

l'échelle de la clause litigieuse, puis du contrat qui doit être qualifié d'adhésion, alors pourtant qu'elle conduit sans doute au devant de grandes difficultés. Une autre espèce donne néanmoins quelques indications (CA Besançon, 11 sept. 2019, *préc.* ; comp. CA Metz, 7 nov. 2017, *préc.*, évoque simplement le fait que la clause « n'a pas fait l'objet d'une négociation individuelle »). Il s'agissait d'un contrat de location financière similaire conclu avec la société Locam pour une durée fixe, indivisible et irrévocable. Or cette durée n'est pas apparue « soustraite à la négociation des parties », outre que « l'indication manuscrite du nombre de mensualités et du montant du loyer, dans des cases non pré-imprimées du formulaire contractuel », renvoyant aux conditions particulières, « fait présumer que (le locataire) a pu librement déterminer, en concertation avec le représentant de la société informatique, les conditions d'échelonnement du prix de la prestation et la durée du contrat ». On passera sur l'application approximative du droit transitoire par les juges, lesquels retranscrivent la rédaction de l'article 1171 et, partant, celle du contrat d'adhésion, telles qu'issues de la loi nouvelle, ici la loi de ratification du 20 avril 2018 – « un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties » –, pour néanmoins appliquer les critères afférents à l'ancienne définition résultant de l'ordonnance du 10 février 2016 – « des conditions générales, soustraites à la négociation, [...] déterminées à l'avance par l'une des parties ».

Cela étant, peut-être des éclaircissements quant à cette notion de non-négociabilité pourront-ils venir de l'expérience acquise par son homologue concurrentiel relativement à la condition de soumission. Lien sur lequel rebondir que permet l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 11 mars 2020 concernant une clause de pénalité à la charge d'un fournisseur pour non-respect du taux de service, c'est-à-dire en cas de livraisons non conformes, à propos de laquelle aucune soumission de la part de Brico Dépôt n'est caractérisée et ce, en vertu du « report négocié d'applicabilité » de certaines clauses prévu par un avenant convenu le jour même de la signature de la convention unique. Selon les juges, cette négociation par avenant démontre, « en l'absence de toute autre circonstance établissant une pression exercée par la société Brico Dépôt, que la puissance économique prétendue du distributeur n'a pas empêché en l'espèce le fournisseur, qui appartient d'ailleurs à un groupe de sociétés important, de discuter les clauses de la convention unique », étant ajouté que « rien ne démontre que (ce dernier) ait tenté une discussion pour s'opposer aux mécanismes d'indemnisation forfaitaire proposés par le distributeur ». Qu'il soit toutefois permis de souligner que ne pas tenter de discuter ne revient pas en tant que tel à négocier ; on ne saurait y voir une négociation par omission. Toujours est-il que l'on peut déceler dans cette manière de raisonner un rapprochement avec la non-négociabilité érigée en critère de la règle de droit commun. Souvenons-nous en cela que ce qui a motivé les parlementaires à choisir ce critère de l'absence de négociabilité de la clause litigieuse, plutôt que celui de son absence de négociation effective, est le postulat selon lequel on ne saurait qualifier d'adhésion un contrat dont les clauses auraient pu être négociées, donc étaient négociables, mais que le cocontractant n'a pas cherché à négocier – ce qui s'apparente à l'absence de tentative du fournisseur d'obtenir la modification ou la suppression de la clause de taux de service. Autrement dit, l'idée est que si la négociation des clauses proposées par l'une des parties était possible, mais qu'elles n'ont pas fait l'objet d'une négociation effective par l'autre partie qui les a acceptées en l'état, alors il s'agit d'un contrat de gré à gré. Cette idée est fondée sur le présupposé qu'un contractant qui n'aurait pas négocié des clauses pourtant ouvertes à la discussion a fait sciemment le choix de ne pas les négocier. Ce présupposé est, à notre sens, assez intuitif et loin d'être toujours évident. Certes, cette situation peut se présenter où l'un des contractants accepte de bon gré, voire de son plein gré, les clauses telles qu'elles lui sont proposées par son cocontractant et décide, bien qu'elles soient négociables, de ne pas les négocier. Mais on voit mal, en particulier lorsqu'il s'agit d'une clause déséquilibrée, ce qui peut porter un contractant à choisir de ne pas la négocier s'il en avait la possibilité, sauf à être un mauvais négociateur – ou à y trouver un avantage par ailleurs. C'est la raison pour laquelle cette situation semble plutôt marginale. C'est accorder, pensons-nous, d'une manière générale et abstraite, beaucoup de crédit à l'acceptant au contrat. Le plus souvent, ce dernier ne négociera pas, non parce qu'il a eu la volonté de ne pas chercher à négocier, mais plus sûrement parce qu'il a ignoré que telle ou telle clause était négociable. Il n'aura en cela pas même su qu'elle l'était, précisément parce que cette donnée sera restée logée dans les intentions de l'auteur de cette clause ; celui-ci ne va pas écrire noir sur blanc qu'elle n'est pas négociable. Car, si l'on voulait pousser plus loin l'analyse, le seul moyen de le savoir est d'avoir essayé de la négocier, mais d'avoir essuyé un refus de son auteur ; alors dans ce cas, on peut conclure qu'elle était réellement non négociable. Dès lors, prouver le caractère non négociable d'une clause suppose, déjà, d'avoir tenté de la négocier, ce qui sera souvent hors de propos

dans la mesure où une partie ne va pas chercher à négocier une à une chaque clause à la seule fin de savoir si elle est négociable ou non et, plus largement, si elle s'inscrit dans un ensemble de clauses du même ordre constitutif d'un contrat d'adhésion, seul à même pourtant de déclencher la sanction d'une clause déséquilibrée. Dans ce cas, elle risque donc de se trouver dans l'impossibilité d'apporter une quelconque preuve. Et même si cette partie avait tenté de négocier la clause, s'était heurtée à un refus de l'autre partie, auquel cas il lui serait possible de démontrer qu'elle n'était pas négociable, certes, mais dès lors qu'elle l'a tout de même acceptée en connaissance de cause, alors pourtant qu'elle savait pertinemment qu'elle était déséquilibrée à son détriment, cela a de fortes chances de se retourner contre elle, puisque le juge rejettera probablement sa demande tendant à réputer la clause en question non écrite, le prêteur, un peu trivialement, n'ayant cure des imbéciles. Là encore, elle se trouve donc de fait dans une impasse probatoire (V. notre thèse, *Le déséquilibre significatif*, à paraître à la LGDJ, n^{os} 767 et s.).

Quoi qu'il en soit, ces premiers arrêts montrent que les règles spéciales et de droit commun s'articulent autour de jeux d'influence réciproques, les unes et les autres s'enrichissant tour à tour, que cela tienne au déséquilibre significatif créé par une clause ou au filtre préalable constitué par la soumission à celle-ci ou son absence de négociabilité.

S. Chaudouet

Points de vue pratiques

CA Versailles, 12 mars 2020, n° 19/07463

Extension de la clause compromissoire à des non signataires dans le cadre d'une distribution internationale

Faits et procédure. En avril 2007, la société américaine Stanley Assembly Technologies (SAT), société du groupe Stanley Black et Decker, et la société espagnole Euro Herramientas (EH) ont signé un contrat de distribution des produits Stanley en Espagne et au Portugal, pour une durée d'un an, contenant une clause de renouvellement chaque année par accord exprès écrit entre les parties. Ce contrat renfermait une clause compromissoire prévoyant que tout « litige, controverse ou réclamation découlant de ou se rapportant au présent accord ou à la violation, à la résiliation ou à l'invalidité de celui-ci sera définitivement réglée selon les règles du présent contrat, l'American Arbitration Association alors en vigueur par un ou plusieurs arbitres nommés conformément auxdites règles. Le lieu d'arbitrage sera Hartford Connecticut. Les dispositions de cet article resteront en vigueur après la résiliation du contrat ». En octobre 2008, SAT a informé EH que l'accord ne serait pas renouvelé en 2009. Estimant que la relation s'était poursuivie par la suite mais sans contrat écrit avec une autre société du groupe, la société anglaise Stanley Works Limited (SWL), EH assigne celle-ci en juillet 2018 devant le Tribunal de commerce de Versailles en se prévalant d'une clause attributive de juridiction figurant au bas de ses factures, pour faire valoir ses droits au titre d'un contrat de distribution et d'un contrat d'agent commercial avec SWL. Selon EH en effet, si le contrat avait été signé avec SAT, elle avait néanmoins entretenu par la suite une relation contractuelle avec SWL, comme cela résultait de factures émises par ses soins au nom de SWL avec mention d'une adresse à Trappes (adresse de SAT). Son seul et véritable interlocuteur, en dépit des mentions faites au contrat de distribution de 2007, était donc SWL agissant par sa « succursale » domiciliée à Trappes et inscrite au registre du commerce de Versailles. En conséquence, la clause compromissoire prévue au contrat de 2007 était selon EH, manifestement inapplicable, dans la mesure où SWL n'était pas partie à ce contrat, et qu'il aurait existé avec cette dernière un contrat « oral » de distribution et d'agent commercial, « distinct » du contrat de distribution conclu en 2007 avec SAT. SWL soulève alors *in limine litis* une exception d'incompétence du Tribunal saisi, au profit du tribunal arbitral de l'AAA et le Tribunal de commerce de Versailles se déclare incompétent par un jugement du 27 septembre 2019. EH interjette appel en saisissant le premier président de la Cour de Versailles, afin d'être autorisée à assigner à jour fixe, et l'affaire est évoquée dès janvier 2020.

Sans qu'il ne soit à ce stade tranché sur le fond du litige, on en voit l'enjeu premier, procédural, pour le demandeur : si la clause compromissoire n'est pas applicable dans le litige EH / SWL, celui-ci est jugé à Versailles par une juridiction étatique. Dans le cas inverse,

Points de vue pratiques

c'est dans le cadre d'un arbitrage institutionnel à Hartford, Connecticut, Etats-Unis.

Problème. Après avoir rappelé que le litige relève des règles sur l'arbitrage international sachant que le contrat d'avril 2007 a été conclu entre deux sociétés, l'une américaine (SAT) et l'autre espagnole (EH) et que la société attraitée par la société espagnole devant la juridiction française est britannique (SWT), la question était de savoir si la clause compromissoire inscrite dans le contrat de 2007 conclu entre SAT et EH est ou non inapplicable aux rapports liant EH à SWL.

Solution. Au vu des éléments du dossier, la Cour considère que SWL est intervenue auprès de EH dans le cadre de l'exécution du contrat de distribution d'avril 2007, qu'il existe un lien entre la clause compromissoire et l'action engagée par EH, que la clause peut s'étendre aux parties impliquées dans l'exécution du contrat et aux litiges qui peuvent en résulter.

Analyse. Au-delà du contentieux d'espèce relatif à un contrat de distribution ou d'agent commercial dans un contexte international, cet arrêt est une illustration de ce que la clause compromissoire peut s'appliquer *rationae personae* à d'autres que ses seuls signataires. Si des tiers peuvent se trouver attraités devant un tribunal arbitral alors qu'ils ne l'auraient pas souhaité, d'autres n'hésitent pas à invoquer l'existence d'une telle clause afin d'échapper à la justice étatique et à délocaliser, parfois bien loin, le contentieux.

Il convient avant tout de rappeler que l'article 1506 1^o CPC en matière d'arbitrage international renvoie à l'application de la règle de l'article 1148 CPC relatif à la convention d'arbitrage, qui dispose que lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est « manifestement nulle ou manifestement inapplicable ». La convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères le 10 juin 1958 (art. II, point 3) dispose quant à elle que le tribunal d'un Etat contractant, saisi d'un litige sur une question au sujet de laquelle les parties ont conclu un compromis ou sont convenues d'une clause compromissoire, renverra les parties à l'arbitrage, à la demande de l'une d'elles, « à moins qu'il ne constate que ladite convention est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée ». Ces dispositions, visées dans l'arrêt, sont le point de départ de la question classique en droit de l'arbitrage international, de l'application ou de l'extension de la clause compromissoire, à des parties non signataires du contrat qui la renferme (à *rappr.* C. Seraglini et J. Ortscheidt, Droit de l'arbitrage interne et international, 2e éd. précis Domat, n°720 et s.). Un exemple nous en est ici donné dans une situation typique où la défenderesse, qu'il s'agisse de la partie contractante ou de celle exécutante, font partie d'un même groupe.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 27 mars 2007 et familier des praticiens de l'arbitrage, a posé que « l'effet de la clause d'arbitrage international s'étend aux parties directement impliquées dans l'exécution du contrat et les litiges qui peuvent en résulter » (arrêt « ABS », Civ 1^{er}, 27 mars 2007, n° 04-20842, Bull. 2007, I, n° 129) faisant de « l'implication » le critère de l'extension au tiers de la clause compromissoire. L'arrêt sous commentaire s'inscrit dans cette veine. En l'espèce, il est relevé que les commandes et correspondances entre EH et SWL étaient adressées à SAT à Trappes, que la Cour désigne, assez curieusement, comme étant la « succursale » de la société SWT, alors qu'il s'agit d'une société distincte. La Cour relève aussi que les factures émises par la société EH concernent les clients visés en annexe au contrat de distribution et que les commissions sont prélevées avec des taux correspondant à ceux convenus dans le contrat de distribution de 2007. Enfin, EH ne verse aucun courriel ou autre pièce qui démontrerait l'existence d'une relation contractuelle distincte de celle générée par le contrat de distribution précité. Au vu de ces éléments d'implication de SWL dans l'exécution du contrat, la Cour considère applicable la clause compromissoire dans le litige entre SWL et EH. Elle souligne en outre que le fait que le contrat ait été résilié depuis 2007 n'y change rien, d'une part à raison de ce que le contrat prévoyait expressément que la clause survivrait après l'expiration du contrat et que, d'autre part et de façon générale, la clause compromissoire n'est pas liée à l'inexistence du contrat, sa caducité ou sa résiliation, et « reste intacte ainsi que ses effets » (principe d'autonomie de la clause. cf. art. 1447 al. 1^{er} CPC en arbitrage interne et sur renvoi à cet article opéré par l'art. 1506 CPC dans le cas d'un arbitrage international). De même et pour la Cour, la question du conflit entre la clause compromissoire et la clause attributive de compétence est sans incidence dans la mesure où s'il est établi que la clause compromissoire est « manifestement applicable », « seul critère à apprécier par le juge de l'Etat », celui-ci doit se déclarer incompétent. On soulignera l'emploi, peut-être précipité car ce n'est pas ce dont il est disposé dans l'article 1148 CPC, de « manifestement applicable » en lieu et place de « manifestement inapplicable », outre que cela ne revient pas au même.

A la différence de la situation du compromis où, une fois le litige né, les parties peuvent se soumettre à l'arbitrage en pleine connaissance de cause, l'acceptation d'une clause compromissoire à l'occasion de la signature d'un contrat de distribution internationale, peut avoir des effets déléatoires pour l'une, bénéfiques pour l'autre. Cette affaire en témoigne. Deux points de vue pratiques relativement à ce type de litige : à un premier niveau, pour une partie, la clause compromissoire ne s'accepte pas sans un minimum d'anticipation quant à ses conséquences lorsqu'il s'agira pour elle, le cas échéant, de faire valoir ses droits dans un futur parfois perçu comme très hypothétique et lointain, ou qu'il serait inconvénient à ses yeux d'évoquer au moment même de la naissance de la relation contractuelle. Il pourra pourtant en coûter à celui qui la signe les yeux fermés. L'on peut d'ailleurs prédire que EH y regardera à deux fois avant d'accepter une clause compromissoire du même style que celle qu'elle a acceptée en 2007. Il n'est aussi point interdit d'imaginer que parfois, la clause compromissoire puisse relever d'une stratégie visant à rendre par exemple plus complexe et coûteuse une action en justice et à dissuader les demandeurs d'agir. A un deuxième niveau, s'impliquer dans les affaires d'autrui peut aussi conduire, dans certaines circonstances, à se voir attrait à son corps défendant dans une procédure arbitrale rendue obligatoire aux termes d'une clause compromissoire contenue dans le contrat conclu par un autre (ou comme en l'espèce à la revendiquer bien volontiers).

J-M. Vertut

CA Rennes, 25 février 2020, n° 17/03287

Distribution sélective : la vente d'occasion est licite sous quelques réserves dans sa mise en œuvre

Faits. Un consommateur achète de nombreux produits cosmétiques de marque Chanel auprès de parfumeries agréées, se fait remettre des échantillons, et les revend en partie à une société commerciale, franchisée d'un réseau de spécialisé dans le marché des produits d'occasion.

La société CHANEL assigne le consommateur et la société commerciale exploitant le magasin de revente de produits d'occasion sur les fondements du droit de la propriété intellectuelle et de la responsabilité civile, le fondement de l'ancien article L 442-6 I 6^o du Code de commerce ayant été rejeté en première instance, rejet non contesté en appel par la maison Chanel.

Problème. Si le marché de l'occasion est un marché licite et légitime qui ne doit pas être interdit au consommateur, même s'agissant de produits soumis à un régime de distribution sélective, cela est-il sans limite ?

Solution et analyse. Dans son analyse, la Cour opère deux distinctions, l'une quant à la situation de chacun des deux défendeurs à l'action, consommateur et commerçant, l'autre quant à celle des produits proposés à la vente par le commerçant.

Concernant les défendeurs, le consommateur ayant acheté puis revendu au commerçant les produits sort indemne. Le titulaire des droits de propriété intellectuelle ne peut évoquer son droit exclusif sur la marque que dans le contexte d'une activité économique, condition figurant désormais à l'article L. 173-1 du Code de la propriété intellectuelle mais préexistante dans la jurisprudence antérieure de la CJUE. Par ailleurs, et toujours parce que les ventes n'intervenaient pas dans le cadre d'une activité économique, les restrictions et contraintes du réseau de distribution sélective ne sont pas opposables au consommateur. On pourrait toutefois s'interroger : au regard du droit de la propriété intellectuelle, des opérations multiples d'achats et de ventes peuvent-elles, lorsqu'elles atteignent un certain niveau, constituer une activité économique ? En outre la revente en toute connaissance de cause ne constitue-t-elle pas une faute engageant la responsabilité civile hors de toute activité économique. Notons qu'en matière de vente de produits de contrefaçon – ce qui n'est pas le cas ici – la qualité d'opérateur économique ou non est indifférente.

Concernant le magasin revendeur, la Cour mène l'analyse selon la nature et l'état des produits proposés. *S'agissant des échantillons,* la mention « Echantillon gratuit - Ne peut être vendu » est exclusive d'une mise dans le commerce. « Ainsi le titulaire de la marque, malgré la remise de l'échantillon au consommateur, a conservé les droits qui lui étaient conférés par cette titularité ». Elle ajoute : « Il n'y a ainsi pas eu transfert de propriété et le titulaire de la marque qui avait fabriqué et distribué ces échantillons était fondé à les remettre ou les faire remettre à de potentiels clients pour un usage restreint excluant leur revente. Il s'ensuit que la société CHANEL est fondée à imputer au commerçant un usage illicite de sa marque ». Si le raisonnement lié à l'usage restreint excluant la revente et menant à la conclusion est clair, l'absence de transfert de propriété évoquée ici l'est moins, un transfert de propriété pouvant intervenir hors de toute vente. A défaut de transfert de propriété, quel serait le mécanisme juridique permettant au