

La décision du mois

Baux commerciaux et commerces intégrés – Dans un arrêt du 19 janvier 2005, la Cour de Cassation vient de reconnaître le bénéfice du statut des baux commerciaux à un magasin implanté dans l'**enceinte d'un hôtel**. Pour fonder sa décision, la Cour renonce à l'ancien critère de "l'autonomie de gestion" et considère qu'un commerçant peut bénéficier du statut dès lors qu'il bénéficie (1) d'un **local stable et permanent**, (2) d'une **clientèle propre** et que (3) le fait qu'il soit implanté dans un ensemble plus vaste ne lui impose pas "des **contraintes incompatibles avec le libre exercice de son activité**", étant précisé – et le point est d'importance – que la Cour a considéré que le fait que le commerçant intégré soit contraint de **respecter des horaires** d'ouverture et de fermeture imposés par le règlement intérieur de l'hôtel ne constituait pas une telle contrainte.

Cette nouvelle jurisprudence devrait avoir pour conséquence d'élargir le nombre des bénéficiaires du statut : on songera notamment aux salons de thé, espaces de restauration ou instituts de beauté qui se sont récemment implantés dans divers types de magasins (dont les magasins de prêt-à-porter et les grands magasins) et qui, sur des emplacements stables permanents, spécifiquement aménagés, drainent à eux une clientèle propre.

Les corners ne devraient en revanche pas bénéficier de cette évolution, les conditions de stabilité de l'emplacement et d'autonomie de la clientèle faisant généralement défaut.

En Bref

Facturation des intérêts de retard – Les statistiques démontrent que les trois quarts des entreprises ne facturent aucun intérêt de retard à ceux de leurs clients qui ne respectent pas les délais de paiement convenus. Cette apparente clémence a en réalité deux causes : d'une part, la facturation des intérêts est, sur un plan purement commercial, souvent difficile à mettre en œuvre et, d'autre part, les outils comptables dont disposent la majorité des entreprises ne sont pas adaptés.

Il n'en demeure pas moins que depuis 2001, l'article L. 441-6 du code de commerce **oblige** les entreprises (sous peine d'une amende de 15.000 euros) à mentionner dans leurs conditions de vente et à faire figurer sur leurs factures le taux d'intérêt des **pénalités de retard** applicables en cas de non paiement de la facture à bonne date. Ce taux d'intérêt – qui ne peut être inférieur à 1,5 fois le taux d'intérêt légal – s'applique **de plein droit**, sans mise en demeure préalable, dès le lendemain de la date d'exigibilité.

Une fois que l'entreprise a, en application de la loi, mis ses conditions de règlement et ses factures en conformité avec ce texte d'ordre public, une question essentielle demeure : **doit-elle facturer** les intérêts de retard à ses clients négligents et une fois facturés, doit-elle les recouvrer ?

Clairement, l'article L. 441-6 du code de commerce ne l'y oblige pas : dire que les intérêts sont exigibles ne signifie pas, du point de vue du droit commercial, qu'ils doivent être exigés.

En revanche, le **droit fiscal** aurait pu retenir la solution contraire et considérer que les intérêts exigibles sont nécessairement imposables, même s'ils ne sont ni facturés, ni encaissés, la décision arbitraire du contribuable de ne pas recouvrer des sommes qui lui sont légalement dues ne pouvant – sauf le cas de l'abandon de créance justifié – avoir pour effet de réduire son assiette imposable.

Cette solution, que beaucoup redoutaient puisqu'elle aurait contraint les entreprises à choisir entre deux maux : facturer et recouvrer les intérêts dès le premier jour de retard (au risque de se fâcher avec leurs meilleurs clients) ou prendre le risque d'un redressement fiscal, a finalement été écartée par la **loi de finances pour 2005** (loi n° 2004-1484 du 30 décembre 2004).

Reconduisant – mais cette fois-ci, sans limitation de durée – la solution qu'il avait retenue dans la loi de finances pour 2002, le législateur, modifiant l'article 237 sexties du code général des impôts, vient de préciser que les intérêts de retard prévus par l'article L. 441-6 du code de commerce ne sont taxables qu'au titre de l'exercice durant lequel ils sont **encaissés par le créancier**.

Clauses de non-concurrence : un maniement délicat

Les entreprises insèrent très fréquemment dans leurs contrats des clauses par lesquelles elles imposent à leur cocontractant de ne pas exercer d'activité de nature à leur faire concurrence, soit pendant la durée d'exécution du contrat, soit pendant une certaine durée postérieurement à sa cessation, soit parfois les deux.

Dans tous les domaines du droit des affaires - contrats de distribution ou de partenariat, cession de fonds de commerce ou de société -, ces stipulations suscitent de la part des entreprises un attrait tel qu'elles en deviennent de véritables **clauses de style** alors même qu'elles demeurent, en réalité, d'un **maniement délicat**.

En effet, outre le fait que leur **rédaction** nécessite une attention toute particulière, leur **validité** même est conditionnée par le respect d'un certain nombre de **conditions**.

1. En dehors des règles légales propres à tel ou tel type de contrat (tel que, par exemple, le contrat d'agent commercial), les clauses de non-concurrence doivent tout d'abord être limitées dans le **temps** ou dans **l'espace**, ainsi qu'au regard de **l'activité** dont l'exercice est interdit.

A défaut, en posant une interdiction générale et absolue, elles portent une atteinte jugée inacceptable à la **liberté du commerce et de l'industrie** et encourent de ce fait la **nullité**, les juges ayant néanmoins le pouvoir de préférer à cette sanction une simple réduction du champ d'application de la clause.

Mais au-delà de ces critères formalistes traditionnels, les juges vérifient aujourd'hui de manière **globale et concrète** que l'obligation de non-concurrence est justifiée par un **intérêt légitime** et que l'atteinte portée à la liberté du partenaire est strictement **nécessaire et proportionnée** à la protection de cet intérêt.

Toute clause de non-concurrence doit donc être justifiée par des **impératifs** propres à l'entreprise (protection de sa clientèle, de son savoir-faire secret ou d'informations confidentielles, préservation de l'identité du réseau etc...) et être, en outre, proportionnée aux risques effectivement encourus par l'entreprise. Dans le cas contraire, le juge pourra annuler la clause ou en réduire la portée.

En conséquence, et plutôt que d'encourir une nullité qui priverait l'entreprise de toute protection, il convient d'enfermer la clause de non-concurrence dans des limites raisonnablement définies dans le temps, dans l'espace, mais également dans son objet, voire même de ne l'imposer qu'à des partenaires réellement susceptibles de menacer les intérêts de l'entreprise (en contact direct avec la clientèle) ou de faire le choix de clauses moins restrictives de liberté (clause de confidentialité ou d'interdiction de démarchage).

2. Par ailleurs, une clause de non-concurrence est susceptible, dans certaines circonstances, de constituer une **entente illicite** ou un **abus de position dominante** ayant pour objet ou pour effet de fausser le libre jeu de la concurrence. Là encore, les autorités de concurrence adoptent une approche *in concreto* des accords pour évaluer leurs effets anticoncurrentiels sur le marché. En toutes hypothèses, la clause doit garder un caractère accessoire par rapport à la convention principale (elle ne peut en effet avoir pour objet direct d'effectuer un partage de marché) et être **nécessaire et proportionnée** à l'exécution de celle-ci.

Dans ce domaine, le **droit communautaire de la concurrence** - qui s'applique aux accords ayant un impact communautaire, mais constitue également un guide d'analyse pour les instances françaises lorsqu'elles examinent des accords purement nationaux - ajoute ses propres contraintes en limitant la durée de certaines clauses de non-concurrence (1).

3. Dans le cadre d'une **opération de concentration**, une clause de non-concurrence stipulée accessoirement à une **cession d'entreprise** ou à la **création d'une entreprise commune** doit, pour être valable, être justifiée par la nécessité de protéger le nouvel acquéreur ou l'entreprise commune de la concurrence de ses partenaires, ce qui implique qu'elle soit limitée aux zones géographiques et aux produits concernés par l'opération et, dans le temps, à une **période de démarrage**, évaluée à **deux ou trois ans** selon les situations (la durée ne pouvant s'étendre à la durée de vie d'une filiale commune que s'il existe des justifications économiques spécifiques) (2).

4. Enfin, certains auteurs - suivis par certains juges du premier degré - souhaiteraient renforcer encore le contrôle de l'équilibre contractuel en imposant aux créanciers des clauses de non-concurrence l'obligation d'octroyer une **contrepartie financière** à leurs partenaires. Aujourd'hui acquise pour les **salariés** (3), cette obligation pourrait, en particulier, être étendue au contrat de **franchise** dans lequel le franchisé, bien que propriétaire de sa clientèle (4), ne perçoit pour l'heure **aucune indemnité** à sa sortie du réseau, et ceci alors même que l'obligation de non-concurrence qui pèse sur lui, l'empêche de se rétablir immédiatement et à proximité dans un commerce de même nature.

(1) Règlement communautaire n° 2790/1999 du 22 décembre 1999.

(2) Communication de la Commission n° 2001/C 188/03 relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration.

(3) voir notamment Cass. Soc., 10 juillet 2002, 3 arrêts.

(4) Cass. 3^{ème} civ., 27 mars 2002, *Trévisan*.