiteurs de ladite page fan et peut donc, lui aussi, être considéré comme étant « responsable du traitement ».

La CJUE a d'abord rappelé que les traitements de données à caractère personnel sont profitables à Facebook ainsi qu'à l'administrateur de la page qui peut connaître, *par exemple, le profil des visiteurs qui apprécient sa page fan ou qui utilisent ses applications, afin qu'il puisse leur proposer un contenu plus pertinent et développer des fonctionnalités susceptibles de les intéresser davantage.*

Si la CJUE a pris le soin de préciser que le simple fait d'utiliser un réseau social tel que Facebook ne rend pas un utilisateur de Facebook coresponsable d'un traitement de données à caractère personnel effectué par ce réseau, elle a toutefois relevé que la création d'une page fan sur Facebook implique que l'administrateur réalise une action de paramétrage, en fonction notamment de son audience cible et par conséquent, qu'il contribue au traitement des données à caractère personnel des visiteurs de sa page.

La CJUE a précisé que s'il est vrai que les statistiques d'audience établies par Facebook sont uniquement transmises à l'administrateur de la page fan sous une forme anonymisée, il n'en demeure pas moins que l'établissement de ces statistiques repose sur la collecte préalable de données personnelles.

Dans ces circonstances, la CJUE a conclu que l'administrateur d'une page fan hébergée sur Facebook participe, par son action de paramétrage, à la détermination des finalités et des moyens du traitement des données personnelles des visiteurs de sa page fan et de ce fait, doit être qualifié de responsable conjointement avec Facebook.

A rapprocher : Règlement Général sur la Protection des Données personnelles

Transparence et vigilance en matière de cookies sur les sites internet

CE, 10^{ème} - 9^{ème} ch. réunies, 6 juin 2018

Ce qu'il faut retenir :

L'éditeur d'un site internet qui utilise des cookies doit s'assurer d'informer de manière claire et transparente ses internautes des finalités des cookies déposés à l'occasion d'une visite sur son site et de définir et respecter une durée de conservation proportionnée à la finalité de ces cookies. Le Conseil d'Etat a confirmé la décision de la CNIL qui a prononcé une sanction à l'encontre de l'éditeur du site challenge.fr qui s'est contenté de présenter à ses internautes comment paramétrer leur navigateur pour refuser les cookies et qui n'a ni respecté une durée de conservation limitée ni vérifié que ses partenaires déposant des cookies tiers (sur lesquels il n'a aucune maîtrise technique) respectent bien la réglementation en la matière.

Pour approfondir :

Le Conseil d'Etat a confirmé, dans sa décision du 6 juin 2018, la position de la Cnil sur le fait que le paramétrage du navigateur n'est pas un mode valable d'opposition au dépôt de cookies.

Pour rappel, l'éditeur du site internet challenge.fr avait été condamné par la CNIL le 18 mai 2017 pour ne pas avoir respecté ses obligations d'information quant au dépôt de cookies sur le terminal de ses visiteurs et sur leur droit d'opposition alors qu'il avait été mis en demeure de le faire.

La CNIL avait alors prononcé une sanction pécuniaire de 25 000 € contre l'éditeur du site challenges.fr qui a décidé de faire un recours contre cette décision devant le Conseil d'Etat.

En matière de dépôt de cookies, la loi impose l'information des utilisateurs sur les finalités de ces cookies et sur les moyens de s'y opposer. Le recueil du consentement doit nécessairement avoir lieu avant leur dépôt, sauf si les cookies déposés sont nécessaires au fonctionnement du site ou qu'ils correspondent à la fourniture du service à la demande de l'utilisateur.

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - 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 ■

Si l'éditeur du site faisait valoir que ses cookies à finalités publicitaire et commerciale étaient nécessaires à la survie économique du site, le Conseil d'Etat a précisé que cette circonstance ne permettait pas de considérer que ces cookies relevaient de la catégorie de ceux strictement nécessaires à la fourniture du site et par conséquent exemptés de consentement.

Le Conseil d'Etat a par ailleurs précisé que l'information délivrée par le site n'était pas suffisamment transparente et ne permettait pas aux internautes de différencier clairement les catégories de cookies, ni de s'opposer à leur dépôt. Dès lors, le simple fait pour l'éditeur de proposer à ses internautes de paramétrer leur navigateur ne permet pas d'en conclure que ceux n'ayant pas refusé via leurs paramètres les cookies y avaient consenti.

Le Conseil d'Etat a clairement précisé que c'est à bon droit que « *la formation restreinte de la CNIL a considéré que le paramétrage du navigateur proposé aux utilisateurs ne constituait pas un mode valable d'opposition au dépôt de cookies* ».

Dans sa délibération, la CNIL avait également relevé que l'éditeur avait manqué à son obligation de définir et respecter une durée de conservation des données proportionnée à la finalité du traitement et qu'il n'avait pas donné suite à sa mise en demeure de ne pas conserver les cookies au-delà de treize mois.

En ce qui concerne les « cookies » déposés par des tiers, la CNIL a également caractérisé les manquements de l'éditeur du fait qu'il n'avait apporté aucune justification qu'il aurait effectué des démarches auprès de ses partenaires afin qu'ils respectent eux aussi une durée de conservation adéquate et proportionnée.

Le Conseil d'Etat a confirmé la décision de la CNIL et a précisé que « *les éditeurs de site qui autorisent le dépôt et l'utilisation de tels « cookies » par des tiers à l'occasion de la visite de leur site doivent également être considérés comme responsables de traitement, alors même qu'ils ne sont pas soumis à l'ensemble des obligations qui s'imposent au tiers qui a émis le « cookie », notamment lorsque ce dernier conserve seul la maîtrise du respect de sa finalité ou de sa durée de conservation.* »

En conséquence, il appartient à tout éditeur d'un site internet de s'assurer que les partenaires autorisés à déposer des cookies respectent la réglementation sous peine d'engager leur propre responsabilité.

A rapprocher : Nouvel article 32 de la loi informatique et liberté (modifié par la loi n°2018-493 du 20 juin 2018)

Incidence de la connaissance d'une marque sur le marché pour sa défense

Cass. com., 30 mai 2018, n°16-22.994

Ce qu'il faut retenir :

La connaissance de la marque sur le marché est un facteur pertinent de l'appréciation du risque de confusion, en ce qu'elle confère à cette marque un caractère distinctif élevé et lui ouvre une protection étendue.

Pour approfondir :

Le titulaire de la **marque** complexe Joker + déposée en couleurs, avait formé une opposition à l'encontre de la demande d'enregistrement de la marque Joker déposée pour désigner les mêmes produits.

Le directeur de l'INPI avait accepté l'opposition et rejeté la demande d'enregistrement mais sa décision a été censurée par la Cour d'appel qui a considéré que le risque de confusion n'était pas établi.

Pour statuer ainsi, la Cour d'appel a jugé que si les signes en cause ont en commun le terme « Joker », en raison des importantes différences visuelles et phonétiques que présentent ces signes pris dans leur ensemble, le consommateur moyennement attentif ne sera pas amené à croire que le signe contesté serait la déclinaison ou l'adaptation de la marque antérieure et en déduit qu'il n'existe pas de risque de confusion.

La Cour de cassation reproche à l'arrêt de ne pas avoir recherché si les signes en cause présentent des similitudes sur le plan conceptuel. La solution est logique. En effet, pour l'appréciation globale du risque de confusion la similitude des signes doit être examinée d'un point de vue tant visuel et auditif que conceptuel, la similitude des signes sur un seul de ces plans étant susceptible de créer un risque de confusion entre les marques en cause. Aussi, en s'abstenant de procéder à l'examen de la similitude au niveau conceptuel les juges d'appel n'ont pas procédé à un examen global des signes en présence. La cassation est logique.

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - 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 ■

Le risque de confusion dans l'esprit du public doit être apprécié globalement en tenant compte de façon interdépendante de tous les facteurs pertinents du cas d'espèce et notamment de la connaissance de la marque sur le marché. Le risque de confusion est d'autant plus élevé que le caractère distinctif de la marque antérieure s'avère important. Or en l'espèce, le titulaire de la marque invoquait la très large connaissance de la marque antérieure dans le public ce qui, selon lui, venait renforcer le risque de confusion entre sa marque antérieure et le signe contesté. A nouveau, la Cour de cassation va reprocher aux juges du fond de ne pas avoir tenu compte de cet élément et énonce à cet égard : « *la connaissance de la marque sur le marché est un facteur pertinent de l'appréciation du risque de confusion, en ce qu'elle confère à cette marque un caractère distinctif élevé et lui ouvre une protection étendue* ».

La formulation interpelle, la Cour de cassation énonce explicitement que plus une marque est connue, plus sa protection est étendue et ce, sans faire référence au caractère renommé de la marque tandis que seules les marques renommées bénéficient d'un régime spécifique leur conférant de fait une protection plus large.

On se félicitera de cet arrêt qui tient compte de la valeur commerciale de la marque, de sa connaissance plus ou moins importante sur le marché pour apprécier les atteintes qui lui sont portées.

A rapprocher : article L713-3 du code de la propriété intellectuelle

Contrefaçon de la marque d'un réseau de franchise
TGI Paris, 29 juin 2018, n°17/16120

Ce qu'il faut retenir :

L'usage de la marque d'un réseau de franchise par une société qui n'est pas membre dudit réseau est un acte de contrefaçon justifiant la condamnation du contrefacteur.

Pour approfondir :

La tête du **réseau de franchise** de points de vente de fleurs et plantes « AU NOM DE LA ROSE », déposé à titre de marque, a constaté qu'un point de vente, non affilié à son réseau, utilisait comme enseigne celle-là même du réseau, et exploitait un site internet accessible depuis un nom de domaine reprenant la marque et associé au numéro de département.

Elle a donc engagé une action en contrefaçon en raison de la reproduction, pure et simple de sa marque : au sein de la dénomination sociale de la société poursuivie, sur la façade du point de vente, et au sein d'un nom de domaine.

Le Tribunal de grande instance au visa des dispositions de l'article L.713-2 du Code de propriété intellectuelle, aux termes duquel « *sont interdits, sauf autorisation du propriétaire : La reproduction, l'usage ou l'apposition d'une marque, même avec l'adjonction de mots tels que : "formule, façon, système, imitation, genre, méthode", ainsi que l'usage d'une marque reproduite, pour des produits ou services identiques à ceux désignés dans l'enregistrement* », juge que la contrefaçon est établie.

Précisions qu'en l'espèce compte tenu de l'identité des activités couvertes par le dépôt de la marque et celles exercées par la société poursuivie avec la dénomination litigieuse d'une part, et de l'identité du signe illicitement utilisé avec la marque déposée d'autre part, il n'était pas utile de démontrer l'existence d'un risque de confusion.

Le Tribunal condamne la société au paiement de la somme de 20.000 euros à titre de dommages-intérêts en réparation du préjudice subi du fait de la contrefaçon et fait injonction à la société d'utiliser la marque sous quelque forme que ce soit et lui ordonne de procéder au changement de sa dénomination sociale et à la modification de son enseigne.

A rapprocher : article L.713-2 du code de propriété intellectuelle

**Risque de confusion et impression d'ensemble
produite sur le consommateur**
CA Rennes, 19 juin 2018, n°17/07316

Ce qu'il faut retenir :

La Cour d'appel juge que pour évaluer le risque de confusion invoqué par le titulaire d'une marque antérieure pour faire opposition à l'enregistrement d'une marque postérieure, il convient de s'attacher, non au seul élément commun entre les signes, fut-il distinctif, mais à l'impression d'ensemble produite par les signes entiers. Le risque n'est pas constitué dès lors que « pris dans leur ensemble, les deux signes produisent une impression d'ensemble bien distincte et ne pouvant être à l'origine de la moindre confusion pour le consommateur. »

Pour approfondir :

La société LAÏTA, titulaire des droits sur la marque française semi-figurative MADAME LOÏK, enregistrée dans les classes 30 et 31 notamment, a formé opposition auprès de l'INPI pour une partie seulement des produits ou services visés dans la demande d'enregistrement de la marque verbale LA GALETTE SAINT LOÏK présentée par la société BISCUITERIE ISIDORE PENVEN.

En effet, la société LAÏTA considérait que la marque LA GALETTE SAINT LOÏK constituait une imitation de la marque complexe MADAME LOÏK.

Le Directeur de l'INPI a rejeté l'opposition au motif que le risque de confusion entre les signes exigé pour faire droit à la demande d'opposition n'était pas démontré, et ce nonobstant l'identité ou la similarité reconnue, et non contestée des produits en cause.

En effet, il a retenu que ce risque « doit être apprécié globalement à partir de tous les facteurs pertinents du cas d'espèce : que cette appréciation globale doit, en ce qui concerne la similitude visuelle, auditive ou conceptuelle des marques en cause, être fondée sur l'impression d'ensemble produite par les marques, en tenant compte notamment de leurs éléments distinctifs et dominants. »

La société LAÏTA a alors formé un recours à l'encontre de la décision du Directeur de l'INPI devant la Cour d'appel de Rennes, renouvelant son argumentation fondée sur l'imitation de la marque MADAME LOÏK et l'existence d'un risque de confusion.

La Cour d'appel de Rennes a rejeté le recours formé par la société LAÏTA à l'encontre de la décision du Directeur de l'INPI, confirmant ainsi la décision ayant rejeté l'opposition. En effet, les juges considèrent que le seul fait que la marque contestée comprend un même terme commun, LOÏK, élément dominant des signes, avec la marque antérieure, ne permet pas de retenir que les deux signes produisent visuellement et phonétiquement une même impression d'ensemble.

La Cour retient tout d'abord que les différences visuelles et phonétiques entre les deux signes sont évidentes.

Ensuite, pour apprécier l'absence d'un risque de confusion entre les deux signes, la Cour s'est fondée sur l'impression d'ensemble produite par chacun des signes dans son entier. Elle retient pour ce faire que les deux univers invoqués par chaque signe sont totalement distincts, le premier signe évoquant une femme d'origine bretonne MADAME LOÏK, le second évoquant quant à lui un produit et un saint canonisé LA GALETTE SAINT LOÏK. Le risque de confusion dans l'esprit du consommateur d'attention moyenne n'était ainsi pas caractérisé.

A rapprocher : art. L711-4 du Code de la propriété intellectuelle ; art. L712-4 du Code de la propriété intellectuelle

IMMOBILIER – CONSTRUCTION URBANISME

**Bail commercial : premiers éclairages sur les contours
du droit de préemption du locataire**

Cass. civ. 3^{ème}, 17 mai 2018, n°17-16.113,
Publié au bulletin

Ce qu'il faut retenir :

La Cour de cassation retient que le droit de préemption du locataire commercial introduit par la loi Pinel et prévu à l'article L.145-46-1 du Code de commerce ne joue pas (i) en cas de vente judiciaire ou encore (ii) en cas de cession globale de l'immeuble comprenant en l'espèce les locaux loués mais également un terrain nu contigu.

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - 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 ■

Pour approfondir :

En l'espèce, une **société civile immobilière** a été constituée en mars 2009 afin d'acquérir un local commercial à usage de restaurant avec parking et un terrain attenant qualifié de « terrain à bâtir ». Le local commercial a ensuite été donné à bail à une société et le terrain attenant a fait l'objet de baux commerciaux consentis à deux autres sociétés.

En juillet 2013, les associés de la SCI, propriétaire de l'immeuble et du terrain, ont voté la dissolution et la liquidation amiable de la société.

Un liquidateur amiable a été désigné par le tribunal avec pour mission de réaliser l'actif et de vendre tous les biens de la SCI avec la liberté de choisir le procédé de vente le plus approprié. Une partie des associés de la SCI a cependant rejeté la résolution de mise en vente du bien immobilier aux enchères publiques, procédé pourtant choisi par le liquidateur. Ce dernier a par conséquent saisi le tribunal afin d'obtenir l'autorisation de procéder à cette vente. Une partie des associés de la SCI s'y est opposée jugeant que le liquidateur devait préalablement proposer l'immeuble à la vente au locataire du local commercial à usage de restaurant, bénéficiaire selon eux du droit de préemption prévu à l'article L.145-46-1 du Code de commerce.

La Cour d'appel d'Aix-en-Provence a fait droit à la demande du liquidateur jugeant, d'une part, que le droit de préemption du locataire prévu à l'article L.145-46-1 du Code de commerce n'a pas à s'appliquer dès lors que la vente de l'immeuble intervient dans le cadre de la liquidation amiable de la SCI et donc d'une vente judiciaire et non d'une vente de gré à gré ; d'autre part, que le locataire en question n'est pas locataire commercial de la totalité de l'immeuble mis en vente puisque le terrain à bâtir a été donné à bail commercial à deux autres sociétés, de sorte que la cession globale de l'immeuble ne peut donner lieu à l'exercice d'un droit de préemption par le locataire d'une partie seulement de l'immeuble vendu globalement.

Un pourvoi en cassation fut formé.

La Cour de cassation rejette le pourvoi et motive sa **décision** en ces termes :

« Mais attendu qu'ayant retenu que la vente aux enchères publiques de l'immeuble constituant l'actif de la SCI en liquidation, était une vente judiciaire et relevé que la société (...) n'était locataire que pour

partie de l'ensemble immobilier mis en vente, le terrain ayant été donné à bail à d'autres sociétés, la Cour d'appel, qui n'avait pas à répondre à des conclusions que ses constatations rendaient inopérantes, en a à bon droit déduit que les dispositions de l'article L.145-46-1 n'étaient pas applicables et que la cession globale de l'immeuble ne pouvait donner lieu à l'exercice d'un droit de préemption par la société (...) »

La Cour de Cassation livre une première interprétation de l'article L.145-46-1 du Code de commerce : elle retient que le droit de préemption du locataire ne joue que si la vente n'est pas forcée et ce, dans le strict respect du texte : « *Lorsque le propriétaire d'un local à usage commercial ou artisanal envisage de vendre celui-ci* ».

En outre, la Cour de cassation vient préciser que la cession du local commercial, mais également du terrain à bâtir attenant, s'analyse comme une cession globale de l'immeuble au sens de l'article L.145-46-1 du Code de commerce et ce, alors même le terrain attenant était vide de toute construction mais pour autant était loué à une autre société que le preneur.

A rapprocher : Aix-en-Provence, 30 janvier 2018, n°16/19016

Bail commercial et révision du loyer : il revient au juge d'adapter la clause d'échelle mobile
Cass. civ. 3^{ème}, 17 mai 2018, n°17-15.146

Ce qu'il faut retenir :

Une clause d'indexation comportant un indice de base fixe n'entraîne pas de distorsion de loyer et n'est pas illicite dès lors que la période de variation de l'indice coïncide avec la durée s'écoulant entre deux indexations.

La clause d'indexation en question ayant entraîné une augmentation de loyer de plus du quart depuis sa dernière fixation, le loyer sera révisé à la valeur locative (article L.145-39 du Code de commerce). Le juge doit adapter le jeu de la clause d'échelle mobile au jour de la demande de la révision, la révision du loyer ne pouvant elle-même organiser une distorsion prohibée par la loi.

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - 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 ■

SS
SIMON ASSOCIÉS
RESEAU SIMON AVOCATS

Pour approfondir :

La société A HOTEL a donné à bail commercial à la société PARIS LOOK des locaux à usage de parfumerie situés 16 boulevard Haussmann à Paris, pour une durée de neuf ans à compter du 1^{er} juillet 1994, moyennant un loyer initial de 213 428,62 € HT, indexé annuellement sur l'**indice du coût de la construction**.

Le loyer du bail renouvelé au 1^{er} juillet 2003 a été fixé par le juge des loyers à la valeur indiciaire, soit la somme de 246 199,16 €. Au 1^{er} juillet 2009, par application du jeu de la clause d'indexation, le loyer s'élevait à 319 932, 86 € HT, soit une augmentation de plus de 29 % depuis le 1^{er} juillet 2003.

La société bailleuse a par la suite saisi le Tribunal de grande instance de Paris en révision du loyer en fixation à la valeur locative estimée à 1 066 784 € HT sur le fondement de l'article L.145-39 du Code de commerce, ce à compter du 23 décembre 2009, date de la demande de révision formulée par le bailleur par exploit d'huissier.

Le preneur a demandé, à titre reconventionnel, de réputer non écrite la clause d'indexation stipulée au bail au motif qu'elle créerait une distorsion entre la période de variation de l'indice et la durée s'écoulant entre deux révisions, prohibée par l'article L.112-1 du Code monétaire et financier.

La clause d'indexation stipulait en l'espèce que le loyer serait indexé tous les ans sur l'indice du coût de la construction et, pour la première fois, le 1^{er} janvier 1995 et en raison du décalage existant entre la date de publication de l'indice et le jour de l'échéance de la révision, l'indice de référence serait celui du 4^e trimestre 1993 et l'indice de comparaison celui du 4^e trimestre de l'année civile précédant le jour anniversaire de la révision.

Même si la jurisprudence ne condamne pas la référence à un indice de base fixe, c'est à la condition qu'il n'existe pas de distorsion. Après avoir constaté que l'indice de référence utilisé a constamment été celui du 4^e trimestre 1994 et que l'indice de comparaison a toujours été celui du 4^e trimestre précédent la date de révision le 1^{er} janvier de chaque année, elle a estimé qu'il n'y a eu aucune distorsion entre périodes de variation de l'indice et périodes de révision du loyer.

Or, le preneur soutenait que la demande de révision formulée par le bailleur sur le fondement de l'article L.145-39 du Code de commerce étant intervenue le 23

décembre 2009, le loyer serait ensuite indexé le 23 décembre 2010 en prenant en compte les indices initiaux visés au bail (pour une indexation au 1^{er} juillet), ce qui créerait une distorsion.

Il est rappelé qu'à supposer que le juge de la révision (i.e. le juge des loyers) fixe le loyer révisé à une date distincte de celle prévue par la clause d'indexation, il lui appartiendra également d'adapter le jeu de la clause d'échelle mobile à la valeur locative par application de l'article R.145-22 du Code de commerce qui stipule que « *le juge adapte le jeu de l'échelle mobile à la valeur locative au jour de la demande* », de sorte que la révision du loyer ne pourra elle-même organiser la distorsion prohibée.

La **Cour de cassation rejette le pourvoi formé par le preneur** et retient que la Cour d'appel en a exactement déduit que la clause d'indexation stipulée n'était pas illicite et que le loyer ayant augmenté de plus du quart depuis sa dernière fixation, la demande du bailleur de fixation du loyer révisé à la valeur locative était recevable.

A rapprocher : Cass. civ. 3^{ème}, 16 octobre 2013, n°12-16.335 ; Cass. civ. 3^{ème}, 9 février 2017, n°15-28.691 ; Cass. civ. 3^{ème}, 25 février 2016, n°14-28.165

Désordre de construction : l'étendue des travaux de reprise doit être strictement justifiée
Cass. civ. 3^{ème}, 21 juin 2018, n°17-15.897

Ce qu'il faut retenir :

Dès lors que le désordre affectant le local commercial d'un immeuble, consistant en la violation des normes d'accessibilité aux personnes handicapées, peut être réparé soit par l'aménagement du trottoir soit par l'abaissement du seuil du local, la destruction et la reconstruction complète de l'ouvrage n'est pas justifiée.

Pour approfondir :

Un maître d'ouvrage fait édifier un immeuble comprenant un local commercial en rez-de-chaussée. A la réception, l'ouvrage est atteint d'un désordre consistant au non-respect des normes d'accessibilité aux personnes handicapées.

Il est en effet constaté une différence d'altimétrie de vingt centimètres entre le niveau de l'entrée principale du local commercial et le niveau de la voie publique, empêchant l'accès aux personnes à mobilité réduite.

Considérant le local commercial comme impropre à sa destination, le maître d'ouvrage et le preneur à bail ont assigné le maître d'œuvre, l'entreprise de gros œuvre et leurs assureurs, d'une part, en paiement du coût des travaux de démolition et de reconstruction totale de l'immeuble, d'autre part, en indemnisation de leurs préjudices consistant respectivement en la perte de revenus locatifs et la perte du fonds de commerce. Les demandeurs fondent ainsi leurs préjudices sur la cessation complète d'activité imposée par la réalisation des travaux de démolition et de reconstruction.

Or, à l'issue des opérations d'expertise, l'expert indiquait dans son rapport que la réparation du désordre ne nécessitait pas la destruction et la reconstruction totale de l'immeuble, et pouvait consister soit en l'aménagement du trottoir au droit de l'entrée principale du local commercial, soit en la réalisation de travaux d'abaissement du plancher du local commercial.

Par un arrêt en date du 12 janvier 2017, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence a débouté les demandeurs de l'ensemble de leurs demandes, au motif que, la démolition et la reconstruction complète de l'immeuble n'étant pas justifiées, la demande d'indemnisation des préjudices nés d'une cessation complète d'activité n'était pas davantage fondée.

Saisie d'un pourvoi en cassation, **la troisième Chambre civile de la Cour de cassation confirme l'arrêt rendu par la Cour d'appel**. D'une part, la Cour de cassation considère que les demandeurs ne justifient pas de la nécessité de procéder à la complète démolition et reconstruction de l'immeuble. En effet, les demandeurs ne rapportent pas la preuve du refus de la commune de leur délivrer l'autorisation d'aménager le trottoir, et ne démontrent pas non plus que les travaux d'abaissement du plancher auraient pour effet de rendre le sous-sol inaccessible, ni n'auraient été refusés par les services de l'urbanisme. Par conséquent, la Cour de cassation confirme la décision de la Cour d'appel d'avoir retenu que la demande de paiement des travaux de démolition et de reconstruction de l'immeuble devait être rejetée.

D'autre part, la Cour de cassation confirme également la décision de la Cour d'appel d'avoir débouté les demandeurs de leur demande d'indemnisation des préjudices liés à la perte de revenus locatifs et du fonds de commerce. En effet, dans la mesure où la réparation du désordre de construction n'exige pas la démolition et la reconstruction complète de l'immeuble, les demandeurs n'ont pas à souffrir d'une période de cessation complète de l'activité commerciale. Par conséquent, les demandeurs ne démontrent subir ni une perte de revenus locatifs, pour le bailleur maître d'ouvrage, ni une perte du fonds de commerce, pour le preneur à bail.

A rapprocher : Cass. civ. 3^{ème}, 22 octobre 2002, n°01-12.327

Droit de préemption de la SAFER : le démembrement de propriété ne permet pas de l'éviter
Cass. civ. 3^{ème}, 31 mai 2018, n°16-25.829

Ce qu'il faut retenir :

La cession simultanée de l'usufruit et de la nue-propriété de biens ruraux à deux personnes distinctes s'analyse en une aliénation à titre onéreux de biens immobiliers au sens de l'article L.143-1 du Code rural et de la pêche maritime pris dans sa rédaction antérieure à la Loi d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt du 13 octobre 2014 et se trouve donc soumise au droit de préemption de la SAFER, sans qu'il soit nécessaire de prouver une fraude.

Pour approfondir :

Par acte authentique du 17 septembre 2012, les propriétaires de terrains agricoles en ont vendu séparément l'usufruit à un particulier et la nue-propriété à un groupement foncier agricole. Le notaire instrumentaire a adressé à la SAFER le 30 août 2012 une déclaration d'opération exemptée du droit de préemption en partant du postulat qu'il s'agissait d'une vente réalisée en démembrement de propriété non soumise de ce fait au droit de préemption de la SAFER au sens de l'ancien article L.143-1 du Code rural et de la pêche maritime.

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - 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 ■

Considérant cette déclaration non comme une simple information, mais comme une offre de vente soumise au droit de préemption, la SAFER a notifié à l'usufruitier et au nu-propiétaire des terrains le 24 octobre 2012 son intention de se prévaloir de ce droit avant de saisir, par actes du 21 février 2013, le Tribunal de grande instance afin de voir prononcer l'annulation de la vente, et sa substitution dans les droits des acquéreurs.

Par jugement du 28 mai 2015, le Tribunal de grande instance a fait droit aux prétentions de la SAFER en annulant l'acte de vente du 17 septembre 2012 et en la substituant dans les droits des acquéreurs. La Cour d'appel a confirmé ce jugement jugeant que si l'ancien article L.143-1 du Code rural et de la pêche ne s'appliquait pas à la vente du droit d'usufruit ou de la nue-propiété séparément mais uniquement à la cession de biens immobiliers, il s'appliquait néanmoins en l'espèce dans la mesure où l'acte de vente emportait cession de ces deux droits simultanément, même à des acquéreurs distincts.

La Cour de cassation a considéré que l'acte authentique du 17 septembre 2012 constituait la vente, non pas de l'usufruit ou de la nue-propiété des biens concernés, mais celle de ces deux droits simultanément, de sorte qu'il avait pour objet le transfert, en une seule opération, de la pleine propriété, même si l'usufruit et la nue-propiété étaient cédées à deux personnes distinctes. La Cour de cassation confirme ainsi l'arrêt d'appel en ce qu'il a retenu, sans procéder à la recherche d'une intention frauduleuse, que l'aliénation était soumise au droit de préemption de la SAFER et devait donc être annulée. Néanmoins, contrairement à la Cour d'appel, la Cour de cassation refuse de juger que la SAFER serait substituée dans les droits des acquéreurs dans la mesure où le notaire avait envoyé à la SAFER une simple déclaration d'opération exemptée du droit de préemption et non pas une notification valant offre de vente.

Il convient de souligner que l'arrêt commenté a été rendu sous l'empire du droit antérieur à la Loi n°2014-

1170 d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt du 13 octobre 2014. Sous l'empire du droit antérieur, il était admis que la vente de l'usufruit, d'une part, et de la nue-propiété, d'autre part, de biens ruraux échappait au droit de préemption de la SAFER, sauf en cas de fraude.

Dorénavant, la cession de l'usufruit ou de la nue-propiété de biens ruraux est en principe soumise au droit de préemption de la SAFER (article L.143-1 al.5 du Code rural) sous la condition suivante : elle ne peut préempter la nue-propiété de ces biens que dans les cas où elle en détient l'usufruit ou est en mesure de l'acquérir concomitamment, ou lorsque la durée de l'usufruit restant à courir ne dépasse pas deux ans.

A rapprocher : Loi d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt n°2014-1170 du 13 octobre 2014 ; Article L.143-1 du Code rural ; Cass. civ. 3^{ème}, 15 décembre 2016, n°15-27.518 (pour la cession simultanée de l'usufruit et de la nue-propiété à un même acquéreur).

INTERNATIONAL

La Franchise en Chine Etude 2018

Ce qu'il faut retenir :

La Chine est devenue la deuxième puissance économique mondiale. Il nous faut rappeler ici les principales données économiques et juridiques que tout praticien devra garder à l'esprit afin de s'interroger sur l'opportunité de s'y développer en franchise.

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - 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 ■

Pour approfondir :

I. Données économiques

A. Données macro-économiques

Population 2016	1.379.000.000 hab ¹
Superficie	9.641.144 km ²
Densité 2016	146,85 hab./km ²
PIB (nominal) 2016	11.199 Md\$ (2 ^{ème}) ³
PIB/hab. 2016	8.123,181 \$ ⁴
PIB/hab (PPA) 2016	16.216,927 Md\$ ⁵
Taux de croissance 2016	6,7 % ⁶
RNB/hab. (PPA) 2016	15 470 \$ ⁷
IDH 2016	0,74 ⁸
Taux d'alphabétisation 2016	96,36 % ⁹
Espérance de vie 2016	76,252 ans ¹⁰

Lorsque la Chine a lancé son programme de réforme économique qui commença après la troisième session plénière du XI^{ème} Comité central du Parti communiste chinois (« PCC ») en 1978 avec Deng Xiaoping au pouvoir, le pays le plus peuplé du monde était à peine inscrit sur la scène économique mondiale. Depuis cette réforme, la croissance économique mondiale de la Chine a été sans précédent.

Aujourd'hui, la Chine est la deuxième puissance économique mondiale par le PIB nominal avec environ 11,2 Md\$ en 2016, juste derrière les Etats-Unis (18,57 Md\$) et devant l'Inde (2,264 Md\$)¹¹.

La Chine après avoir réalisé une progression fulgurante entre les années 1990 et 2010 (son taux avait atteint jusqu'à 14,231% en 2007), a connu un ralentissement constant avec une croissance économique de 6,7% en

2016. Ce taux est sa plus faible performance depuis 26 ans (en 1990 le taux de croissance était à 3,9%). Elle a néanmoins de nouveau accéléré sa croissance en 2017 à 6,9%. En 2018, la croissance devrait atteindre 6,4%¹².

La croissance reste tout de même solide. En effet, jusqu'en 2015, la Chine était l'économie du monde à la croissance la plus rapide avec un taux de croissance de 10% en moyenne sur 30 ans¹³.

Toutefois, le fond monétaire international (« FMI ») affirme que si l'on prend comme indicateur le PIB exprimé en parité de pouvoir d'achat (« PPA »), la Chine domine les Etats-Unis depuis 2014, avec un PIB de 18,229.126 Md\$, contre 17,427.600 Md\$ pour les Etats-Unis.

La Chine a contribué à hauteur de 34% à la croissance économique mondiale entre 2012 et 2016, dépassant le taux combiné des Etats-Unis, de l'Union européenne et du Japon. En 2017, la Chine a contribué à hauteur d'environ 30% à la croissance économique mondiale¹⁴.

L'influence de l'économie chinoise sur le reste du monde continue à croître. A l'occasion du Forum Bo'ao qui s'est tenu du 8 au 11 avril 2018 sur le thème "Une Asie ouverte et innovante pour un monde plus prospère", Xi Jinping a annoncé une série de nouvelles mesures majeures de libéralisation économique visant à favoriser l'ouverture du pays, à améliorer le climat d'investissement en Chine qui devraient bénéficier directement à l'économie mondiale :

- diminuer de manière significative les tarifs sur les importations et les réduire sur d'autres produits ; ouvrir les secteurs financiers ;

¹ Données de la Banque mondiale, 2018

² Données de la Banque mondiale, 2018

<http://perspective.usherbrooke.ca/bilan/tend/CHN/fr/EN.POP.DNST.html>

³ https://donnees.banquemondiale.org/indicateur/NY.GDP.MKTP.CD?locations=CN&year_high_desc=false

⁴ <https://donnees.banquemondiale.org/indicateur/NY.GDP.PCAP.CD?locations=CN>

⁵ <https://donnees.banquemondiale.org/indicateur/NY.GDP.PCAP.PP.CD>

⁶ <https://data.worldbank.org/indicateur/NY.GDP.MKTP.KD.ZG?locations=CN>

⁷ <https://donnees.banquemondiale.org/indicateur/NY.GNP.PCAP.PP.CD?locations=CN>

⁸

<http://perspective.usherbrooke.ca/bilan/tend/CHN/fr/SP.POP.IDH.IN.html>

⁹ https://ycharts.com/indicators/china_adult_literacy_rate

¹⁰ <https://donnees.banquemondiale.org/indicateur/SP.DYN.LE00.IN?locations=CN>

¹¹

https://donnees.banquemondiale.org/indicateur/NY.GDP.MKTP.CD?locations=CN-US-IN&name_desc=true

¹²

<https://data.worldbank.org/indicateur/NY.GDP.MKTP.KD.ZG?locations=CN>

¹³ <http://www.business-and-co.com/actualites/la-place-de-la-chine-dans-leconomie-mondiale/>

¹⁴ http://french.xinhuanet.com/2018-02/28/c_137005783.htm

- importer un plus grand nombre des produits dont les Chinois ont besoin (la Chine va organiser en novembre 2018 à Shanghai le premier salon international de l'importation illustrant la volonté de Xi Jinping d'ouvrir le marché chinois, pour l'Ambassadeur de Chine en France Monsieur Jun ZHAI, ce salon de l'importation offrira aux entreprises françaises cherchant à y pénétrer, une plateforme de taille¹⁵);
- augmenter les limites de participation étrangère dans les valeurs mobilières, les assureurs et les banques; assouplir les restrictions sur la propriété étrangère dans l'industrie;
- habiliter une nouvelle agence d'Etat (en chinois 国家知识产权保护中心) à faire respecter la protection des droits de propriété intellectuelle.

Bien que la densité moyenne de la population soit supérieure à celle de la France, la population chinoise est très inégalement répartie sur le territoire et se concentre principalement à l'est du pays, où plusieurs provinces dépassent 400 habitants au kilomètre carré.

Si la population rurale est encore majoritaire, le taux d'urbanisation atteindrait aujourd'hui environ 57%¹⁶. Malgré cet essor important depuis les années 1990, où le taux a dépassé 50% pour la première fois en 2011, ce taux demeure faible¹⁷. Parmi les villes les plus importantes du pays, on citera Shanghai (estimation de l'ordre de 25 millions habitants pour 2018)¹⁸, principal centre économique, financier et industriel de Chine, Beijing (Pékin) (estimation de l'ordre de 23 millions habitants pour 2018)¹⁹, capitale administrative et culturelle et deuxième centre économique du pays, Canton, troisième centre économique, qui attire près de la moitié des investissements directs étrangers en Chine, Taiping, important port industriel situé à proximité de Pékin, Chengdu, Wuhan et Chongqing.

¹⁵ « De nouveaux dividendes pour la relation Chine-France », China Watch/Le Figaro, 27 avril 2018

¹⁶

<http://perspective.usherbrooke.ca/bilan/tend/CHN/fr/SP.URB.TOTL.IN.ZS.html>

¹⁷ <https://cn.ambafrance.org/L-urbanisation-en-Chine-continentale>

¹⁸ <http://worldpopulationreview.com/world-cities/shanghai-population/>

¹⁹ <http://worldpopulationreview.com/world-cities/beijing-population/>

²⁰

<https://donnees.banquemondiale.org/indicateur/EN.POP.DNST?locations=HK>

La région administrative spéciale de Hong Kong, dont la densité de la population est l'une des plus fortes du Monde (6 987,238 habitants/km²)²⁰, jouit d'un statut particulier s'agissant de son système politique. Hong Kong est une place économique et financière d'envergure mondiale.

Parfois qualifiée « d'usine du monde », la Chine est la plus grande économie industrielle et exportatrice de biens au monde. Les exportations de biens et services de la Chine représentaient 21,97% en 2015 puis 19,64% en 2016²¹. En 2015, les produits manufacturés représentaient 94% des exportations, les produits agricoles seulement 3% et les produits miniers et pétrole 2%²².

La Chine est notamment le deuxième plus grand importateur de marchandises. Les importations de biens et services représentaient 18,49% en 2015 puis 17,42% en 2016. En 2015, les produits manufacturés représentaient 64,4% des importations, les produits miniers et pétrole 21,4% et les produits agricoles 9,5%²³.

Membre permanent du conseil de sécurité de des Nations unies, la Chine est de plus en plus active au niveau international. Elle a notamment accru sa participation aux opérations de maintien de la paix (« OMP ») de l'ONU. Elle est aujourd'hui le 12^{ème} contributeur en troupes et le 2^{ème} contributeur au budget des OMP des Nations unies²⁴.

Du point de vue commercial, la Chine est membre de l'OMC depuis le 11 décembre 2001.

En 2016, les Etats-Unis est le premier client de la Chine qui représente 18,2% de part du marché, mais ne représente que son cinquième fournisseur avec 8,7% de part du marché.

²¹

<http://perspective.usherbrooke.ca/bilan/tend/CHN/fr/NE.EXP.GNFS.ZS.html>

²²

<http://perspective.usherbrooke.ca/bilan/servlet/BMImporExportPays?codePays=CHN>

²³

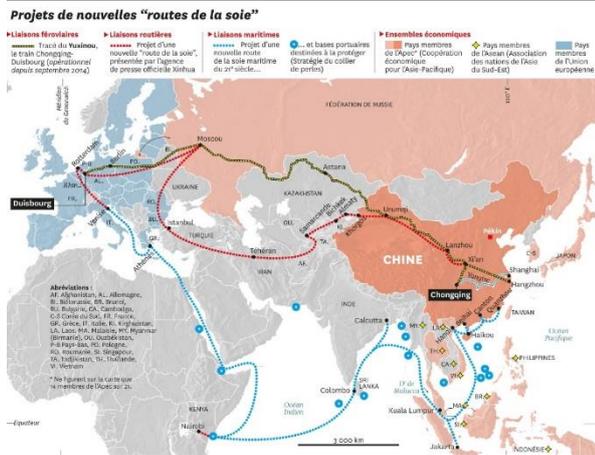
https://www.economie.gouv.qc.ca/fileadmin/contenu/documents_soutien/exportation/notes_economie/note_economie_chine.pdf

²⁴ <https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/dossiers-pays/chine/presentation-de-la-chine/>

L'Union européenne est le premier fournisseur de la Chine (13,6% de part du marché) et son deuxième client (15,3% de part du marché). Au niveau national, la France est le 15^{ème} fournisseur de la Chine (1,5% de part du marché) et son 21^{ème} client (1,2% de part du marché) en 2016. La Chine est le 8^{ème} client de la France et est également son 2^{ème} fournisseur dans cette même année²⁵.

Plus de 1 100 entreprises et 4 200 implantations françaises sont présentes en Chine représentant 33 Md€ d'investissements directs étrangers (« IDE ») en stock en 2016, et 700 filiales d'entreprises chinoises et hongkongaises sont présentes en France qui emploient environ 45.000 personnes représentant 6 Md€ d'IDE en stock en 2016²⁶.

La Chine place notamment au cœur de sa diplomatie l'initiative « One Belt, One road » lancée en 2013 qui a été renommée la « **Belt and Road Initiative** » (« **BRI** ») lors du premier sommet de coopération internationale « Belt and road » les 14 et 15 mai 2017, afin de s'inscrire véritablement dans un cadre mondial. La BRI vise à rétablir le tracé de l'ancienne route de la soie vers l'Europe et au-delà, par voies terrestres et maritimes (68 pays sont désormais concernés). Celle-ci vise à développer les liens entre la Chine, l'Asie, l'Afrique, le Moyen-Orient et l'Europe (projets d'infrastructures, commerce, coordination politique).



Source : Courrier international, 14/05/2017

B. Données économiques spécifiques à la franchise

L'Association de la franchise et des réseaux de Chine (*China Chain Store & Franchise Association – CCFA*) a été créée en 1997 sous le contrôle du gouvernement et basée à Pékin, a pour objectif de promouvoir le concept de la franchise en Chine. Les membres de cette Association sont franchiseurs (chinois et étrangers), détaillants (mais non franchisés), fournisseurs ou autre entreprise liée à la franchise. Cette Association a environ 1.000 membres franchiseurs qui ont plus de 350.000 points de vente en Chine.

• Historique

La franchise est apparue en Chine en 1987. Au cours des 20 dernières années, beaucoup de marques (locales et étrangères) ont développé leur franchise à travers le pays²⁷.

L'augmentation du niveau de vie de la population chinoise a permis aux enseignes qui évoluent en franchise de s'y développer. A tel point qu'en 2014, la Chine est devenue le premier pays du monde en termes de nombre de franchiseurs et de magasins franchisés²⁸.

Aujourd'hui, la Chine fait figure « d'eldorado » pour de nombreux entrepreneurs. En effet, le marché chinois est excessivement vaste ; avec plus d'1,3 milliards d'habitants. La Chine est le paradis pour aller chercher de la croissance²⁹.

• Statistiques

En 2012, la Chine comptait environ 2.000 enseignes et plus de 300.000 points de vente. Ces chiffres ont continué à progresser³⁰. En effet, en 2016, la Chine comptait plus de 4.500 franchises et chaînes de magasins, ce qui a créé plus de 5 millions d'emplois à l'échelle nationale. Les 100 premières franchises en Chine ont généré un chiffre d'affaire estimé à 66 milliards \$USD en 2016³¹.

25 <https://www.tresor.economie.gouv.fr/Articles/2018/01/05/chine-principaux-fournisseurs-et-clients-en-2016>
 26 <https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/dossiers-pays/chine/reactions-bilaterales/>
 27 <http://www.marketing-chine.com/tendances-de-consommation/franchises-de-cafe-the-sinstallent-chine>
 28 <http://www.toute-la-franchise.com/vie-de-la-franchise-A16012-la-chine-un-territoire-ideal-pour.html>

29 <https://www.lesechos.fr/thema/030701362428-la-boite-a-outils-pour-simplanter-en-chine-2124411.php>
 30 <http://www.toute-la-franchise.com/vie-de-la-franchise-A16012-la-chine-un-territoire-ideal-pour.html>
 31 https://www.trade.gov/topmarkets/pdf/Franchising_China.pdf

Au vu des statistiques disponibles sur le site officiel du Ministère du Commerce (« MOFCOM ») en date du 13 juin 2018, 3.959 franchiseurs sont enregistrés auprès dudit MOFCOM. 2.728 franchiseurs (soit 68,91%) seraient actifs dans plusieurs provinces en Chine. 1.231 franchiseurs (soit 31,09%) n'opéreraient que dans une seule province³².

Les secteurs où la franchise se développe principalement sont ceux de l'alimentation, de l'éducation, de la santé, et de l'entretien d'automobiles. Plus particulièrement, le marché chinois de la franchise est dominé par le marché de la nourriture et de la boisson. Près de 40% de tous les franchiseurs en Chine sont engagés dans de telles industries³³.

En 2018, le marché du café en Chine, bien qu'il vienne tout juste d'émerger, enregistre déjà une croissance moyenne de +15% depuis 2011³⁴.

Certaines estimations laissent penser que d'ici 2019, le nombre d'enseignes franchisées en Asie devrait dépasser celui des États-Unis, de l'Union européenne, de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande réunis³⁵.

• Salons

La CCFA organise des salons annuels consacrés à la franchise. Ces salons sont destinés à permettre aux investisseurs étrangers de rencontrer des potentiels partenaires en Chine.

- La *China Franchise Expo Beijing*, salon créé en 2001, organise chaque année une édition en mai à Pékin. Elle représente l'une des expositions internationales la plus importante en matière de franchisage. L'édition du 4 mai au 6 mai 2018 a accueilli des exposants et des visiteurs du monde entier³⁶.
- La *China Franchise Expo - Wuhan Station*, a organisé un salon le 1^{er} mars 2018 à Wuhan

³² <http://txjy.syjgs.mofcom.gov.cn/index.do?method=tjxx>

³³ https://www.trade.gov/topmarkets/pdf/Franchising_China.pdf

³⁴ <http://www.marketing-chine.com/tendances-de-consommation/franchises-de-cafe-the-sinstallent-chine>

³⁵ <http://www.hktdc.com/info/ms/a/fr/1X04CXUF/1/French/L-Essor-Des-Franchises-En-Asie.htm>

(capitale tentaculaire de la province du Hubei, au centre de la Chine)³⁷.

- La *China Franchise Expo - Guangzhou Station*, se tiendra du 3 août au 5 août 2018 au salon d'importation et d'exportation de Chine à Guangzhou (vaste ville portuaire au nord-est de Hong Kong). Cet événement international a été mis en place afin de montrer et développer les réseaux de franchise à travers le monde³⁸.
- La *China Franchise Expo - Shanghai Station*, aura lieu le 1^{er} septembre 2018 à Shanghai. Ce salon est organisé depuis 2004³⁹.
- La *China Franchise Expo - Nanjing Station*, se tiendra du 23 au 25 novembre 2018⁴⁰.

II. Données juridiques

A. Données juridiques directement liées à la franchise

Depuis 2007, la Chine dispose d'une législation particulière en matière de franchises commerciales étrangères.

Le « Règlement sur la franchise » (商业特许经营管理条例) n°485 du 31 janvier 2007 (le « Règlement ») est entré en vigueur le 1^{er} mai 2007, afin d'harmoniser le sort des franchisés et franchiseurs de nationalités étrangère et chinoise, abandonnant la distinction entre les entreprises à investissements étrangers et les entreprises domestiques.

Des mesures administratives sont venues compléter cette loi. Le décret n°16 du 6 avril 2007 du Ministère de Commerce sur la divulgation d'informations autour de la franchise (商业特许经营信息披露管理办法), entré en vigueur le 1^{er} mai 2007 et modifié le 23 février 2012, est venu préciser les informations que le franchiseur doit apporter au candidat franchisé.

³⁶ http://chinaexpo-fair.com/China_Franchise_Expo_May_2018

³⁷ <https://www.franchise-fff.com/agenda/evenement/940-salon-de-la-franchise-en-chine>

³⁸ <https://10times.com/international-franchise-exhibition>

³⁹ <https://www.franchise-fff.com/agenda/evenement/901-salon-de-la-franchise-en-chine>

⁴⁰ http://www.mxj.com.cn/exhibition/station_special.html?expo_id=17

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

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

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

Le décret n°5 du 30 avril 2007 du Ministère de Commerce sur les mesures administratives sur la déclaration des franchises commerciales (商业特许经营备案管理办法) entré en vigueur le 1^{er} mai 2007 modifié le 12 décembre 2011, a clarifié l'administration compétente ainsi que la procédure applicable aux franchises.

Des mesures administratives relatives aux franchises en matière d'infrastructures publiques ont été adoptées le 25 avril 2015 et sont entrées en vigueur le 1^{er} juin 2015.

Comme la plupart des droits en la matière, le droit chinois relatif à la franchise contient des dispositions relatives à l'information précontractuelle. La loi contient également, ce qui est beaucoup plus rare, des dispositions relatives aux obligations des parties.

Enfin, pour compléter cet arsenal juridique sur la franchise, il convient de noter l'existence de la loi sur les contrats n° 2200/1999.03.15 du 15 mars 1999 laquelle est entrée en vigueur le 1^{er} octobre 1999 et qui peut être amenée à s'appliquer dans les relations entre franchiseur et franchisé.

• Particularités

Avant de développer un réseau de franchise, le franchiseur, qui doit être obligatoirement une personne morale, doit avoir exploité en propre au moins deux établissements, en Chine ou ailleurs, pendant au moins un an.

Conformément aux mesures administratives sur la déclaration des franchises commerciales visées dans le décret n° 5, les formalités de déclaration relatives à la franchise doivent être remplies par le franchiseur auprès du service commercial administratif (商务主管部门) dépendant du MOFCOM (voir ci-après). Le franchisé n'a pas de formalités administratives à remplir.

• Information précontractuelle

L'information précontractuelle doit être remise au candidat franchisé au moins 30 jours avant la signature du contrat. La diffusion d'une telle information doit être écrite et dans un document séparé.

L'information requise à ce titre est généralement plus détaillée que celle requise par la loi française.

Elle contient des précisions relatives au franchiseur (nom, activité, etc.) et :

- aux sociétés de son groupe, aux biens de propriété intellectuelle dont il dispose,
- aux obligations financières du franchisé, aux obligations relatives à l'approvisionnement,
- aux services rendus par le franchiseur (consistance de l'assistance et du savoir-faire),
- au contrôle exercé par le franchiseur sur le franchisé, aux investissements qui devront être exposés par le franchisé (contrairement à la loi française, la loi chinoise ne limite pas cette information aux investissements devant être exposés avant le démarrage de l'activité),
- à la branche chinoise du réseau de franchise,
- aux comptes du franchiseur et
- aux affaires judiciaires le concernant (procédures collectives, procès importants en cours relatifs à la franchise, condamnations pénales ayant touché le franchiseur ou ses représentants légaux).

L'information précontractuelle doit être authentique, précise et complète. Si le franchiseur change certaines informations, il doit notifier les changements au franchisé dans un délai convenable. Toutefois, le franchiseur n'est pas obligé de remettre cette information au franchisé si le contrat de franchise est renouvelé dans les mêmes conditions. Les parties sont libres de renouveler ou non le contrat de franchise, et autant de fois qu'ils le veulent.

Avant la diffusion de l'information précontractuelle le franchiseur peut demander au franchisé de signer une clause de confidentialité.

Le non-respect de l'obligation d'information précontractuelle entraîne la nullité du contrat à la demande du franchisé. Par ailleurs, conformément à l'article 28 du Règlement sur la franchise, une amende peut être imposée par service commercial administratif (商务主管部门) au franchiseur ; le montant de celle-ci peut aller de 10 000 yuan (environ 1.600 USD) à 100 000 yuan (environ 16.000 USD) suivant la gravité de la violation de l'obligation.

• Formation du contrat

Le contrat de franchise est impérativement écrit⁴¹.

⁴¹ Art. 11 du Règlement.

Le contrat doit indiquer les données générales relatives aux parties, les obligations financières du franchisé, les services rendus par le franchiseur au franchisé, les exigences de qualité et les modalités du contrôle de leur respect, les méthodes de publicités qui seront employées par le franchiseur, les modalités d'extinction du contrat, la responsabilité pour rupture du contrat et les modalités de rupture. La durée du contrat de franchise doit également être indiquée et est au minimum de trois ans, à moins que le franchisé ne consente à une durée inférieure. Les parties peuvent notamment convenir à un contrat de franchise à durée illimitée. Le franchisé doit par ailleurs bénéficier d'une faculté de dédit pendant un délai négocié entre les parties.

Compte tenu de la spécificité du contrat de franchise et des dispositions obligatoires à insérer, le contrat doit être rédigé par un avocat d'un cabinet chinois ou d'un cabinet étranger ayant des bureaux en Chine. L'avocat aide notamment à la négociation du contrat.

Dans les 15 jours suivant la conclusion du contrat de franchise, le contrat doit être enregistré⁴² au service commercial administratif (商务主管部门) du lieu où la franchise est exploitée. Si cette obligation n'est pas respectée, une amende administrative (n'ayant pas d'impact sur la validité du contrat) entre 10 000 yuan (environ 1.600 USD) à 100 000 yuan (environ 16.000 USD) peut être ordonnée et le franchiseur sera dans l'obligation de remplir cette obligation dans un délai ordonné.

• Droits et obligations du franchisé

A la date où les parties signent le contrat, le franchisé doit payer le droit d'entrée au franchiseur. Il doit notamment payer régulièrement les redevances.

Le franchisé peut contribuer à la promotion et à la publicité du réseau de franchise. Le franchisé s'engage à exercer son activité en respectant toutes les normes imposées par le franchiseur qui sont détaillées dans le contrat.

La possibilité pour le franchiseur de mettre en œuvre des modifications et des améliorations doit être prévue dans le contrat. Si le franchisé propose des améliorations, le franchiseur devra donner son consentement. Ces changements devront être spécifiés au service commercial administratif dans un délai de 30 jours suivant la modification.

⁴² Art. 8 du Règlement.

• Droits et obligations du franchiseur

L'élément essentiel du contrat de franchise est le savoir-faire que le franchiseur transmet au franchisé. Il peut le faire par oral ou par écrit. Le franchisé a l'interdiction de divulguer le savoir-faire, qu'il soit en période de négociation du contrat de franchise ou après l'expiration du contrat, même si aucune clause de confidentialité n'a été signée entre les parties. Le franchisé engagera sa responsabilité civile s'il enfreint son obligation de confidentialité.

Le franchiseur peut par ailleurs modifier ou améliorer son savoir-faire et requérir à ce que le franchisé se conforme aux modifications.

Le secret des affaires et, en tant que tel, le savoir-faire du franchiseur, est protégé en Chine, par la loi relative à la concurrence déloyale (反不正当竞争法) entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1993 et modifiée en date du 4 novembre 2017.

Le franchiseur doit assister techniquement le franchisé. Cette assistance, qui est un élément clé pour le succès de la franchise, doit être détaillée par le contrat. Il doit notamment mettre à disposition du franchisé les signes distinctifs (enseigne, brevet, marque...).

Il peut être prévu dans le contrat que le franchiseur accorde une exclusivité territoriale au franchisé, mais cela n'est pas obligatoire.

• Sous franchise

Sous la loi chinoise, le franchisé ne peut pas transférer le contrat de franchise à un tiers sans le consentement du franchiseur. Dans quel cas, le contrat sera nul. Dans le contrat, il peut être inclus une interdiction expresse de sous franchise.

• Fin du contrat

Lorsque le contrat de franchise prend fin, une **obligation de non-concurrence** peut être prévue. Bien qu'elle soit facultative en Chine, il est fortement conseillé d'en rédiger une dans le contrat.

Bien que le franchisé puisse mettre fin unilatéralement au contrat, le franchiseur n'a pas cette possibilité. Le contrat peut également être résilié de manière consensuelle. Les indemnités peuvent être prévues contractuellement.

Si le franchisé ou le franchiseur ne respecte pas les termes du contrat de franchise, il peut engager sa responsabilité civile. Il peut notamment engager sa responsabilité civile envers un tiers.

B. Données juridiques périphériques

• Droit de la concurrence

La Chine s'est dotée d'un dispositif juridique visant à lutter contre les comportements anticoncurrentiels par la loi anti-monopole (反垄断法) du 30 août 2007 entrée en vigueur le 1^{er} août 2008. Par cette loi, le gouvernement chinois a essayé d'établir et de protéger son économie de marché afin de permettre aux entreprises nationales et étrangères de participer au jeu de la concurrence sur la base de principes d'égalité, de liberté et de transparence. Cette loi établit une interdiction des pratiques anticoncurrentielles, un contrôle des concentrations et des monopoles administratifs, des règles institutionnelles et des règles de la responsabilité juridique de l'infraction à la loi. Cette réforme du droit de la concurrence en Chine implique aussi le développement du droit contre la concurrence déloyale et l'évolution de la relation entre le droit de la concurrence et le droit de la propriété intellectuelle.

Au titre des ententes verticales, sont prohibées la fixation de prix de revente fixes et celle de prix de reventes minimaux (article 14 de la loi).

Des possibilités d'exemption sont prévues, notamment en cas d'amélioration des techniques, de l'efficacité ou de la compétitivité des entreprises, le bénéfice de l'intérêt public, à condition que les consommateurs en bénéficient et que la concurrence ne soit pas totalement éliminée sur le marché concerné. A l'inverse du droit communautaire en la matière, le droit chinois ne prévoit pas que les ententes considérées doivent être indispensables à l'obtention de l'avantage les justifiant pour bénéficier de l'exemption.

Néanmoins, les types d'ententes et les cas d'exemption ne font pas l'objet d'une définition précise. Aussi, il est recommandé d'être particulièrement vigilant aux

règles de concurrences dans le cadre de l'implantation d'un réseau.

Le contrôle des ententes, à l'exception de celles portant sur les prix, relève de l'Administration d'Etat de l'industrie et du commerce (« AEIC ») ; le contrôle des prix relève quant à lui de la Commission nationale du développement et de la réforme.

• Dispositions particulières aux investissements étrangers

Depuis une trentaine d'années, et en particulier depuis l'adhésion de la Chine à l'OMC en 2001, le pays s'est ouvert progressivement aux investissements étrangers.

Selon le Rapport sur les investissements mondiaux 2017 publié par la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement (« CNUCED »), la Chine était le troisième bénéficiaire d'investissement direct à l'étranger après les Etats-Unis et le Royaume-Uni en 2016⁴³.

Selon une déclaration du ministère du commerce chinois début 2018, les flux entrants d'IDE en Chine ont connu une croissance régulière en 2017 alors que les investissements directs sortants ont chuté⁴⁴.

D'un point de vue général, le gouvernement chinois est plus restrictif que les autres grandes économies en matière d'investissement étranger, avec de nombreux secteurs fermés aux IDE. Le 28 décembre 2017, le gouvernement chinois a dévoilé un Catalogue des orientations de l'investissement étranger dans les industries, afin de libéraliser les investissements dans plusieurs secteurs. Ce document classe les secteurs d'activité en trois catégories, suivant qu'ils sont interdits ou pas aux entreprises étrangères : secteurs encouragés (avec mesures fiscales incitatives), secteurs restreints et secteurs interdits⁴⁵.

Dans ce catalogue version 2017, la Chine cible les IDE dans les industries haut de gamme, la technologie, la protection environnementale et les services de pointe. Le secteur des services au sens large va être assez largement ouvert aux IDE⁴⁶.

⁴³ <https://en.portal.santandertrade.com/establish-overseas/china/foreign-investment>

⁴⁴ <http://www.mofcom.gov.cn/article/ae/ag/201801/20180102699398.shtml>

⁴⁵

<http://www.mofcom.gov.cn/article/i/jyj/k/201712/20171202692274.shtml>

⁴⁶

http://www.fdi.gov.cn/1800000121_39_4851_0_7.html?lie_n_extern_oui=Oui

En Chine, toutes les propositions de projets d'IDE doivent être soumises à la vérification ainsi qu'à l'approbation de la Commission nationale du développement et de la réforme (« **NDRC** ») ou des commissions du développement et de la réforme provinciales ou locales, selon le secteur et la valeur de l'investissement. En effet, le projet peut notamment être déclaré au MOFCOM ou à l'AEIC⁴⁷.

A rapprocher : La franchise en Chine (Etude 2011)

47

<https://www.tradesolutions.bnpparibas.com/fr/implanter/chine/investir#administrative>

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - 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 ■

ACTUALITÉ SIMON ASSOCIÉS

JUILLET 2018

Digitalisation : disparition programmée des réseaux de distribution physiques ou nouveaux enjeux de développement

Petit-déjeuner organisé par **SIMON ASSOCIÉS** et **LINKAPITAL** (« Les Matinales des Enseignes »)
Interventions des experts de **HSBC** et **EIGHT ADVISORY**
5 juillet 2018 – Paris | Hôtel Royal Monceau
En savoir plus

Le marché chinois, quelles opportunités pour votre entreprise ?

Matinale dédiée à la Chine, organisée par le **MEDEF LYON-RHONE** et **SIMON ASSOCIÉS**
10 juillet 2018 – Lyon
En savoir plus

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

Quelles sont les conséquences du BREXIT sur l'immobilier d'entreprise ?

Club Planète Immo

Dîner-débat organisé par **MDC**, **ANIMATEUR D'ECOSYSTEMES**, en partenariat avec **SIMON ASSOCIÉS**
Intervention de Jean-Charles **SIMON**
13 septembre 2018 – Paris
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
Plus d'informations prochainement

Et si l'immobilier devenait mobile ?

Conférence organisée par la **RICS** et le **CNAM ICH OUEST**, en partenariat avec **SIMON ASSOCIÉS**
20 septembre 2018 – Nantes | Théâtre Graslin
En savoir plus

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

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

■ Algérie - Arménie - Azerbaïdjan - Bahreïn - Belgique - 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 ■