

### Le silence peut valoir acceptation ...

L'efficacité d'un engagement suppose en principe un **accord de volontés**, c'est-à-dire une offre précise à laquelle répond une **acceptation** pure et simple. Normalement, donc, « *le silence gardé par le bénéficiaire de l'offre ne saurait à lui seul valoir acceptation* » (depuis Cass. Civ. 25 mai 1870). La jurisprudence admet cependant des exceptions à ce principe ; ainsi, **le silence vaut acceptation** :

- lorsque les parties sont en **relations d'affaires** et que l'offre s'intègre dans le schéma qui est le leur ; l'acceptation est alors présumée ;
- lorsque la loi - ou un usage professionnel relevé en jurisprudence - impose que **le refus soit exprès** (avis d'opéré en matière bancaire par exemple) ;
- lorsque l'offre est faite au **bénéfice exclusif du bénéficiaire** (offre de remise de dette par exemple) ;
- ou lorsque « **les circonstances permettent de donner à ce silence la signification d'une acceptation** » (Cass. 1<sup>ère</sup> Civ. 24 mai 2005).

La Cour de cassation vient de rappeler cette dernière solution dans une espèce récente (Cass. Com. 18 janvier 2011).

En l'espèce, les médecins et actionnaires d'une clinique privée placée en redressement judiciaire s'étaient engagés à apporter en compte courant près de 400.000 euros pour permettre l'adoption d'un plan de continuation. L'offre n'avait toutefois pas été expressément acceptée et ceux qui l'avaient émise s'en estimaient en conséquence déliés. La Cour de cassation en a jugé autrement, considérant que, dans le contexte d'espèce où la survie de la société était en jeu, l'offre de financement, bien que non expressément acceptée, liait irrévocablement ses émetteurs.

### ... mais pas toujours !

La Cour de cassation a, à l'inverse, adopté une solution plus rigoureuse en matière de clause attributive de compétence (Cass. Com. 18 janvier 2011).

Une société française, s'estimant victime d'une rupture brutale des relations commerciales établies avec un partenaire espagnol, avait assigné ce dernier devant le Tribunal de commerce de Nanterre.

La requérante s'appuyait pour ce faire sur une clause attributive de compétence **figurant dans ses CGV et au dos de ses bons de commande**, clause que la société de droit espagnol n'avait jamais contestée en 5 années

de relations. La Cour de cassation a pourtant considéré que **l'acceptation de la clause par la société espagnole n'était pas démontrée** et que la clause ne s'appliquait donc pas.

L'arrêt marque un retour à la sévérité en cette matière : la première chambre civile avait, au contraire, récemment jugé que **l'acceptation pouvait résulter du silence circonstancié**, et spécialement du fait que la clause figurant dans des documents échangés au cours de relations d'affaires continues et anciennes n'avait jamais été contestée (Cass. 1<sup>re</sup> Civ. 17 février 2010).

**Conclusion** : l'absence de formalisme est, en la matière, mère de tous les dangers !

### 2 partenaires successifs, 1 relation commerciale établie ?

On sait que l'article L. 442-6 I 5° du code de commerce impose à l'auteur d'une rupture de relation commerciale établie d'accorder à son partenaire un préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale.

On sait moins, en revanche, que la jurisprudence tend à considérer qu'une **relation commerciale** peut être **continue, quand bien même deux cocontractants se sont succédé**, dès lors que le repreneur a, dans les faits, **poursuivi la relation commerciale** initiale.

Dans une première espèce où une société avait repris une activité de fourniture de carburant, la Cour de cassation a ainsi reproché à la Cour d'appel de ne pas avoir recherché si la relation commerciale avait perduré alors qu'elle avait constaté que la seconde société avait **repris par avenant certains engagements** de son prédécesseur (Cass. Com. 29 janvier 2008).

Dans une autre affaire, la Cour d'appel de Paris a, de façon moins inattendue, considéré que la **reprise d'une activité par la filiale à 100%** du contractant initial avait eu pour effet de prolonger la relation commerciale préalablement établie (CA Paris 14 mai 2009).

Cette jurisprudence donne à la notion de « relation commerciale établie » une nouvelle dimension puisque celle-ci peut survivre à un changement de cocontractant, dès lors que **l'objet de la relation reste inchangé**. Cette solution, qui peut permettre de déjouer des fraudes (changement de partenaire en fin de relation imposé pour éluder le préavis), n'en est pas moins excessivement rigoureuse pour le continuateur du contrat lorsqu'il est totalement étranger à la relation initiale. Jurisprudence à suivre ...

## Le recours aux clauses de non-concurrence : un réflexe qui mérite réflexion

Les entreprises insèrent très fréquemment dans leurs contrats des clauses de « non concurrence » ou de « non rétablissement » par lesquelles elles imposent à leur cocontractant de ne pas exercer, **postérieurement à la cessation** du contrat et pendant une certaine durée, d'activité susceptible de les concurrencer. Dans tous les domaines du droit des affaires, ces stipulations suscitent de la part des entreprises un attrait tel qu'elles en deviennent de véritables **clauses de style**. Pourtant, ces clauses, qui ne sont pas sans risque, devraient être employées avec prudence (1), et ce d'autant plus que leur utilité ne va pas toujours de soi (2).

1. L'insertion d'une clause de non concurrence suppose le respect d'un certain nombre de conditions, sauf à prendre des risques non négligeables.

(i) Les clauses de non concurrence doivent tout d'abord être **limitées dans le temps** et 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**.

En sus de ce contrôle formel, les juges exercent également un véritable **contrôle d'opportunité** et vérifient, de manière **globale et concrète**, que l'obligation de non concurrence est justifiée par un **intérêt légitime** de l'entreprise en faveur de laquelle elle est stipulée et que l'atteinte qu'elle porte à la liberté du partenaire est strictement **nécessaire et proportionnée** à la protection effective de cet intérêt.

On ne peut, par exemple, prévoir une clause de non concurrence pour protéger le savoir-faire d'une tête de réseau qu'à la condition que ce savoir-faire soit réel et démontré et qu'il risque effectivement d'être détourné au profit des réseaux visés par la clause.

(ii) La stipulation systématique de telles clauses, surtout lorsqu'elles se doublent d'une clause d'exclusivité pendant la période contractuelle - laquelle empêche le cocontractant de s'intéresser à d'autres activités de même nature pour préparer sa reconversion post contractuelle - a également pour conséquence d'**accroître certains risques**. Ces clauses peuvent ainsi instituer des situations de **dépendance économique** du débiteur de l'obligation et/ou être la marque d'un **déséquilibre significatif** entre les parties, avec le risque indemnitaire qui en résulte alors, spécialement au moment de la rupture du contrat.

(iii) On relèvera également qu'une clause de non concurrence est susceptible, dans certaines circonstances, de constituer une **entente illicite** ou un **abus de position dominante**. Les autorités de concurrence adoptent une approche pragmatique des accords pour évaluer leurs effets anticoncurrentiels potentiels sur le marché. En toute hypothèse, la clause doit garder un caractère accessoire par rapport à la convention principale et être **nécessaire et proportionnée** à l'exécution de celle-ci, ce qui implique notamment une limitation stricte quant à sa durée. En outre, la mise en œuvre concrète de la clause devra évidemment se faire en conformité avec ce qui a été écrit.

(iv) Enfin, 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 son vendeur - ou de ses actionnaires -, ce qui implique que la clause soit justifiée par « *l'objectif légitime de réalisation de l'opération* » et que sa durée, son champ d'application territorial, sa portée matérielle et personnelle soient proportionnés et nécessaires à cet objectif (Décisions 09-DCC-74, 09-DCC-79).

2. La pratique démontre que de nombreuses clauses de non concurrence sont stipulées par principe ou par habitude, et ceci alors même que le rétablissement du partenaire, y compris dans une activité parfaitement analogue à l'activité quittée, ne peut faire grief. Il en va généralement ainsi dans les contrats de distribution dans lesquels la marque est un critère de ralliement suffisamment fort pour échapper à la menace.

Par ailleurs, **d'autres types de clauses**, moins rigoureuses et donc moins critiquables, permettront souvent d'atteindre le résultat souhaité : on pense notamment aux clauses d'interdiction de démarchage des clients et prospects, aux clauses qui organisent l'usage et le sort du fichier de clientèle ainsi qu'aux clauses de non réaffiliation (Cass. Com. 28 septembre 2010, *Prodium c/ Epx B*).

En outre, certains mécanismes légaux offrent une protection qui, dans certains cas, peut s'avérer suffisante. C'est en particulier le cas de la **garantie d'éviction** (article 1626 du Code civil) due au cessionnaire par tout cédant de droits corporels ou incorporels. Cette garantie, qui n'est pas limitée dans le temps, demeure applicable même si le cédant a "racheté" son engagement de non concurrence en payant l'indemnité prévue à cet effet (Cass. Com. 15 décembre 2009, *SA Media Participations Paris c/ de Saint-Vincent*). Toutefois, si ce mécanisme s'avère très protecteur dans le cadre d'une cession de fonds de commerce, il l'est beaucoup moins dans le cadre d'une cession de droits sociaux (où l'acquéreur devra prouver que le rétablissement du cédant a été de nature à empêcher la société rachetée de poursuivre son activité économique et de réaliser son objet social).

En conclusion, il ne faut pas non plus négliger la question de **l'efficacité** de l'engagement. La clause devra donc notamment prévoir précisément (i) qui sont les débiteurs (personne morale et/ou personnes physiques) de l'engagement, (ii) quelles sont les modalités d'exercice de l'activité interdite (plutôt que de stipuler de manière laconique une obligation de non concurrence "*directe ou indirecte*", il convient de réfléchir à des interdictions concrètes telles que celle d'être consultant au profit de concurrents), (iii) les engagements accessoires à la non concurrence (tel que le non débauchage de certains salariés), (iv) et les sanctions applicables en cas de violation.