



SOMMAIRE

<p>DISTRIBUTION</p> <p>Le franchiseur n'est pas « débiteur légal » d'une obligation de fourniture d'une étude de marché CA Paris, 22 novembre 2016, n°14/14778</p> <p>Nullité du contrat de franchise et prescription CA Toulouse, 2 novembre 2016, n°15/02410 ; CA Versailles, 13 septembre 2016, n°14/05670</p> <p>Conserver la maîtrise des contrats après la réforme du droit des contrats Les précautions à prendre</p> <p>Obligation d'information précontractuelle et contrôle de la Cour de cassation Cass. civ. 1^{ère}, 3 novembre 2016, pourvoi n°15-24.886</p> <p>Vente hors réseau de distribution sélective : l'utilité des requêtes 145 du CPC Cass. com., 6 décembre 2016, pourvoi n°15-12.437</p> <p>Transport de marchandises et faute inexcusable Cass. com., 13 décembre 2016, n°15-16.027, Publié au Bulletin</p>	<p>p. 2</p> <p>p. 3</p> <p>p. 4</p> <p>p. 6</p> <p>p. 8</p> <p>p. 9</p>
<p>CONCURRENCE & CONSOMMATION</p> <p>Loi Sapin II : délais de paiement, conventions fournisseurs, CGV, pratiques restrictives de concurrence Après validation partielle par le Conseil constitutionnel (déc. n°2016-741 DC du 8 décembre 2016)</p> <p>Notion de « Stabilité prévisible » de la relation commerciale établie Cass. com., 22 nov. 2016, n° 15-15.796 ; CA Paris, 27 oct. 2016, n°15/06830 ; CA Paris, 27 oct. 2016, n°15/06765</p> <p>Rupture partielle de relation commerciale établie Avis n°16-19 relatif aux relations commerciales de fournisseurs de produits MDD avec un distributeur publié le 14 décembre 2016</p> <p>Abus de position dominante et compétence du juge des référés CA Paris, 7 décembre 2016, n° 16/15228</p> <p>Quelques évidences sur le devoir de mise en garde de la banque dispensatrice de crédit CA Rennes, 9 décembre 2016, n°12-05738</p>	<p>p. 9</p> <p>p. 12</p> <p>p. 14</p> <p>p. 15</p> <p>p. 16</p>
<p>PROPRIETE INTELLECTUELLE & NOUVELLES TECHNOLOGIES</p> <p>Du nouveau pour l'action de groupe en matière de données à caractère personnel Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016</p> <p>Nom de domaine et absence de condition de caractère distinctif Cass. com., 6 décembre 2016, n°15-18.470</p> <p>L'acquisition du caractère distinctif par l'usage Cass. com., 6 décembre 2016, n°15-19.048</p> <p>Marque tridimensionnelle CJUE, 10 novembre 2016, aff. C-30/15</p>	<p>p. 17</p> <p>p. 18</p> <p>p. 19</p> <p>p. 20</p>
<p>IMMOBILIER – CONSTRUCTION – URBANISME</p> <p>Bail commercial : les travaux prescrits par l'Administration sont à la charge du bailleur Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} décembre 2016, n°15-22.248</p> <p>Recours au juge des loyers commerciaux pour la fixation d'un loyer binaire de renouvellement Cass. civ. 3^{ème}, 3 novembre 2016, n°15-16.826 et 15-16.827</p> <p>Allongement de la durée de validité des autorisations d'exploitation commerciale Décret n°2016-1728 du 15 décembre 2016 relatif aux autorisations d'exploitation commerciale</p> <p>Responsabilité de l'architecte CA Paris, 2 décembre 2016, n° 15/06481</p>	<p>p. 21</p> <p>p. 22</p> <p>p. 23</p> <p>p. 23</p>
<p>INTERNATIONAL</p> <p>Règlement Rome II et rupture des relations commerciales établies CA Paris, 5 décembre 2016, n°15-16768</p> <p>Pratique commerciale déloyale au sens de la directive 2005/29/CE Cass. civ. 1^{ère}, 14 décembre 2016, n° 14-11.437</p> <p>Le contrôle du Conseil d'Etat sur une sanction rendue en matière d'arbitrage international CE, 9 novembre 2016, Req. n°388806, Publié au recueil Lebon</p>	<p>p. 24</p> <p>p. 25</p> <p>p. 26</p>
<p>ACTUALITÉ SIMON ASSOCIÉS</p>	<p>p. 27</p>

*Réseau SIMON Avocats

**Convention Organique Internationale

DISTRIBUTION

Le franchiseur n'est pas « débiteur légal » d'une obligation de fourniture d'une étude de marché

CA Paris, 22 novembre 2016, n°14/14778

Ce qu'il faut retenir :

La Cour d'appel de Paris vient de juger, par une décision erronée en droit, que le franchiseur se trouverait « débiteur légal » d'une obligation de fourniture d'une « étude de marché » au profit du franchisé.

Pour approfondir :

Statuant sur le recours formé contre une sentence arbitrale, la Cour d'appel de Paris a tout récemment retenu : « Considérant que, contrairement à ce que prétendent les recourantes, une telle décision, qui met la responsabilité du fait de l'insuffisance de l'étude de marché à la charge du franchiseur, débiteur légal de l'obligation de fourniture de ce document, ne méconnaît aucun principe d'ordre public ».

La décision commentée participe d'une confusion, qu'il convient de dissiper en rappelant l'état du droit positif.

En premier lieu, si le franchiseur est débiteur de l'obligation, de source légale (C. com., art. R.330-1, 4°), de fournir un « état **général** et **local** du marché », il n'est certainement pas débiteur légal d'une obligation de fournir une « étude de marché », ainsi que la Cour de cassation et les juridictions du fond s'attachent à le rappeler toutes les fois qu'un plaideur tente d'entretenir la confusion entre ces notions. Citons quelques exemples jurisprudentiels bien connus affirmant l'exact contraire de la décision commentée :

- Cass. com., 25 mars 2014, n°12-29675 : « Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir rappelé à bon droit que, si les articles L. 330-3 et R 330-1 du code de commerce mettent à la charge du franchiseur la communication d'un état et des perspectives du marché concerné, elles ne lui imposent pas la fourniture d'une étude du marché local, l'arrêt, par motifs propres et adoptés, relève que le document d'information précontractuelle qui a été remis à M. X... mentionnait les principales enseignes présentes sur la zone ainsi que des données économiques, et qu'il comportait

l'avertissement que l'évolution récente du réseau ne permettait pas la communication de chiffres significatifs pour les agences spécialisées de location, invitant les parties à une prudence particulière dans l'analyse des potentialités du marché ; (...) qu'en l'état de ces motifs déduits de son appréciation souveraine, d'où il ressort que la société M... avait, avant de signer le contrat de franchise, reçu les informations disponibles lui permettant de s'engager en connaissance de cause, la cour d'appel a pu rejeter la demande d'annulation fondée sur ce motif » ;

- Cass. com., 28 mai 2013, n°11-27256 : « Mais attendu, d'une part, que l'arrêt retient que (...) s'il appartenait effectivement au franchiseur de présenter l'état général et local du marché, le candidat à la franchise devait réaliser lui-même une étude précise du marché local et que, compte tenu du temps dont M. X... avait disposé pour affiner son appréciation du marché local, les éventuels manquements à telle ou telle exigence légale n'auraient pu, de toute façon, être constitutifs d'un dol ou d'une erreur de nature à vicier son consentement ; que de ces constatations et appréciations souveraines, la cour d'appel a pu déduire que M. X... ne rapportait pas la preuve d'un vice du consentement » ;

- Cass. com., 11 févr. 2003, n°01-03932 : « Mais attendu, d'une part, qu'ayant énoncé à bon droit, que la loi ne met pas à la charge du franchiseur une étude du marché local et qu'il appartient au franchisé de procéder lui-même à une analyse d'implantation précise, l'arrêt a fait l'exacte application de l'article (...) L. 330-3 du Code de commerce, en retenant, aux termes du motif critiqué, que, dans le cas où une telle information était donnée, ce texte met à la charge du franchiseur une présentation sincère du marché local ».

L'« état général et local du marché » prévu par le texte précité désigne des données brutes ne comportant aucune part d'analyse, alors que l'« étude de marché » consiste, tout au contraire, en une analyse poussée des données chiffrées propres à un marché, qui peut comprendre des observations réalisées sur la zone de chalandise, y mesurer l'impact de la concurrence, analyser le comportement des populations cibles, réaliser des différents sondages auprès de la clientèle locale, faire état d'enquêtes réalisées auprès de professionnels ou d'études émanant d'organismes spécialisés, voire formuler des recommandations permettant au franchisé de s'adapter aux spécificités éventuelles du marché considéré.

L'étude de marché est le préalable utile, souvent même nécessaire, à la détermination d'un chiffre d'affaires prévisionnel, qu'elle évalue parfois. Pour le cas où le franchiseur, quoique non tenu légalement de le faire, aurait remis une telle étude au franchisé, celle-ci doit alors être sincère (Cass. com., 1^{er} oct. 2013, n°12-23337). Tout cela est parfaitement cohérent.

En second lieu, le franchisé est débiteur d'une obligation, de source jurisprudentielle, d'établir une étude de marché. En effet, sauf accord contraire des parties, la jurisprudence fait peser sur le franchisé une obligation de procéder lui-même (ou de faire procéder) à une telle étude de marché.

L'obligation pesant ainsi sur le franchisé est constamment rappelée par la Cour de cassation et les juridictions du fond (Cass. com., 28 mai 2013, préc. ; v. aussi, par ex., CA Paris, 2 juill. 2014, n°11/19239 ; CA Paris, 7 oct. 2015, n°13/09827). Elle est le corollaire du devoir du franchisé de se renseigner.

A rapprocher : notre étude : « Le devoir du franchisé de se renseigner » (mai 2015) ; voir également la jurisprudence précitée : Cass. com., 25 mars 2014, n°12-29675 ; Cass. com., 28 mai 2013, n°11-27256 ; Cass. com., 11 févr. 2003, n°01-03932 ; Cass. com., 1^{er} oct. 2013, n°12-23337 ; CA Paris, 2 juill. 2014, n°11/19239 ; CA Paris, 7 oct. 2015, n°13/09827 ; voir enfin les observations de notre confrère Serge Meresse relatives à l'arrêt commenté (à paraître à la Revue L'Essentiel, Droit de la Distribution et de la concurrence, Janvier 2017).

Nullité du contrat de franchise et prescription

CA Toulouse, 2 novembre 2016, n°15/02410 ;
CA Versailles, 13 septembre 2016, n°14/05670

Ce qu'il faut retenir :

La prescription quinquennale est parfois d'application large (1^{ère} esp.) ; l'exception de nullité n'est que rarement perpétuelle (2^{nde} esp.).

Pour approfondir :

Dans la première espèce (CA Versailles, 13 sept. 2016, n°14/05670), un franchisé avait assigné afin d'obtenir l'annulation du **contrat de franchise pour dol ou erreur**,

avant l'expiration du délai de 5 ans prévu à l'article 1304 du code civil, puis sollicité, en cours de procédure, postérieurement à l'expiration du délai précité, la **nullité de ce contrat pour absence de cause**.

La Cour retient que « *si l'interruption de la prescription ne peut s'étendre d'une action à l'autre, il en est autrement lorsque les deux actions tendent au même but* », de sorte que la demande formée par voie de conclusions tendait bien au même but que celle formée dans l'assignation – l'anéantissement du contrat –, et avait donc valablement interrompu la prescription. La solution est conforme à l'état du droit positif.

Dans la seconde espèce (CA Toulouse, 2 nov. 2016, n°15/02410), face à l'assignation en paiement délivrée par le franchiseur, le franchisé avait opposé l'exception de nullité du contrat de franchise, pour non-respect des **informations pré-contractuelles**, après l'expiration du délai de 5 ans prévu à l'article 1304 précité, considérant qu'une telle exception est perpétuelle.

Pour juger cette exception de nullité prescrite, l'arrêt retient que « *la règle selon laquelle l'exception de nullité est perpétuelle ne s'applique que si l'action en exécution de l'obligation litigieuse est introduite après l'expiration du délai de prescription de l'action en nullité* » ; la solution est connue (Cass. com., 26 mai 2010, n°09-14.431, Publié au Bulletin).

L'arrêt rappelle aussi, à juste titre, que cette exception ne trouve pas à s'appliquer lorsque le contrat a « *reçu exécution* » ; il est vrai qu'à compter de l'expiration de la prescription de l'action en nullité, l'exception de nullité ne peut être invoquée que pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte juridique qui n'a pas encore été exécuté (Cass. civ. 2^{ème}, 17 nov. 2016, n°15-26.140), peu important que la nullité soit relative ou absolue (Cass. civ. 1^{ère}, 24 avr. 2013, n°11-27.082, Publié au Bulletin).

La règle selon laquelle « *l'exception de nullité ne se prescrit pas si elle se rapporte à un contrat qui n'a reçu aucune exécution* » est désormais inscrite au nouvel **article 1185 du code civil**, issue de la réforme du droit des contrats.

A rapprocher : Cass. civ. 2^{ème}, 17 nov. 2016, n°15-26.140 ; Cass. civ. 1^{ère}, 24 avr. 2013, n°11-27.082, Publié au Bulletin ; Cass. com., 26 mai 2010, n°09-14.431, Publié au Bulletin.

**Conserver la maîtrise des contrats
après la réforme du droit des contrats**
Les précautions à prendre

Ce qu'il faut retenir :

Les dispositions issues de la réforme du droit des contrats peuvent être aménagées ou écartées par l'introduction de clauses adéquates permettant de ne pas subir les effets néfastes de cette réforme, donc de conserver la maîtrise des contrats face au juge, aux distributeurs et aux tiers.

Pour approfondir :

Vous le savez, le 1^{er} octobre 2016 est entrée en vigueur l'ordonnance n°2016-131 portant, notamment, réforme du droit des contrats. Cette réforme est particulièrement significative en ce qu'elle modifie la colonne vertébrale du droit des contrats tel que nous le connaissons.

La liberté contractuelle est amoindrie et le nombre de dispositions a considérablement augmenté. Cette réforme résulte d'une volonté politique affirmée de protection accrue de la partie qualifiée de « plus faible ».

Appliquées aux contrats d'affaires, notamment aux contrats de distribution, les nouvelles règles issues de la réforme pourront conduire à protéger, parfois de manière excessive, les distributeurs au détriment des têtes de réseaux.

Fort heureusement, la majorité des dispositions issues de la réforme peuvent être aménagées ou écartées par l'introduction dans vos contrats de clauses adéquates permettant de ne pas subir les effets néfastes de la réforme, donc de conserver la maîtrise de vos contrats face :

- (I.) au juge,
- (II.) aux distributeurs,
- (III.) aux tiers.

I. CONSERVER LA MAITRISE DE VOTRE CONTRAT FACE AU JUGE

La réforme offre au juge des prérogatives inédites et exorbitantes qui lui permettront, plus que jamais, de s'immiscer dans vos contrats (A.) ou de l'interpréter dans un sens défavorable à la tête de réseau en cas d'imprécision ou d'obscurité (B.).

A. Assurer l'intangibilité et l'efficacité du contenu du contrat

1. Prévoir précisément la procédure applicable entre les parties en cas de survenance d'un événement imprévisible – En l'absence de stipulation contraire des parties, le **nouvel article 1195 du Code civil** prévoit un mécanisme de révision ou de résiliation pour imprévision qui conduira *in fine*, en cas de désaccord entre les parties sur les termes d'une renégociation, à la révision du contrat ou sa résiliation par le juge, à la date et aux conditions qu'il fixe.

Ce dispositif nous semble particulièrement dangereux et nous semble devoir être écarté expressément au profit d'une clause qui devra prévoir un dispositif de révision valable autant juridiquement (c'est le minimum) qu'opérationnellement.

2. Identifier et motiver efficacement les clauses sensibles de vos contrats – Le **nouvel article 1171 du Code civil** répute « non écrite » toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties dans un contrat d'adhésion. Pour vous prémunir contre ce risque, il est nécessaire, dans un premier temps, d'identifier les clauses de vos contrats qui pourraient créer un déséquilibre afin, dans un second temps, de les motiver de manière adéquate pour en assurer le maintien par le juge.

3. Préciser les causes de résiliation anticipée de vos contrats en cas d'inexécution par le distributeur – Les **nouveaux articles 1224 et suivants du Code civil** prévoient les cas dans lesquels le contrat peut être résilié en cas d'inexécution du cocontractant ; cela est possible, soit par application d'une clause résolutoire, quelle que soit la gravité de l'inexécution, soit par décision de justice ou notification, en cas d'inexécution suffisamment grave.

Le plus grand soin devra être apporté à la rédaction des clauses résolutoires, dès lors qu'au regard de la rédaction des nouveaux textes, il existe une incertitude sur la validité des clauses « balais » qui s'appliqueraient pour « tout manquement ». Nous préconisons donc, en plus de revoir l'organisation générale de la résiliation anticipée du contrat, de réécrire vos clauses résolutoires pour en assurer la validité et l'efficacité hors l'intervention, nécessairement aléatoire, d'un juge.

B. Ne laisser aucune place à l'interprétation par le juge de votre contrat – Le **nouvel article 1190 du Code civil** énonce que, dans le doute, le contrat d'adhésion

s'interprète « *contre celui qui l'a proposé* » ; soit, en règle générale, contre la tête de réseau. Pour vous prémunir contre ce risque, il sera nécessaire d'auditer votre contrat, au regard notamment de la pratique décisionnelle des juridictions, afin de supprimer toute source de doute qui pourrait faire dépendre l'efficacité de votre contrat de l'intervention du juge.

II. CONSERVER LA MAITRISE DE VOTRE CONTRAT FACE AUX DISTRIBUTEURS

La réforme crée des prérogatives exorbitantes au profit des contractants qui constituent autant d'armes redoutables dont pourraient se prévaloir les distributeurs ; il conviendra de les écarter expressément (A.). En outre, la réforme conduit à s'interroger sur les informations à échanger entre les parties préalablement à la conclusion du contrat afin d'éviter que le distributeur ne se plaigne de ne pas avoir été suffisamment informé (B.).

A. Ecartier expressément certaines prérogatives exorbitantes dont le distributeur pourrait se prévaloir

1. Ecartier expressément la faculté pour une partie de suspendre ses obligations au cas où elle anticiperait le manquement, par l'autre partie, à ses propres obligations – Ce nouveau dispositif est issu de l'**article 1220 du Code civil** ; il nous paraît dangereux tout d'abord du fait de l'imprécision des termes qu'elle emploie (inexécution « *manifeste* » et conséquences « *suffisamment graves* ») mais également du fait des situations de blocage que son application pourrait provoquer dans le cas particulier des réseaux de distribution.

2. Ecartier expressément la faculté pour une partie de réduire unilatéralement le prix qu'elle paie dans le cas d'une exécution imparfaite de ses obligations par l'autre partie – Dans la même veine que l'article 1220 évoqué ci-dessus, l'**article 1223 du Code civil** permet à une partie, unilatéralement, après une mise en demeure, d'accepter une exécution imparfaite du contrat et solliciter une réduction proportionnelle du prix. Là encore, la notion d'inexécution imparfaite du contrat nous paraît très imprécise et, donc, dangereuse. En outre, un débat ne manquera pas de s'élever sur le quantum de l'inexécution permettant une réduction proportionnelle du prix. Ce dispositif nous paraît particulièrement défavorable aux têtes de réseau de distribution, qui détiennent une créance de prix sur leurs distributeurs, et qui ne manqueront pas de se voir opposer une telle réduction unilatérale du

prix pour le moindre reproche formulé par le distributeur. Une réflexion doit donc être menée sur le fait d'écarter cette disposition.

3. Eviter d'être en présence d'un groupe de contrats au sens de l'article 1186 du Code civil, et de laisser l'opportunité au distributeur de tirer argument de la disparition d'un contrat pour échapper à l'exécution d'un autre – Le **nouvel article 1186 du Code civil** prévoit que lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie. Afin d'éviter par exemple qu'un distributeur ayant obtenu l'anéantissement d'un contrat lié à l'exécution d'un contrat de franchise (ex. contrat d'approvisionnement) puisse se prévaloir de la caducité de ce dernier, il nous semble indispensable d'écarter le jeu de l'article 1186 du Code civil.

B. Déterminer les informations à fournir au distributeur/à faire fournir par le distributeur préalablement à la conclusion du contrat – L'**article 1112-1 du Code civil** rend désormais chaque partie débitrice d'un devoir d'information précontractuelle à l'égard de l'autre. Ce devoir, bien connu des franchiseurs, est donc étendu à tous types de contrats et à tous les contractants. Il conviendra donc d'intégrer dans vos contrats des déclarations adéquates des parties.

III. CONSERVER LA MAITRISE DE VOTRE CONTRAT FACE AUX TIERS

La réforme introduit enfin la possibilité pour les tiers au contrat de s'en prévaloir et de contraindre les parties. Ces nouvelles dispositions doivent être connues pour être anticipées et encadrées.

A. Maîtriser l'action interrogatoire des tiers – L'**article 1123 du Code civil** prévoit la faculté pour un tiers de questionner une partie sur l'existence d'un pacte de préférence dans le contrat et la volonté de ladite partie de s'en prévaloir. A défaut de réponse, la partie interrogée ne pourra plus solliciter sa substitution au contrat conclu avec le tiers ou la nullité du contrat. Les clauses de préemption sur les fonds de commerce et/ou titres de société du distributeur étant des pactes de préférence, les têtes de réseau qui prévoient dans leurs contrats une telle clause doivent être particulièrement informées.

B. Anticiper la cession du contrat à un tiers – Les **articles 1216 et suivants du Code civil** réglementent désormais la capacité pour une partie de céder le contrat à un tiers.

Il est indispensable de déterminer précisément dans les contrats si chacune des parties est autorisée (ou non) à céder ses obligations issues du contrat à un tiers et, dans l'affirmative, de prévoir les conditions dans lesquelles le cédant sera libéré de ses obligations ou restera lié avec le cessionnaire.

A rapprocher : Colloque du 28 juin 2016 : "Les impacts de la réforme du droit des contrats sur les réseaux de distribution"

Obligation d'information précontractuelle et contrôle de la Cour de cassation

Cass. civ. 1^{ère}, 3 novembre 2016, pourvoi n°15-24.886

Ce qu'il faut retenir :

La Cour de cassation procède parfois à un contrôle restreint de la motivation des arrêts de cours d'appel relatifs à l'obligation d'information précontractuelle.

Pour approfondir :

Estimant que le franchiseur avait commis un dol à leur égard, en ne respectant pas les exigences des articles L.330-3 et R.330-1 du Code de commerce, le franchisé et son dirigeant l'avaient assigné en **nullité du contrat de franchise**.

En substance, ils reprochaient au franchiseur :

- de leur avoir sciemment dissimulé les raisons pour lesquelles l'exploitation du précédent franchisé, situé sur le territoire sur lequel ils étaient eux-mêmes candidats, à 500 m de leur propre restaurant, s'était soldée par un échec ;
- d'avoir manqué à son obligation de présenter loyalement le réseau d'exploitants et le nombre d'entreprises ayant cessé de faire partie de ce réseau au cours de l'année précédant la délivrance du DIP ;
- de leur avoir transmis des chiffres prévisionnels erronés afin de la convaincre d'adhérer au réseau.

La Cour d'appel (CA Colmar, 24 juin 2015, inédit) avait suivi le raisonnement du franchisé et de son gérant et avait prononcé la nullité du contrat de franchise, au motif que le franchiseur avait transmis « *des informations qui ne peuvent être qualifiées d'erreur de sa part mais qui, à l'opposé, par leur caractère erroné et dénué de sérieux, sont révélatrices de la volonté délibérée de sa part de tromper le consentement de son cocontractant* ».

Le moyen unique présenté au soutien du pourvoi s'articulait comme suit :

- le dol n'est constitué que lorsque les manœuvres dolosives ont entraîné une erreur du cocontractant ; qu'au cas présent, la société franchiseur faisait valoir devant la cour d'appel que, dans la mesure où il était constant que M. X... avait été informé de l'adresse du précédent point de vente à Mérignac et que celui-ci se situait à 500 m de son propre point de vente, il avait nécessairement connaissance de la circonstance que ce point de vente avait fermé depuis lors ; qu'en retenant que la société franchiseur aurait volontairement caché à son cocontractant la fermeture du premier point de vente à Mérignac, sans rechercher, ainsi qu'il le lui était demandé, si la société YSMB et M. X... n'en avaient pas nécessairement eu connaissance par eux-mêmes, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles **1116** et **1382** du code civil ;
- la société franchiseur faisait valoir devant la cour d'appel qu'au cas présent, M. X... n'avait pas considéré les calculs de rentabilité et de comptes prévisionnels comme un élément déterminant de son consentement dans la mesure où M. X... avait souhaité conclure « le plus rapidement possible » et qu'il n'avait réalisé les prévisionnels que postérieurement au consentement donné ; que, pour toute réponse, la cour d'appel s'est bornée à énoncer que « *à l'évidence, l'établissement des comptes prévisionnels sont un élément déterminant du processus de consentement* » ; qu'en statuant ainsi, par des motifs généraux et abstraits, sans rapport avec les faits de l'espèce, la cour d'appel a violé l'**article 455 du code de procédure civile** ;
- l'erreur, provoquée par dol ou non, est un décalage entre la réalité et la représentation qu'en a eu l'une des parties ; que le simple fait que les résultats prévus ne soient pas atteints n'établit pas une erreur de la part du franchisé dès lors qu'il n'est pas établi que cet échec est imputable au caractère

exagérément optimiste des résultats prévus, ce qu'il appartient à la cour de vérifier ; qu'au cas présent, pour caractériser une erreur sur la rentabilité, la cour d'appel s'est bornée à constater que la société Y... n'avait pas réalisé les résultats escomptés ; qu'en statuant ainsi, sans rechercher ni établir que cet échec aurait été imputable à des données exagérément optimistes communiquées par la société franchiseur, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1116 du code civil ;

- la société franchiseur faisait valoir qu'en tout état de cause, les prévisions établies par M. X... auraient pu être atteintes si le trafic routier n'avait pas été fortement perturbé après l'ouverture du point de vente, toutes les routes y conduisant ayant été successivement fermées ; que la cour d'appel a retenu une erreur sur la rentabilité par cela seul que le franchisé n'avait pas atteint les résultats prévisionnels sans répondre à ce moyen ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;
- la société franchiseur faisait valoir que M. X... avait lui-même choisi une surface de vente plus de quatre fois supérieure aux surfaces moyennes recommandées par la société franchiseur, ainsi qu'indiqué dans les différents documents remis à M. X..., et que ce choix, inhabituel, créait un risque que M. X... avait en toute connaissance de cause choisi d'assumer ; que la cour d'appel n'a pas répondu à ce moyen, en violation de l'article 455 du code de procédure civile.

Or, pour rejeter le pourvoi, l'arrêt commenté (**Cass. civ. 1^{ère}, 3 novembre 2016, pourvoi n°15-24.886**) retient :

- « *Mais attendu qu'après avoir relevé, par motifs propres et adoptés, qu'il résultait des contrats de partenariat par elle conclus que la société S ... s'engageait à fournir au partenaire les statistiques commerciales et les performances des autres établissements du réseau N ..., avec l'affirmation que ces informations étaient indispensables à l'évolution de l'enseigne et aux performances du réseau, qu'il appartenait impérativement à celle-ci d'informer son cocontractant de la cessation d'exploitation de l'enseigne dans la même zone de chalandise, et, plus généralement, que la société S ... avait l'obligation de faire une présentation loyale du réseau d'exploitants, l'arrêt retient qu'en occultant les raisons de l'échec du précédent franchisé ainsi que les répercussions qui en ont découlé sur le*

secteur au regard de la réputation commerciale de l'enseigne, en procédant à une présentation erronée du réseau et en opérant une transmission erronée des chiffres prévisionnels, le franchiseur a enfreint son obligation de sincérité sur des données nécessairement déterminantes au regard du consentement du franchisé et que les informations transmises, par leur caractère erroné et dénué de sérieux, sont révélatrices de la volonté délibérée de la société S ... de tromper le consentement de son cocontractant » ;

« Que, par ces seules énonciations, procédant de son appréciation souveraine, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation ni de procéder à des recherches que ses propres constatations rendaient inopérantes, a satisfait aux exigences de l'article 455 du code de procédure civile et légalement justifié sa décision ».

L'observateur peut être un peu surpris.

Que la cour d'appel dispose d'une appréciation souveraine est certes parfaitement justifié ; ce rappel n'inspire en soi aucune remarque particulière.

Toutefois, on peut être troublé à l'idée que la Cour de cassation n'ait pas réagi outre mesure à l'argument selon lequel la cour d'appel ait violé l'article 455 du code de procédure civile, en ne répondant pas aux conclusions du franchiseur, selon lequel le prévisionnel litigieux avait été remis postérieurement à l'échange des consentements, ce qui – par hypothèse – interdisait de retenir tout vice du consentement de ce chef. Ainsi que le soulignait le pourvoi, la formule adoptée par la cour d'appel (« à l'évidence, l'établissement des comptes prévisionnels sont un élément déterminant du processus de consentement ») était bien sans aucun rapport possible avec les faits de l'espèce, et aurait mérité (selon nous) une autre réponse de la cour suprême.

En effet, si l'on reprend les termes exacts du dernier attendu (précité) de l'arrêt commenté, la Cour de cassation semble indiquer que le défaut de réponse à conclusions imputable à la cour d'appel était finalement sans incidence sur la solution du litige, dès lors qu'au cas d'espèce l'arrêt critiqué avait retenu d'autres griefs (« la cour d'appel n'était pas tenue de (...) procéder à des recherches que ses propres constatations rendaient inopérantes ... ») et que, ce faisant, « la cour d'appel n'était pas tenue de suivre les parties dans le détail de leur argumentation ».

Certes, pareil raisonnement est usuel, mais encore faudrait-il que l'arrêt de la cour d'appel soit suffisamment précis dans sa motivation (ici les motifs étaient bien généraux et abstraits) pour mettre la Cour de cassation en mesure de vérifier que ces griefs aient été, dans l'esprit même de la cour d'appel, de nature à pouvoir justifier à eux seuls le prononcé d'une solution identique.

A rapprocher : *Interprétation et portée des arrêts de la Cour de cassation en matière civile, Bulletin d'information de la Cour de cassation, n°661, 15 mai 2007, p.6.* ; v. aussi, le sort du moyen tiré du « défaut de réponse à conclusions », pouvant justifier selon les cas le rejet du pourvoi comme la cassation, cf. Voulet, *L'interprétation des arrêts de la Cour de cassation*, JCP G, 1970, I, n° 2305.

**Vente hors réseau de distribution sélective :
l'utilité des requêtes 145 du CPC**

Cass. com., 6 décembre 2016, pourvoi n°15-12.437

Ce qu'il faut retenir :

L'article 145 du code de procédure civile (CPC) peut permettre d'établir la preuve d'une faute et/ou l'étendue du préjudice, à la condition que la mesure sollicitée soit raisonnablement proportionnée.

Pour approfondir :

L'arrêt commenté illustre une nouvelle fois les difficultés à prendre en considération pour la mise en œuvre de l'article 145 du code de procédure civile (**v. sur ce point, L'application de l'article 145 du CPC au droit de la distribution et de la franchise : conditions de mise en œuvre – spécificités procédurales – mesures ordonnées (Etude juin 20015)**).

La société Nissan est à la tête du réseau de distribution sélective de véhicules de la marque éponyme ; seuls les membres du réseau peuvent vendre à des particuliers des véhicules neufs Nissan. Relevant qu'une société qui n'appartenait pas à son réseau vendait des véhicules de sa marque, la société Nissan a fait réaliser un constat d'huissier portant sur les données figurant sur les moteurs de certains de ces véhicules. Cela ne suffisant pas à établir la preuve de la faute commise et l'étendue de son préjudice, la société Nissan a obtenu – sur le fondement de l'article 145 du code de procédure civile

– une ordonnance enjoignant à la société tierce de produire la liste de ses véhicules Nissan et leur facture d'achat. Cette mesure a été contestée par la société tierce.

La société tierce se plaint en effet de ce que la mesure ne serait pas strictement nécessaire à la protection des droits de la société Nissan et serait en cela disproportionnée : la mesure permettrait à la société Nissan d'avoir connaissance de la structure commerciale de sa concurrente, mais surtout elle enjoint la production de documents portant sur tous les véhicules de la marque Nissan sans se limiter aux véhicules neufs. Pour se défendre, la société Nissan indiquait que l'ordonnance ne pouvait se limiter aux véhicules neufs puisque la société tierce ne peut pas elle-même déterminer quels sont les véhicules neufs « *sauf à lui permettre de déterminer sa propre faute et l'étendue du préjudice qu'elle a causé* ». C'est sur ce point de discussion que l'arrêt s'avère le plus intéressant.

Selon la Cour de cassation, les juges du fond ont caractérisé la proportionnalité de la mesure ordonnée à ce qui était strictement nécessaire à la protection des droits de la société Nissan dès lors qu'ils ont relevé que, d'une part, la société requérante n'utilisait pas l'article 145 pour pallier sa carence à établir la preuve des agissements fautifs ; elle ne disposait pas et ne pouvait pas disposer par elle-même de preuve suffisante. En effet, le constat d'huissier réalisé par la société Nissan « *ne permet pas de déterminer ni l'identité de tous les revendeurs, ni la quantité des véhicules neufs ainsi vendus, ni l'étendue du préjudice* » et que, d'autre part, la mesure ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire en concernant toutes les factures d'achat puisque cela permet d'assurer le respect complet des intérêts de la société Nissan.

La difficulté est ici de demander ce qui est nécessaire, tout ce qui est nécessaire, rien que ce qui est nécessaire. L'appréciation de cette proportionnalité doit rester raisonnable ; la question de la proportionnalité est bien plus ténue dans d'autres cas tels que, par exemple, la recherche d'emails ou documents papiers au siège d'une société où, en réalité, on ne peut pas exactement viser ce que l'on recherche et où le risque d'avoir accès à des éléments qui ne sont pas strictement nécessaires est par nature plus élevé.

A rapprocher : **article 146 du code de procédure civile**

Transport de marchandises et faute inexcusable

Cass. com., 13 décembre 2016, n°15-16.027
Publié au Bulletin

Ce qu'il faut retenir :

La Cour de cassation adopte une acception restrictive de la faute inexcusable au sens de l'article L. 133-8 du code de commerce.

Pour approfondir :

En l'espèce, une cargaison de marchandises confiée à un transporteur avait été volée lors du stationnement du camion sur une aire non surveillée. En première instance, le Tribunal de commerce de Paris avait reconnu que le transporteur avait commis une faute lourde et l'avait condamné à indemniser la société propriétaire de la marchandise (Trib. com. Paris, 6 mars 2013, aff. n° 2011056949). En cause d'appel, la Cour d'appel de Paris (CA Paris, 22 janv. 2015, n°13/08099, Juris-Data n°2015-0020038) avait accueilli la demande en paiement formée par la société propriétaire et son assureur à l'encontre du transporteur, tout en écartant l'application des limites de responsabilité, de sorte que les demandeurs avaient obtenu la valeur totale des marchandises ainsi dérobées. Par l'arrêt commenté, classé "FS-P+B+R+I", la chambre commerciale de la Cour de cassation casse la décision de la cour d'appel au visa de **l'article L. 133-8 du Code commerce** : *"Attendu que pour accueillir cette demande, l'arrêt retient que le voiturier a eu conscience de la probabilité du dommage, le chauffeur ayant déclaré à l'expert « qu'il stationnait habituellement le week-end son ensemble routier sur le parking de la gendarmerie de Rilleux-la-Pape, ville où il demeure, mais que le 9 juillet, ce parking étant plein, il l'avait garé à un autre endroit sur le parking où avait été commis le vol » et en déduit qu'il y a eu perception d'un risque qui a été délibérément couru dès lors qu'il était initialement envisagé de garer le camion dans l'enceinte de la brigade de gendarmerie ; Qu'en se déterminant ainsi, par des motifs impropres à caractériser que le transporteur avait conscience qu'un dommage résulterait probablement de son comportement, la cour d'appel a privé sa décision de base légale "*. L'acception restrictive de la faute inexcusable ainsi consacrée conduira les praticiens, faute de mieux, à revoir les conditions de leur police d'assurance.

A rapprocher : CA Paris, 22 janv. 2015, n°13/08099

CONCURRENCE & CONSOMMATION

Loi Sapin II :

délais de paiement, conventions fournisseurs, CGV, pratiques restrictives de concurrence
Après validation partielle par le Conseil constitutionnel (déc. n°2016-741 DC du 8 décembre 2016)

Ce qu'il faut retenir :

La loi Sapin II définitivement adoptée par le Parlement le 8 novembre dernier, et validée pour l'essentiel par le Conseil constitutionnel, le 8 décembre 2016, apporte de nombreuses modifications applicables entre commerçants, notamment dans les relations de distribution.

Pour approfondir :

Le Conseil constitutionnel a validé en tous points, le 8 décembre 2016, les dispositions de la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « Sapin II », relatives au durcissement des règles applicables aux délais de paiements, à l'extension des pratiques restrictives de concurrence et de leurs sanctions et aux modifications du régime des conventions entre fournisseurs et distributeurs, qui notamment n'auront plus nécessairement à être conclues chaque année).

• **Délais de paiement et sanctions**

En matière de délais de paiement, la loi Sapin II introduit deux modifications générales.

○ **Dispositions générales**

Poursuivant le mouvement entamé depuis 2008 avec la loi de modernisation de l'économie, la loi Sapin II renforce substantiellement les sanctions du non-respect de ces délais. En effet :

- est désormais prévue **une sanction de 2 millions d'euros d'amende** administrative, au lieu de 375.000 euros auparavant (lorsque le non-respect des délais de paiement est le fait d'une personne morale). Cette modification s'applique à la fois pour les délais standards visés à l'article L.441-6 du code de commerce et pour les délais spécifiques prévus à l'article 443-1 du code de commerce. L'amende encourue par les

personnes physiques n'est en revanche pas modifiée et demeure de 75.000 euros ;

- la loi prévoit que désormais, la **décision de sanction** d'une violation des délais de paiement maxima **sera systématiquement publiée** (alors qu'il s'agissait d'une simple faculté pour le juge auparavant), donnant ainsi plus de visibilité aux mauvais payeurs.

- Délai de paiement dérogatoire pour les produits achetés pour l'export hors Union européenne

La loi Sapin II introduit un régime dérogatoire spécifique aux articles L.441-6 et L.443-1 du code de commerce pour les achats de produits effectués en franchise de TVA, destinés à être livrés dans un Etat hors de l'Union européenne.

Pour ces produits, le délai maximum de paiement dérogatoire est fixé à **90 jours** à compter de la date d'émission de la facture, sous la triple condition que :

- les parties aient expressément fait mention du délai dérogatoire par contrat ;
- ce délai dérogatoire ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier, c'est-à-dire ici le fournisseur ;
- l'achat de produit ne soit pas effectué par une grande entreprise.

Dans l'hypothèse où l'acheteur ne revendrait finalement pas les produits hors de l'Union européenne, il se verrait appliquer des pénalités de retard.

- Les pratiques restrictives de concurrence étendues et plus lourdement sanctionnées
 - L'élargissement du champ des pratiques restrictives de concurrence

L'article L.442-6 du code de commerce est complété, pour intégrer spécifiquement de nouvelles pratiques prohibées.

Ainsi, l'article L.442-6, I, 1° précise que peut constituer un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu :

- la participation non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée à

une opération de promotion commerciale (était uniquement visée auparavant une opération d'animation commerciale) ;

- la rémunération de services rendus par une centrale internationale regroupant des distributeurs.

Par ailleurs, l'article L.442-6, I, 7° créé par la loi Sapin prévoit l'interdiction pour un partenaire commercial d'imposer une clause de révision de prix ou de renégociation de prix (en application de l'article L.441-7, L.441-7-1 ou L.441-8 du code de commerce) qui ferait référence à un (ou plusieurs) indice(s) public(s) qui serai(en)t sans rapport direct avec les produits (ou les prestations de services) concernés par le contrat. Ainsi, les parties seront tenues à l'avenir de choisir avec attention l'indice basant la révision du prix, pour qu'il soit cohérent avec les produits ou services fournis.

Enfin, la loi Sapin II ajoute l'interdiction pour une partie d'imposer des pénalités de retard de livraison à son partenaire, lorsque ce retard de livraison est dû à un cas de force majeure (article L.442-6, I, 13°).

- Le renforcement des sanctions des pratiques restrictives de concurrence

Le plafond de l'amende civile encourue est substantiellement augmenté, puisqu'il passe de 2 millions à 5 millions d'euros (outre les dispositions prévoyant le triplement des sommes indument versées ou la possibilité de plafonner l'amende à 5% du chiffre d'affaires, qui sont maintenues).

Par ailleurs, comme pour les délais de paiement, la décision de sanction en matière de pratiques restrictives de concurrence sera désormais systématiquement publiée.

- Des modifications relatives aux conventions entre fournisseurs et distributeurs
 - L'assouplissement : la faculté de conclure des conventions pour deux ou trois ans

La conclusion chaque année d'une convention entre les fournisseurs et leurs distributeurs en application de l'article L.441-7 du code de commerce (ou pour les grossistes, en application de l'article L.441-7-1 du code de commerce) est particulièrement contraignante en pratique, et génère pour les entreprises une mobilisation importante de ressources humaines en fin d'année et début de l'année suivante.

Afin de prendre en compte cette contrainte, qui peut affecter la productivité des entreprises sur ces périodes, la loi Sapin II insère un assouplissement substantiel des règles en prévoyant que le fournisseur et le distributeur peuvent choisir de conclure la convention tous les 2 ou 3 ans (la conclusion de la convention demeurant bien entendu possible). Cette réforme constituera un véritable soulagement administratif pour de nombreuses entreprises.

Si les parties choisissent de conclure une convention pluriannuelle, cette dernière devra simplement fixer les modalités selon lesquelles le prix convenu sera révisé : à cette fin, les entreprises peuvent choisir de prendre en compte un ou plusieurs indices publics reflétant l'évolution du prix des facteurs de production.

Ces dispositions seront applicables aux conventions conclues à compter du 1^{er} janvier 2017. Il est donc probable que les opérateurs qui tentaient ces dernières années de conclure les conventions au plus tard le 31 décembre de chaque année pour éviter les risques liés à l'interdiction de rétroactivité, préféreront patienter jusqu'au 1^{er} janvier (ou plus tard) pour conclure des conventions pluriannuelles.

- Les dispositions spécifiques aux produits agro-alimentaires

- Le plafonnement des avantages relatifs à certains produits agricoles

Les avantages que le fournisseur peut accorder aux consommateurs dans le cadre des NIP faisant l'objet d'un contrat de mandat en application de l'article L.441-7, I, al. 9 du code de commerce sont désormais plafonnés pour certains produits agricoles.

En effet, la loi Sapin prévoit que pour les produits agricoles visés à l'article L.441-2-1 du code de commerce, ainsi que pour le lait et les produits laitiers, ces avantages sont plafonnés à 30% de la valeur du barème des prix unitaires, frais de gestion compris.

- Le prix prévisionnel des produits alimentaires contenant des produits agricoles non transformés

La loi Sapin II ajoute à l'article L.441-6 du code de commerce, une disposition spécifique aux conditions générales de vente relatives à des produits alimentaires comportant un (ou plusieurs) produit(s) agricole(s) non transformé(s) devant faire l'objet d'un contrat écrit (en application de l'article L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime).

Le contrat écrit portant sur ces produits contiendra une mention d'un « *prix prévisionnel moyen proposé par le vendeur au producteur de ces produits agricoles* ». Pour définir ce prix, les parties peuvent recourir à un (ou plusieurs) indice(s) public(s) de coût de production en agriculture et à un (ou plusieurs) indice(s) public(s) des prix de vente aux consommateurs des produits alimentaires. Ces indices peuvent être spécifiques au contrat concerné, ou encore établis par un accord interprofessionnel.

L'article L.441-6 du code de commerce précise, au besoin, que les indices choisis par les parties devront être fixés de bonne foi entre elles.

- Dispositions spécifiques aux contrats de MDD de courte durée

Au fur et à mesure des évolutions du projet de loi, les dispositions relatives aux produits vendus sous marque de distributeur (MDD), désignés comme les produits conçus et produits selon des modalités répondant aux besoins particuliers de l'acheteur, ont évolué.

La seule disposition maintenue dans la loi votée et validée par le Conseil constitutionnel est l'article L. 441-10 du code de commerce qui contraindra le fournisseur de produits alimentaires sous MDD et le distributeur concerné à mentionner dans un contrat d'une durée inférieure à un an, le prix ou les critères et modalités de détermination du prix d'achat des produits agricoles non transformés entrant dans la composition de ces produits alimentaires (lorsque ces produits agricoles doivent faire l'objet d'un contrat écrit en application de l'article L. 631-24 du code rural et de la pêche maritime).

Pour la détermination du prix, le fournisseur et le distributeur pourront choisir de se référer à un (ou plusieurs) indice(s) public(s) de coût de production en agriculture et à un (ou plusieurs) indice(s) public(s) des prix de vente aux consommateurs des produits alimentaires, sous réserve que cet (ou ces) indice(s) soi(en)t fixé(s) de bonne foi entre les parties.

A rapprocher : Projet de loi adopté le 8 novembre 2016 ; Décision du Conseil constitutionnel du 8 décembre 2016

Notion de « stabilité prévisible » de la relation commerciale établie

Cass. com., 22 nov. 2016, n° 15-15.796 ;
CA Paris, 27 oct. 2016, n°15/06830 et n°15/06765

Ce qu'il faut retenir :

La relation commerciale, pour être établie au sens de l'article L. 442-6-I-5° du code de commerce, doit présenter un caractère « suivi, stable et habituel ». Selon les arrêts commentés, le critère de la stabilité s'entend en définitive de la « stabilité prévisible », de sorte que la victime de la rupture ne peut se prévaloir de ce texte qu'à la condition d'avoir raisonnablement anticipé pour l'avenir une continuité du flux d'affaires avec le partenaire commercial, auteur de la rupture.

Pour approfondir :

On le sait, l'article L 442-6-I-5° du code de commerce dispose en substance 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 rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels.

Par deux décisions (CA Paris, 27 oct. 2016, n°15/06765 ; CA Paris, 27 oct. 2016, n°15/06830), déjà remarquées (v. le commentaire de notre confrère Mario Celaya à la Revue l'Essentiel, Droit de la Distribution et de la concurrence (à paraître - Janvier 2017), la Cour d'appel de Paris apporte sa pierre à l'édifice de la construction jurisprudentielle (lente et patiente) des contours de la notion de « précarité » de la relation commerciale, propre à écarter l'application de l'article L 442-6-I-5° du code de commerce.

Pour considérer que la preuve d'une relation commerciale établie n'est pas rapportée, la Cour d'appel caractérise la « précarité » de la relation commerciale par la motivation suivante :

- « la relation commerciale, pour être établie au sens de ces dispositions, doit présenter un caractère suivi, stable et habituel » ;
- « le critère précité de la stabilité s'entend de la stabilité prévisible, de sorte que la victime de la rupture devait pouvoir raisonnablement

anticiper pour l'avenir une certaine continuité du flux d'affaires avec son partenaire commercial » ;

- en l'espèce, si les relations commerciales, dont l'intensité n'est pas discutée, ont certes présenté une durée significative pour s'être étendues du 4 janvier 2010 au 30 septembre 2013 (ce en quoi les caractères suivi et habituel précités étaient considérés comme vérifiés), elles ne revêtaient pas pour autant, toujours selon la Cour, « le caractère de stabilité requis, compte tenu du recours systématique à une mise en compétition avec d'autres concurrents » en début (en 2010) et en fin (en 2013) de contrat, laquelle est d'ailleurs obligatoire statutairement pour l'intimée depuis 2006, ce dont il découlait que l'appelante, informée et candidate malheureuse à l'appel d'offres final, « ne pouvait ignorer la précarité annoncée de la relation, précarité au surplus corroborée par la durée fixe déterminée du contrat originaire, fut-il tacitement reconductible deux fois, puis très limitée des prolongations intervenues par avenants (pour deux fois 4 mois, puis 1 mois) ».

Adoptant les motifs des premiers juges, la Cour d'appel en conclut que « le recours à la mise en compétition avec des concurrents, avant chaque nouveau contrat, privait les relations commerciales de toute permanence garantie et les plaçait dans une perspective de précarité certaine qui ne permettait pas [à la société fournisseur] de considérer qu'elles avaient une pérennité ».

L'expression « stabilité prévisible », qui constitue l'épicentre de la motivation adoptée par la Cour d'appel de Paris dans ces deux décisions, est nouvelle. Que faut-il entendre exactement par « stabilité prévisible » ? Cette formule (« le critère précité de la stabilité s'entend de la stabilité prévisible, de sorte que la victime de la rupture devait pouvoir raisonnablement anticiper pour l'avenir une certaine continuité du flux d'affaires avec son partenaire commercial »), particulièrement riche de sens, inspire trois séries de remarques.

En premier lieu, la notion de « stabilité prévisible » est inédite. En effet, si les termes « stable » ou « stabilité » sont d'usage fréquent en jurisprudence, l'expression « stabilité prévisible » est à notre connaissance totalement inédite ; la consultation des bases de données usuelles ne permet pas en effet de trouver, en jurisprudence, la moindre trace de cette expression, rapportée à la problématique de l'application de l'article L. 442-6-I-5° du code de commerce.

On pourrait certes voir dans cette observation le signe d'une forme de coquetterie juridique ..., mais accordons le crédit à la Cour d'appel de Paris de n'avoir pas utilisé cette sémantique tout à fait par hasard ; l'emploi de l'expression est même volontaire, si l'on relève que la Cour indique expressément : « *le critère précité de la stabilité s'entend de la stabilité prévisible* ». Quand on sait que l'existence d'une relation commerciale, pour être établie au sens du texte en cause, doit présenter les trois caractères « suivi », « stable » et « habituel », la formule « *stabilité prévisible* » semble tout d'abord destinée à bien distinguer le caractère « stable » des deux autres caractères, dont la réunion est exigée pour l'application du texte, ainsi que la Cour d'appel de Paris le souligne d'ailleurs dans les deux arrêts commentés. Dans ces deux affaires, la Cour d'appel de Paris retient au demeurant que seul le caractère « stable » faisait défaut. Cette distinction n'est pas neutre, loin de là, quand on sait que la jurisprudence a pu, par le passé, confondre les caractères « suivi » et « habituel » avec le caractère « stable » (v. par ex., CA Nancy, 1^{er} oct. 2008, n°06/02023 : considérant que « *les parties ont donc entretenu des relations commerciales pendant vingt ans, ce qui correspond au critère de stabilité exigé par l'article énoncé ci-dessus* ».).

En deuxième lieu, la notion de « stabilité prévisible » s'apprécie dans la personne de la victime de la rupture de la relation commerciale, et non dans celle de son auteur. C'est une évidence. C'est ce qu'indique clairement la Cour d'appel de Paris lorsqu'elle précise successivement que « *la victime de la rupture devait pouvoir (...) anticiper pour l'avenir une certaine continuité du flux d'affaires avec son partenaire commercial* », puis qu'en l'espèce le recours à la mise en compétition avec des concurrents plaçait les relations commerciales dans une perspective de précarité certaine « *qui ne permettait pas [à la société fournisseur] de considérer qu'elles avaient une pérennité* ». Selon la Cour d'appel, c'est donc du seul point de vue de la victime qu'il convient de se placer ; autrement dit, la question est de savoir si la victime pouvait (ou non) prévoir le caractère stable de la relation commerciale.

En troisième lieu, la notion de « stabilité prévisible », qui s'apprécie dans la personne de la victime de la rupture de la relation commerciale ainsi que l'on vient de le voir, ne s'apprécie pas au regard de ce que cette victime a pu effectivement considérer, encore moins ce qu'elle dit avoir considéré, mais bien ce qu'elle « aurait du » considérer, au regard des circonstances spécifiques de la cause.

C'est ce qu'indique la Cour d'appel de Paris lorsqu'elle précise à dessein que la victime de la rupture devait pouvoir « *raisonnablement* » anticiper pour l'avenir une certaine continuité du flux d'affaires avec son partenaire commercial.

L'adverbe « raisonnablement » auquel la jurisprudence de la Cour de cassation se réfère depuis plusieurs années – implicitement (**Cass. com., 5 mai 2009, n° 08-11.916** ; Contrats, conc. consom. 2009, comm. 191 ; v. aussi, L.-M. Augagneur, *L'anticipation raisonnable de la rupture des relations commerciales. À propos d'un non-revirement de la Cour de cassation*, JCP, E, n° 42, 15 Octobre 2009, p. 1969), puis expressément (v. plus récemment : **Cass. com., 22 nov. 2016, n° 15-15.796** : retenant « *qu'en l'état de ces constatations et appréciations, faisant ressortir que la relation commerciale entre les parties ne revêtait pas, avant la rupture, un caractère suivi, stable et habituel, de nature à autoriser la partie victime de l'interruption à anticiper raisonnablement, pour l'avenir, une certaine continuité de flux d'affaires avec son partenaire commercial, la cour d'appel a légalement justifié sa décision* » (nous soulignons)) – signifie que le juge doit déterminer ce que la victime de la rupture « aurait du » considérer.

La jurisprudence rendue en présence d'appel d'offres (v. encore récemment, sur ce point, CA Paris, 20 oct. 2016, n°15/02996 : considérant qu'il « *est constant que l'instauration d'une procédure régulière d'appels d'offres peut précariser une relation commerciale, même ancienne* ») permet d'explorer davantage cette idée ; la pratique, qui rend parfois les choses plus subtiles, conduit en effet à distinguer selon que la victime de la rupture de la relation commerciale a clairement eu conscience (ou non) de la mise en concurrence.

Lorsque la victime de la rupture de la relation commerciale a participé, en toute connaissance de cause, à un appel d'offres, elle ne peut par définition ignorer la précarité de sa relation commerciale ; la mise en concurrence génère une incertitude quant à la continuité de sa relation commerciale. C'est exactement la situation dans laquelle se trouvaient les parties au cas d'espèce : la Cour d'appel souligne en effet que le caractère de stabilité faisait défaut, compte tenu du recours systématique à une mise en compétition avec d'autres concurrents, organisée par voie d'appel d'offres, début 2010 et fin 2013 ; ce faisant, le fournisseur ne pouvait raisonnablement pas ignorer en l'espèce, selon la Cour d'appel, la précarité de sa relation de travail. Dans ce cas, l'application de la règle est simple.

Lorsqu'en revanche la victime de la rupture de la relation commerciale a participé à une mise en concurrence, sans qu'elle ait été expressément portée à sa connaissance, la mise en œuvre de la règle est plus complexe, du moins pour l'auteur de la rupture.

La preuve de la connaissance par la victime de cette mise en concurrence se trouve alors renversée (CA Rennes, 10 nov. 2009, n°08/07541 : considérant que « Certes, la société D... devait raisonnablement supposer que la société L... entendait trouver le partenaire lui proposant les meilleurs tarifs avec les meilleurs délais, mais, contrairement à ce que soutient la société L..., rien ne permet de dire, au regard des pièces versées aux débats, qu'un appel d'offres avait été fait pour mettre diverses sociétés transitaires en concurrence et que la société D... en était informée »). Il appartient alors à l'auteur de la rupture de prouver, au regard des circonstances de la cause, que la victime aurait raisonnablement du savoir qu'elle était mise en concurrence.

Cette preuve peut être rapportée par tous moyens.

A rapprocher : CA Rennes, 10 nov. 2009, n°08/07541 ; v. aussi, le commentaire de notre confrère Mario Celaya à la Revue l'Essentiel, Droit de la Distribution et de la concurrence (à paraître – Janvier 2017).

Rupture partielle de relation commerciale établie

Avis n°16-19 relatif aux relations commerciales de fournisseurs de produits MDD avec un distributeur publié le 14 décembre 2016

Ce qu'il faut retenir :

Cet avis apporte des précisions utiles concernant la rupture partielle de relation commerciale établie de fournisseurs de produits MDD avec un distributeur.

Pour approfondir :

La Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC) a été saisie d'une demande d'avis sur les relations commerciales de fournisseurs de produits MDD avec un distributeur. Au cas présent, un GIE de 12 vigneronns avait été créé au début des années 2000 en partenariat avec une enseigne A pour fournir un vin AOC sous sa marque distributeur.

L'intérêt de l'enseigne A était de faire appliquer aux viticulteurs son cahier des charges et une traçabilité en conformité avec la législation et son image d'enseigne proche des producteurs. En application de ce cahier des charges, chaque exploitation avait été auditée et des parcelles de vignes avaient été dédiées à cette MDD. Le fonctionnement était fondé sur la réservation d'un volume en début d'année, avec des enlèvements échelonnés et un complément de volume éventuel en fin d'année. Les premières années une facturation pro forma avec des acomptes sur 10 mois indépendants des enlèvements et des facturations avait été instituée. Le volume commercialisé avait régulièrement progressé mais, par suite de mauvaises récoltes et d'une restructuration de l'enseigne, d'autres opérateurs, négociants non producteurs, étaient rentrés comme fournisseurs avec la même étiquette, avec toutefois un profil différent en termes de traçabilité et d'image. Jusqu'en 2007, le volume vendu était en hausse. Depuis, les ventes se poursuivent mais selon des volumes plus faibles, nettement inférieurs à ce qui a été connu par le passé.

C'est dans ce contexte que le GIE a souhaité interroger la CEPC sur la légalité de différents éléments au regard du droit des relations commerciales, dont celui relatif à l'ancienneté et à l'exclusivité de la relation commerciale, qui fait l'objet du présent commentaire. A ce titre, était posée à la CEPC la question de savoir dans quelle mesure une telle baisse de volume peut-elle être assimilée à une rupture brutale partielle d'une relation commerciale établie, pratique restrictive de concurrence sanctionnée à l'article L.442-6, I, 5° du code de commerce ? L'**avis commenté** formule quatre séries d'observations.

En premier lieu, selon la CEPC, « pour qu'une baisse des volumes (baisse du chiffre d'affaires) puisse être qualifiée de rupture brutale d'une relation commerciale établie, cette baisse ne doit pas :

- résulter d'une application d'une clause contractuelle organisant la variation des volumes ;
ou
- avoir fait l'objet d'une information préalable ayant permis au fournisseur d'anticiper la baisse des volumes ;
ou
- pouvoir être justifiée par des critères objectifs tels que le désintérêt du consommateur pour le produit en cause ou une baisse de qualité des produits (cf. jurisprudence précitée), sous réserve que ces critères ne soient pas contraires au contenu des clauses du contrat liant les parties ».

En deuxième lieu, la CEPC souligne que la jurisprudence attache au contexte d'exclusivité de la relation commerciale établie un enjeu permettant de mieux marquer le caractère brutal de la rupture (v. en ce sens : Cass. com., 20 mai 2014, n°13-16398) et d'apprécier la durée du préavis à respecter.

En troisième lieu, la CEPC ajoute que la prise en compte par le juge du contexte d'exclusivité pour qualifier l'existence d'une rupture brutale d'une relation commerciale établie est conditionnée au fait que cette exclusivité ne soit pas un choix délibéré de la part de la partie subissant la rupture et qu'à défaut ce critère ne semble pas pouvoir être pris en compte (v. en ce sens : CA Paris, 14 sept. 2012, n°11/05373 ; Cass. com. 4 nov. 2014, n°13-22726). La CEPC précise par ailleurs qu'en cas de clause d'engagement contractuel sur les volumes achetés, une baisse non conforme aux conditions définies au sein de cette clause pourrait engager la responsabilité contractuelle de la partie responsable de la baisse (sauf cas de force majeure) sans pour autant que la qualification de rupture brutale au sens de l'article L.442-6, I, 5° puisse être retenue.

En dernier lieu, la CEPC indique que ces éléments pourraient également contribuer, le cas échéant, à la caractérisation de l'abus de dépendance économique qui, pour être retenu, doit réunir les trois conditions suivantes : l'existence d'une situation de dépendance économique (la précision relative aux 70% de la production réservée à ce marché par certains producteurs irait en ce sens), une exploitation abusive de cette situation (une demande d'alignement des prix sous peine de blocage des enlèvements et une modification importante des volumes réservés et/ou enlevés auraient été faites selon l'auteur de la saisine et une affectation, réelle ou potentielle du fonctionnement ou de la structure de la concurrence sur le marché (évaluation au cas par cas).

D'une manière générale, concernant les volumes de commandes ou volumes achetés, la CEPC « recommande d'anticiper d'éventuelles variations significatives, notamment en cas de relation commerciale s'inscrivant dans la durée, et de prévoir des délais de prévenance permettant au vendeur, d'anticiper et d'optimiser sa production et ses circuits de distribution ».

A rapprocher : Cass. com., 4 nov. 2014, n°13-22726

**Abus de position dominante et
compétence du juge des référés**
CA Paris, 7 décembre 2016, n° 16-15.228

Ce qu'il faut retenir :

Le juge des référés tient de l'article 873 du CPC une compétence distincte et autonome de celle de l'Autorité de la concurrence, statuant sur des demandes de mesures conservatoires.

Pour approfondir :

L'arrêt commenté présente cette particularité de bien distinguer, par sa motivation – à vocation pédagogique –, la compétence du juge des référés de droit commun de celle de l'Autorité de la concurrence, statuant sur des demandes de mesures conservatoires.

En droit, la Cour d'appel de Paris indique en effet : « *Le juge des référés, même lorsqu'il applique le droit de la concurrence, n'a pas à interpréter ces conditions, autonomes, à la lumière de celles, plus restrictives, imposées par l'article L. 464-1 du code de commerce qui régit les demandes de mesures conservatoires effectuées devant l'Autorité de la concurrence. L'atteinte à la concurrence justifiant l'octroi de mesures conservatoires doit, en effet, devant l'Autorité, revêtir un double caractère de gravité et d'immédiateté. Ces critères ne sont pas requis devant le juge des référés. Les deux procédures d'urgence ne se recoupent pas, diligentées devant des autorités différentes. Outre les critères de déclenchement, les conditions de prononcé sont différentes, puisqu'une demande de mesures conservatoires devant l'Autorité est toujours accessoire au fond et l'Autorité de la concurrence n'est pas liée par les mesures demandées, tandis que le juge des référés est saisi directement, et ne peut octroyer que les mesures sollicitées par les saisissants* ». Plus loin, l'arrêt commenté précise que « *le dommage imminent est caractérisé indépendamment d'une atteinte grave et immédiate à l'économie, au secteur ou à l'entreprise elle-même, car, ainsi qu'il a été souligné plus haut, les conditions du référé ne sont pas celles des mesures conservatoires devant l'Autorité de la concurrence* ».

En l'espèce, l'arrêt caractérise l'existence d'un trouble manifestement illicite (résultant de conditions de ventes discriminatoires pratiquées par une société en position dominante [C. com., art. L. 420-2 ; TFUE, art. 102]) et d'un dommage imminent (tiré de l'imminence de l'affaiblissement très conséquent de la marge de l'entreprise, de nature à perturber son activité).

A rapprocher : C. Lucas de Leyssac, *Le juge, l'urgence et la concurrence*, Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda. Propos impertinents de droit des affaires, Dalloz, 2001, p. 215 et s., spéc. p. 221, n°6

Quelques évidences sur le devoir de mise en garde de la banque dispensatrice de crédit
CA Rennes, 9 décembre 2016, n°12-05738

Ce qu'il faut retenir :

L'obligation de mise en garde de la banque dispensatrice de crédit est subordonnée à deux conditions cumulatives : la qualité d'emprunteur (ou de caution) non averti(e) et l'existence d'un risque d'endettement.

Pour approfondir :

Dans cette affaire, les faits étaient classiques, ce qui donne à l'arrêt commenté une portée indéniable.

Une banque, ayant consenti deux prêts dont les échéances ne lui étaient plus remboursées, avait assigné l'emprunteur en paiement. Les prétentions respectives des parties et la motivation de l'arrêt commenté permettent de rappeler les quelques évidences suivantes.

En premier lieu, un tel prêt ne peut être soumis aux dispositions des articles **L.311-1** et suivants du code de la consommation, dès lors que le seuil de 21.500 €, fixé par l'**article D. 311-1 dudit code dans sa version applicable à la cause**, avait été dépassé.

En second lieu et surtout, la Cour d'appel de Rennes rappelle fort logiquement que « *s'il est exact que la banque dispensatrice de crédit est tenue d'un devoir de mise en garde sur les risques d'un endettement excessif au regard des capacités de remboursement de l'emprunteur et de la caution, c'est à la condition que l'emprunteur ou la caution ne soit pas avertis* ».

A ce titre, il convient de rappeler quatre observations : 1°) les contours du « devoir de mise en garde » ne sont pas précisément définis, ni par la loi, ni par la jurisprudence, la cour de cassation laissant ce soin aux juridictions du fond, sans doute car l'intensité même de ce devoir relève de la casuistique ; en substance, le devoir de mise en garde imposerait à l'établissement d'alerter l'emprunteur (ou la caution) sur le caractère

excessif du prêt qu'il sollicite (ou qu'il cautionne) ; autrement dit, il s'agirait pour le banquier d'insister sur les risques ou les conséquences négatives de l'octroi du prêt. 2°) l'obligation de mise en garde est subordonnée à deux conditions cumulatives, la qualité d'emprunteur (ou de caution) non averti(e) et l'existence d'un risque d'endettement. 3°) lorsque ces deux conditions cumulatives sont vérifiées et que la Banque se trouve alors tenue par ce devoir de mise en garde, il appartient à cette dernière de rapporter la preuve de ce qu'elle y a satisfait. 4°) la sanction d'un manquement du banquier dispensateur de crédit à son obligation de mise en garde réside dans la réparation de la perte de chance pour la caution de ne pas contracter pouvant, le cas échéant, donner lieu à l'octroi de dommages-intérêts ; il ne prive pas cependant le banquier de la possibilité de se prévaloir du cautionnement, pas plus qu'il n'entraîne la décharge de la caution.

En l'espèce, ainsi que la Banque le faisait observer, il ressortait des renseignements fournis par l'emprunteur lors de sa demande de prêt de 2005 qu'il exerçait depuis dix ans la profession de directeur commercial d'une société filiale du groupe Carrefour.

Il avait en outre déclaré lors de la régularisation du contrat de franchise, conclu en 2006 avec le franchiseur pour exercer les activités de conseil en gestion de patrimoine et, à terme, de conseil en investissements financiers, que son parcours professionnel et son expérience justifiaient de ses compétences pour exercer ces activités.

Ainsi, pour considérer au cas d'espèce que la Banque n'était débitrice d'aucun devoir de mise en garde, la Cour de Rennes retient que celui-ci « *était, tant lors de l'octroi des deux prêts consentis en 2005 que du concours consenti à sa société en 2006, un emprunteur et une caution avertis* » et que « *rien ne démontre que la Banque aurait eu, sur ses capacités de remboursement ou les chances de succès de son entreprise, des informations que lui-même aurait ignorées* ».

A rapprocher : F.-L. Simon, Comptes prévisionnels irréalistes et devoir de mise en garde de la Banque (à propos de CA Versailles, 5 novembre 2015, n°13/06537) ; v. aussi, Cass. ch. mixte, 29 juin 2007 (deux arrêts) : Juris-Data n° 2007-039908 et 2007-039909 ; RTD civ. 2007, p. 779, note P. Jourdain ; JCP G 2007, II, 10146, note A. Gourio ; D. 2007, p. 2081, note S. Piedelièvre.

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE & NOUVELLES TECHNOLOGIES

Du nouveau pour l'action de groupe en matière de données à caractère personnel

Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016

Ce qu'il faut retenir :

La loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle introduit en droit français l'action de groupe en matière de données à caractère personnel. Limitée exclusivement à la cessation du manquement constaté, cette action de groupe ne permet pas aux personnes concernées d'obtenir la réparation de leur préjudice.

Pour approfondir :

A l'aube de l'entrée en application du Règlement européen en matière de protection des données à caractère personnel (« **RGDP** »), réformant en profondeur le droit applicable en la matière, la loi informatique et libertés (« **LIL** ») connaît une nouvelle modification.

En effet, modifiée récemment par la loi pour une république numérique, la LIL est de nouveau modifiée par la **loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle**, qui introduit un nouvel **article 43 ter** relatif à une action de groupe en matière de données à caractère personnel.

1) Qu'est-ce que l'action de groupe ?

En droit français, l'action de groupe a été introduite par la **loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation**. Il s'agit d'une action permettant à des consommateurs, victimes d'un même préjudice de la part d'un professionnel, de se regrouper et d'agir conjointement en justice.

L'introduction d'une telle action suppose, d'une part, qu'au moins deux consommateurs estiment avoir subi un préjudice matériel résultant du même manquement d'un professionnel, et d'autre part, que des associations nationales agréées de défense des consommateurs agissent pour leur compte.

La loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle introduit à présent une action de groupe spécifique en matière de données à caractère personnel.

La LIL est ainsi complétée d'un article 43 Ter prévoyant :

« lorsque plusieurs personnes physiques placées dans une situation similaire subissent un dommage ayant pour cause commune un manquement de même nature aux dispositions de la présente loi par un responsable de traitement de données à caractère personnel ou un sous-traitant, une action de groupe peut être exercée devant la juridiction civile ou la juridiction administrative compétente ».

Le législateur semble ainsi anticiper l'application des dispositions du RGDP qui prévoit déjà l'introduction d'une action similaire. Toutefois, à y regarder de plus près, la portée de cette action de groupe paraît plus limitée que celle prochainement introduite par le RGDP.

2) La portée de l'action de groupe en matière de données personnelles

Si l'action de groupe permet, normalement, aux personnes ayant subi un préjudice d'en obtenir la réparation, la loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle limite considérablement l'action de groupe en matière de données personnelles. En effet, cette nouvelle loi ne permet pas la réparation du préjudice subi ; elle prévoit même expressément que cette action tend exclusivement à la cessation du manquement constaté. Ainsi, pourront exercer cette action, pour représenter les personnes concernées :

- les associations déclarées depuis cinq ans et ayant pour objet statutaire la protection de la vie privée et la protection des données à caractère personnel ;
- les associations de défense des consommateurs représentatives au niveau national et agréées en application de l'article L. 811-1 du code de la consommation, lorsque le traitement de données affecte des consommateurs ;
- les organisations syndicales de salariés ou de fonctionnaires représentatives ou les syndicats représentatifs de magistrats de l'ordre judiciaire.

En conséquence, lorsque les personnes concernées subissent un préjudice matériel résultant d'un manquement à la réglementation applicable en matière de protection des données personnelles, elles ne trouveront pas totale satisfaction à exercer une action de groupe, dans la mesure où, outre la cessation du manquement, elles ne pourront pas obtenir réparation du préjudice qui en résulte.

Cette position du législateur suscite des interrogations légitimes, notamment en termes d'effectivité de ce nouveau droit.

En effet, le RGDP prévoit expressément la possibilité pour les personnes concernées de mandater un organisme, une organisation ou une association à but non créatif, pour qu'ils introduisent en leur nom une réclamation, exercent les droits qu'elles détiennent et exercent en leur nom le droit d'obtenir réparation de leur préjudice.

L'action de groupe en matière de données personnelles, en ce qu'elle ne permet pas d'obtenir réparation du préjudice subi, est en contradiction avec les dispositions du RGDP (qui entreront en application en mai 2018).

Bien qu'il s'agisse d'une nouveauté appréciable pour les personnes concernées d'obtenir la cessation d'un manquement via une action de groupe, le législateur français ne s'étant pas aligné avec le règlement européen et limitant les futurs droits des personnes concernées, l'effectivité des nouvelles dispositions de la LIL reste limitée car celles-ci ne trouveront à s'appliquer que durant une période réduite.

En tout état de cause, les responsables de traitements doivent faire preuve de vigilance car il est fort à parier que l'ouverture d'une telle action aura pour conséquence de favoriser l'exercice des droits des personnes et l'introduction de plaintes et de réclamations.

A rapprocher : Article 43 ter de la LIL ; Article 91 de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle et Article 80 du RGDP

Nom de domaine et absence de condition de caractère distinctif

Cass. com., 6 décembre 2016, n°15-18.470

Ce qu'il faut retenir :

Le caractère distinctif d'un nom de domaine n'est pas une condition préalable à l'exercice de l'action en concurrence déloyale exercée pour sanctionner sa reprise par un tiers car il s'agit d'une condition pour apprécier l'existence d'un risque de confusion.

Pour approfondir :

Le titulaire d'une marque et de deux noms de domaine avait engagé une action en contrefaçon et en **concurrence déloyale** du fait de l'usage d'un nom de domaine identique par un concurrent.

Une demande reconventionnelle en nullité de la marque avait été formée pour échapper au grief de contrefaçon. La Cour d'appel avait accueilli cette demande en nullité de la marque la jugeant dépourvue de caractère distinctif mais l'arrêt est cassé par la Haute Cour qui reproche aux juges du fond de s'être fondés sur une pièce non versée aux débats, en l'espèce le dictionnaire historique de la langue française, pour statuer.

La Cour d'appel avait également rejeté l'action en concurrence déloyale engagée au titre de la reprise des noms de domaine, aux motifs que le nom de domaine doit présenter un caractère distinctif, faute de quoi il ne peut prétendre avoir un rôle d'identification de services provenant d'une entreprise particulière et être protégé de concurrents faisant simplement usage d'un nom de domaine usuel, nécessaire ou descriptif.

Le pourvoi faisait grief aux juges du fond d'avoir statué ainsi alors que l'action en concurrence déloyale est ouverte à celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif et exige seulement l'existence de faits fautifs générateurs d'un préjudice.

Ainsi, le caractère original ou distinctif d'un nom de domaine n'est pas une condition du succès de l'action en concurrence déloyale intentée à l'encontre du titulaire d'un nom de domaine postérieur, mais seulement un critère éventuel d'appréciation du risque de confusion.

Toujours selon le pourvoi, en partant du principe que seul le titulaire d'un nom de domaine présentant un caractère distinctif serait fondé à se prévaloir d'un risque de confusion et en s'abstenant, en conséquence, de rechercher concrètement si le public n'était pas amené à confondre les noms de domaine en litige, la Cour d'appel a violé l'article 1382 du Code civil.

L'argument va prospérer. En effet, la Haute Cour, au visa de **l'article 1382 du Code civil devenu l'article 1240** (fondant l'action en concurrence déloyale), va casser l'arrêt en ces termes : « *Qu'en statuant ainsi, alors que l'action en concurrence déloyale étant ouverte à celui qui ne peut se prévaloir d'un droit privatif, le caractère original ou distinctif des éléments dont la reprise est incriminée n'est pas une condition de son bien-fondé, mais un facteur susceptible d'être pertinent pour l'examen d'un risque de confusion, la Cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

L'arrêt est l'occasion de rappeler que le nom de domaine ne fait pas l'objet d'un droit privatif, comme le fait par exemple une marque.

En conséquence, sa protection, indirecte, passe par l'exercice d'une action en concurrence déloyale laquelle suppose de démontrer l'existence d'un risque de confusion mais ne nécessite pas de démontrer que le nom de domaine répond à la condition de distinctivité (condition de protection d'une marque).

Cela n'exclut pas que le caractère plus ou moins distinctif du nom de domaine puisse rejaillir sur l'appréciation de l'existence d'un risque de confusion.

A rapprocher : article 1382 du Code civil devenu article 1240 du Code civil

L'acquisition du caractère distinctif par l'usage

Cass. com., 6 décembre 2016, n°15-19.048

Ce qu'il faut retenir :

A l'issue d'un long parcours judiciaire, la validité de la marque « vente-privée.com » est reconnue. Son titulaire a pu justifier de l'acquisition de ce caractère par l'usage qu'il en a fait et qui a permis au signe d'acquiescer la distinctivité qui lui faisait défaut à l'origine pour devenir une marque valable.

Pour approfondir :

L'affaire avait débuté suite à l'action engagée par la société SHOWROOMPRIVE à l'encontre de la société VENTE PRIVEE afin de faire annuler la marque « vente-privée.com » pour défaut de caractère distinctif. La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt en date du 31 mars 2015 que nous avons commenté (lire [ici](#)), avait rejeté la demande en nullité de la marque estimant que celle-ci présentait un caractère distinctif. Les juges avaient alors considéré que la marque qui ne présentait pas de caractère distinctif au moment de son dépôt avait toutefois acquis ce caractère par l'usage qui en avait été fait ensuite. Les juges s'étaient ainsi fondés sur l'article L711-2 c) qui prévoit : « *Le caractère distinctif peut, sauf dans le cas prévu au c, être acquis par l'usage* ». Le pourvoi formé à l'encontre de cet arrêt permet à la Haute Cour de clarifier les choses et de clore cette affaire.

En premier lieu, la Cour va affirmer que, pour apprécier l'acquisition du caractère distinctif, il est possible de se fonder sur l'usage postérieur à l'enregistrement de la marque. En effet, nonobstant le fait que **l'article L711-2 du Code de la propriété intellectuelle** ne prévoit pas cette faculté, la Cour rappelle que la France a usé de la faculté laissée aux Etats membres par l'article 3, § 3 dernière phrase, de la directive 2008/ 95/ CE du 22 octobre 2008 rapprochant les législations des Etats membres sur les marques, de ne pas déclarer nulle une marque enregistrée lorsque le caractère distinctif a été acquis après son enregistrement.

En second lieu, l'arrêt approuve les juges du fond d'avoir jugé que la marque verbale « vente-privée.com » avait acquis par l'usage un caractère distinctif au regard des services de promotion des ventes pour le compte des tiers et de présentation de produits sur tout moyen de communication pour la vente au détail ainsi que des services de regroupement pour le compte de tiers de produits et de services, notamment sur un site web marchand, désignés à son enregistrement, en se fondant sur :

- le fait que la société Vente-privée.com justifie d'un usage du signe litigieux à titre de marque par l'apposition de la mention « prix vente-privée.com » à côté de chacun des millions de produits proposés à la vente sur son site internet et par l'utilisation du signe dans les courriers électroniques d'invitation adressés quotidiennement à ses vingt millions de membres ainsi que dans les publicités diffusées dans les médias ;

- le fait que la société justifie, par des factures à compter de l'année 2001, de l'usage, dès avant leur enregistrement, des marques complexes « vente-privee.com », dont le signe litigieux constitue le seul élément verbal et principal dans la mesure où les éléments graphiques de couleur rose, bien que contribuant au caractère distinctif de ces marques, n'assurent qu'une fonction décorative que le public pertinent ne gardera pas nécessairement en mémoire ;
- un sondage de juillet 2011, établissant que la marque de la société Vente-privee.com figure parmi « les marques préférées des français ».

Tous ces éléments ont permis d'établir que le public perçoit « VENTE-PRIVEE.COM » comme une marque, c'est-à-dire un identifiant des services de vente au détail de produits ou services d'origines diverses.

Les hypothèses sont, en pratique, assez rares mais il est possible qu'un signe qui, à l'origine ne présentait pas de caractère distinctif suffisant, puisse constituer une marque valable car il a acquis ce caractère postérieurement en raison de l'usage qui en a été fait.

A rapprocher : Article L711-2 du Code de la propriété intellectuelle

Marque tridimensionnelle

CJUE, 10 novembre 2016, aff. C-30/15

Ce qu'il faut retenir :

Cet arrêt constitue une étape importante dans le parcours devant les instances européennes de la marque tridimensionnelle Rubik's Cube dont la validité est contestée et le sort final encore incertain.

Pour approfondir :

En 1999, une société britannique avait déposé une forme cubique – le célèbre Rubik's Cube – à titre de marque devant l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO).

En 2006, une demande d'annulation de cette marque tridimensionnelle avait été introduite aux motifs que celle-ci comportait une solution technique consistant dans sa capacité de rotation, ce qui excluait sa

protection à titre de marque. Le TPIUE avait rejeté ce recours, adoptant ainsi la même position que la division d'opposition de l'EUIPO, en considérant que la forme cubique en cause ne comporte pas une fonction technique qui excluait sa protection à titre de marque. La Cour va adopter une position différente de celle du Tribunal et annuler la décision objet du recours qui a approuvé l'enregistrement de la forme en cause comme marque tridimensionnelle.

La décision est rendue au regard du **Règlement CE du Conseil n°40/94 du 20 décembre 1993** sur la marque communautaire (applicable en l'espèce) en particulier son article 7, e) relatif aux marques tridimensionnelles qui prévoit que sont refusés à l'enregistrement :

« Les signes constitués exclusivement :

- par la forme imposée par la nature même du produit,*
ou
- par la forme du produit nécessaire à l'obtention d'un résultat technique,*
ou
- par la forme qui donne une valeur substantielle au produit ».*

Dans cette affaire, était en particulier concerné le point ii) puisqu'il s'agissait de déterminer si le signe en cause était exclusivement composé d'une forme nécessaire à l'obtention d'un résultat technique.

La Cour va rappeler que ce texte vise à empêcher que le droit des marques aboutisse à conférer à une entreprise un monopole sur des solutions techniques ou des caractéristiques utilitaires d'un produit. Selon la Cour, l'application du texte implique d'identifier les caractéristiques essentielles du signe tridimensionnel en cause : en l'espèce, il s'agit d'un cube et d'une structure en grille figurant sur chacune des faces de ce cube. Restait donc à déterminer si ces caractéristiques répondent à une fonction technique du produit. Afin de mener cette recherche, la Cour indique qu'il convient de mener une analyse spécifique au produit concerné et reproche au Tribunal de ne pas avoir procédé à cette analyse en prenant en considération les éléments supplémentaires ayant trait à la fonction du produit en cause.

En particulier, la Cour fait grief au Tribunal de s'être uniquement fondé sur la représentation graphique du signe reproduit dans le dépôt de la marque, sans tenir compte d'éléments supplémentaires, tels que la capacité de rotation (grâce à un mécanisme interne

invisible du cube) d'éléments individuels d'un puzzle à trois dimensions. Le Tribunal en avait déduit – à tort selon la Cour – que le fait que la structure a pour effet de diviser visuellement chaque face de ce cube en neuf éléments carrés de même dimension ne saurait constituer une telle fonction. Ainsi, le sort de la marque tridimensionnelle n'est pas encore réglé : en raison de l'annulation des décisions de la division d'opposition de l'EUIPO et du Tribunal ayant validé l'enregistrement de la forme en cause, l'EUIPO devra procéder à une nouvelle analyse en appliquant les règles dégagées dans cet arrêt. Affaire à suivre.

A rapprocher : Règlement CE du Conseil n°40/94 du 20 décembre 1993 ; Communiqué de presse de la CJUE du 10 novembre 2016

IMMOBILIER – CONSTRUCTION URBANISME

Bail commercial : les travaux prescrits par l'Administration sont à la charge du bailleur
Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} décembre 2016, n°15-22.248

Ce qu'il faut retenir :

Dans le droit fil de sa jurisprudence, la Cour de cassation rappelle au visa de l'article 1719 du Code civil relatif à l'obligation de délivrance du bailleur, que sauf stipulation expresse contraire, les travaux prescrits par l'autorité administrative sont à la charge du bailleur commercial.

Pour approfondir :

Par acte du 15 juin 2006, Mme X a acquis, suite à la liquidation judiciaire de son précédent propriétaire, un fonds de commerce à destination d'hôtel restaurant comprenant **un bail commercial** consenti le 28 mars 2001 par les propriétaires de l'immeuble.

Par courrier du 24 juin 2008, la préfecture a informé Madame X que, suite à un avis défavorable de la commission de sécurité dont son établissement avait fait l'objet le 16 juin 2004, le maire avait pris un arrêté autorisant la poursuite de l'activité de l'hôtel restaurant

sous réserve que divers travaux soient réalisés. Le 9 juillet 2009, le maire a pris un arrêté portant mise en demeure de réaliser des travaux de mise en conformité de l'établissement et l'établissement a finalement fait l'objet d'une fermeture administrative par arrêté du 5 mars 2011.

Suite à cette fermeture administrative, la société de Madame X, preneur, a été placée en liquidation judiciaire. Le preneur a alors assigné le bailleur en réparation du préjudice consécutif à la perte de son fonds de commerce.

Au fond, la Cour d'appel a rejeté la demande du preneur, estimant que les travaux de mise aux normes étaient à la charge du preneur au regard du bail commercial qui stipulait que le locataire devait « *satisfaire à la réglementation sanitaire, voirie, salubrité, hygiène, de manière à ce que le bailleur ne puisse aucunement être recherché à ce sujet* ».

Cette clause était reprise dans les différents actes de cession de fonds de commerce.

Le preneur a alors formé un pourvoi en cassation dans lequel il faisait valoir que le bailleur avait manqué à son obligation de délivrance puisqu'il n'avait pas maintenu les locaux loués en conformité avec les normes de sécurité et d'hygiène applicables.

La Cour de cassation lui donne raison et casse l'arrêt d'appel au visa de l'article 1719 du Code civil qui dispose : « *Le bailleur est obligé, par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière, de délivrer au preneur la chose louée* ».

La Cour rappelle que « *sauf stipulation expresse contraire, les travaux prescrits par l'autorité administrative sont à la charge du bailleur* » en vertu de l'obligation de délivrance du bailleur.

Cet arrêt s'inscrit dans la droite ligne de la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle seule la volonté des parties formalisée dans une clause expresse permet de mettre les travaux prescrits par l'autorité administrative à la charge du preneur (déjà en ce sens : **Cass. civ. 3^{ème}, 22 avril 1980, n°78-13.301**).

Ce principe a également donné lieu, ces derniers mois, à des décisions similaires s'agissant des travaux liés à la vétusté en principe à la charge du bailleur selon l'article 1755 du Code civil (voir en ce sens **Cass. civ. 3^{ème}, 8 septembre 2016, n°15-17.532** et **Cass. civ. 3^{ème}, 17 novembre 2016, n°15-18.345**).

Il sera enfin rappelé que la liberté contractuelle des parties est désormais encadrée par le dispositif « Pinel » puisque **l'article R145-35 du Code de commerce, applicable aux baux conclus à compter du 5 novembre 2014**, dispose désormais que les travaux de mise en conformité ne peuvent plus être imputés au preneur dès lors qu'ils relèvent des grosses réparations visées à l'article 606 du Code civil.

A rapprocher : Article 1719 du Code civil ; Article R145-35 du Code de commerce ; Cass. civ. 3^{ème}, 22 avril 1980, n°78-13.301 ; Cass. civ. 3^{ème}, 8 septembre 2016, n°15-17.532 ; Cass. civ. 3^{ème}, 17 novembre 2016, n°15-18.345 ; CA Rouen, 10 novembre 2016, n°15/04196.

Recours au juge des loyers commerciaux pour la fixation d'un loyer binaire de renouvellement

Cass. civ. 3^{ème}, 3 novembre 2016, n°15-16.826 et 15-16.827

Ce qu'il faut retenir :

La stipulation selon laquelle un loyer d'un bail commercial est composé d'un loyer minimum et d'un loyer calculé sur la base du chiffre d'affaires du preneur n'interdit pas, lorsque le contrat le prévoit, de recourir au juge des loyers commerciaux pour fixer, lors du renouvellement, le loyer minimum garanti à la valeur locative.

Pour approfondir :

Par deux arrêts de censure partielle en date du 3 novembre 2016, la Cour de cassation redistribue les cartes en matière de fixation judiciaire de la partie fixe d'un loyer binaire à l'occasion du renouvellement du bail. Le loyer binaire, également appelé « loyer clause-recettes », notamment utilisé au sein des centres commerciaux, se caractérise par l'existence d'un loyer minimum garanti et d'un loyer variable additionnel calculé sur la base du chiffre d'affaires du locataire. Néanmoins, parce que le statut des baux commerciaux envisage un prix unique et non un loyer composite, la jurisprudence considère que ce mode de fixation du loyer échappe aux dispositions statutaires (et donc à la compétence du juge des loyers commerciaux) et n'est régi que par la convention des parties (**Cass. civ. 3^{ème}, 15 mai 1991, n°89-20.847**). En l'espèce, deux locaux commerciaux situés dans un centre commercial avaient été donnés à bail pour une durée de dix ans,

moyennant un loyer de base minimum ainsi qu'un loyer additionnel représentant 8 % du chiffre d'affaires du preneur. Les baux prévoient notamment, en cas de renouvellement que, « *dans les termes et conditions de la législation en vigueur, le loyer de base sera fixé selon la valeur locative telle que déterminée par les articles 23 à 23-5 du décret du 30 septembre 1953 ou tout autre texte qui lui sera substitué* » et qu'« *à défaut d'accord, le loyer de base sera fixé judiciairement selon les modalités prévues à cet effet par la législation en vigueur* ».

La Cour d'appel d'Aix en Provence avait rejeté les deux demandes de saisine du juge des loyers commerciaux en fixation de la valeur du loyer minimum garanti formées par le bailleur au motif que l'existence d'une clause de loyer binaire induit une incompatibilité avec les règles statutaires relatives à la fixation du loyer puisque celui-ci, dans un tel bail, n'est pas fixé selon les critères définis à **l'article L. 145-33 du Code de commerce** que le juge des loyers commerciaux a l'obligation d'appliquer. Le bailleur a alors formé un pourvoi en cassation contre chacune de ces décisions de rejet. Aux termes de deux attendus identiques dénués d'ambiguïté, la Haute juridiction a estimé que « *la stipulation selon laquelle un loyer d'un bail commercial est composé d'un loyer minimum et d'un loyer calculé sur la base du chiffre d'affaires du preneur n'interdit pas, lorsque le contrat le prévoit, de recourir au juge des loyers commerciaux pour fixer, lors du renouvellement, le minimum garanti à la valeur locative* » et que « *le juge statue alors selon les critères de l'article L. 145-33 du Code de commerce, notamment au regard de l'obligation contractuelle du preneur de verser, en sus du minimum garanti, une part variable, en appréciant l'abattement qui en découle* ». A travers ces deux décisions, la Haute juridiction énonce que le juge des loyers commerciaux, saisi d'une telle demande, peut se prononcer sur la fixation de la partie fixe d'un loyer binaire lors du renouvellement du bail, conformément à la volonté des parties, tout en tenant compte de la stipulation concernant la part variable du bail.

A rapprocher : Article L. 145-33 du Code de commerce ; Cass. civ. 3^{ème}, 15 mai 1991, n°89-20.847

Allongement de la durée de validité des autorisations d'exploitation commerciale

Décret n°2016-1728 du 15 décembre 2016 relatif aux autorisations d'exploitation commerciale

Ce qu'il faut retenir :

Le délai pour ouvrir un projet commercial au public ou à la clientèle, au sens de l'article R. 752-20 du Code de commerce, est maintenu à 3 ans, à compter de la date à laquelle le permis de construire est devenu définitif, pour les projets portant sur la réalisation d'une surface de vente inférieure ou égale à 2.500 m² ; il est prolongé de 2 ans (lorsque la surface de vente à créer est comprise entre 2.500 m² et 6.000 m²) et de 4 ans lorsque la surface de vente à créer est supérieure à 6.000 m².

Pour approfondir :

On le sait, pour les projets nécessitant un permis de construire, les plus importants, a fortiori mixtes, c'est-à-dire mêlant à la fois commerces, logements et/ou autres activités, l'autorisation d'exploitation commerciale est périmée si l'ouverture au public ou à la clientèle, au sens de **l'article R. 752-20 du Code de commerce**, ne peut intervenir dans les 3 ans à compter de la date à laquelle le permis de construire est devenu définitif. Les porteurs de projet se doivent alors de déposer un nouveau dossier et de solliciter ainsi une nouvelle autorisation d'exploitation commerciale.

Le décret n° 2016-1728 du 15 décembre 2016 adapte la réglementation aux contraintes inhérentes à la réalisation de ces projets, par souci de sécurisation des projets, de simplification des procédures, et ce dans l'intérêt des opérateurs économiques ainsi que des commissions d'aménagement commercial (amenées à examiner les demandes d'autorisations). C'est pourquoi le délai pour ouvrir un projet commercial au public ou à la clientèle, au sens de l'article R. 752-20 du Code de commerce, est maintenu à 3 ans, à compter de la date à laquelle le permis de construire est devenu définitif, pour les projets portant sur la réalisation d'une surface de vente inférieure ou égale à 2.500 m², et prolongé soit de 2 ans, lorsque la surface de vente à créer est comprise entre 2.500 m² et 6.000 m², soit de 4 ans lorsque la surface de vente à créer est supérieure à 6.000 m².

Il est important de souligner que ces nouvelles dispositions entrent en vigueur le 17 décembre 2016 et s'appliquent aux autorisations d'exploitation

commerciale, délivrées pour des projets soumis à autorisation d'exploitation commerciale et nécessitant un permis de construire, en cours de validité au 16 décembre.

A rapprocher : C. com., art. R. 752-20

Responsabilité de l'architecte

CA Paris, 2 décembre 2016, n° 15/06481

Ce qu'il faut retenir :

Les retards des entreprises ne peuvent être imputés à l'architecte que si celui-ci ne met pas en œuvre les moyens mis à sa disposition par les marchés pour faire respecter les délais par lesdites entreprises et s'il n'informe pas le maître de l'ouvrage.

Pour approfondir :

Un architecte s'était vu confier une mission de maîtrise d'œuvre dans le cadre d'une opération de réhabilitation d'un immeuble. Le syndicat des copropriétaires, maître de l'ouvrage, recherchait la responsabilité contractuelle de l'architecte à raison de fautes commises dans l'accomplissement de ses missions.

La Cour d'appel de Paris retient, par principe, que « *les retards des entreprises ne peuvent être imputés à l'architecte que si celui-ci ne met pas en œuvre les moyens mis à sa disposition par les marchés pour faire respecter les délais par lesdites entreprises et s'il n'informe pas le maître de l'ouvrage* ».

Une fois ce principe – décisif – posé, la motivation de l'arrêt commenté demeure intéressante en ce qu'elle s'applique suivant deux cas de figure bien distincts. Tout d'abord, l'arrêt retient que l'architecte, confronté à des absences réitérées de l'entrepreneur chargé du lot "ascenseur", l'avait mis en demeure et avait proposé l'application de pénalités de retard au maître de l'ouvrage lors de l'établissement des comptes. La Cour d'appel de Paris souligne « *qu'aucun autre moyen de contrainte n'éta(n)t à sa disposition, il appartenait au maître de l'ouvrage, dûment informé des retards par le maître d'œuvre, de résilier le marché s'il le souhaitait* ». Ensuite, l'arrêt retient qu'aucune justification aux

retards pris par les entreprises chargées des lots "remise en conformité électricité" et "remplacement des portes" n'est apportée par l'architecte qui n'a mis en œuvre aucun des moyens mis à sa disposition pour y remédier.

L'architecte, qui a cessé d'établir des comptes-rendus de chantier alors que les travaux n'étaient pas tous terminés, a manqué à ses obligations au titre de la direction de chantier et a nécessairement contribué au retard pris par lesdits travaux jusqu'à la résiliation du contrat de maîtrise d'œuvre par le syndicat des copropriétaires. Les fautes ainsi commises justifient la résiliation unilatérale du contrat de maîtrise d'œuvre par le syndicat des copropriétaires.

A rapprocher : Cass. civ. 3^{ème}, 25 févr. 1998 : Juris-Data n° 1998-000835 ; RD imm. 1998, p. 258

INTERNATIONAL

Règlement Rome II et rupture des relations commerciales établies

CA Paris, 5 décembre 2016, n°15-16768

Ce qu'il faut retenir :

La rupture brutale des relations commerciales établies relève, en cas de défaut de stipulations relatives à la loi applicable au contrat, du règlement Rome II relatif à la loi applicable aux obligations non contractuelles.

Pour approfondir :

Dans l'espèce, la société Classic Operadora de Tour avait pour activité celle d'agent de voyages réceptifs à Punta Cana en République Dominicaine. A cette fin, cette dernière proposait aux tours opérateurs « des services consistants en la réservation d'hôtels, les transferts entre hôtels et aéroport, les excursions » en République Dominicaine.

La société Classic Operadora de Tour avait conclu le 1^{er} octobre 2010 un contrat avec la société TUI France ayant quant à elle pour activité la création et la vente de « voyages et prestations connexes en France et à

l'étranger » pour une durée de deux ans. Ce contrat a été reconduit pour une nouvelle période de deux ans, soit jusqu'au 31 décembre 2014.

Le contrat conclu prévoyait la possibilité pour le tour opérateur TUI France de rompre unilatéralement et par anticipation le contrat « *sans préjudice en cas de décision du groupe TUI* ».

Le 8 janvier 2013, la société TUI France annonçait à la société Classic Operadora de Tour qu'elle mettait un terme au contrat et cela à compter du 11 mai 2013 soit avant le terme prévu au contrat.

La société Classic Operadora de Tour l'assignait alors devant le tribunal de commerce de Paris pour rupture brutale des relations commerciales établies sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce.

Par jugement en date du 6 juillet 2015, le tribunal de commerce de Paris déboutait la société Classic Operadora de Tour de ses demandes au motif que l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce n'était pas applicable. La société Classic Operadora de Tour fait appel de la décision de première instance.

La Cour d'appel procède en premier lieu à un examen des termes du contrat entre les parties et relève que si le contrat a bien été signé en France « *aucune stipulation du contrat ne renvoie au droit français* ». Dans le même sens, le « *contrat ne comporte pas de clause d'attribution de compétence* ».

La Cour d'appel relève par la suite que les « *dispositions de l'article 442-6 du code de commerce, qui sanctionnent une rupture brutale de relations commerciales, n'ont pas de lien direct avec la bonne ou mauvaise exécution du contrat, elles relèvent de la responsabilité délictuelle* » (nous soulignons). L'action fondée sur la rupture brutale des relations commerciales établies étant de nature délictuelle, la loi applicable aux obligations non contractuelles est soumise aux dispositions du règlement Rome II du 11 juillet 2007.

La Cour d'appel relève alors que « *la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient [...]* » concluant que « *l'action visant à sanctionner la rupture de relations commerciales établies, est régie par la loi du lieu où la victime de la rupture exerce son activité et a son siège social* », dès lors la loi dominicaine est applicable.

La question de la nature délictuelle ou contractuelle de l'action fondée sur l'article L 442-6 5 du code de commerce a été soulevée à de nombreuses reprises et récemment la Cour de Justice de l'Union Européenne a reconnu un fondement contractuel à une telle action dès lors qu'il existait entre les parties une « *relation contractuelle tacite* » (CJUE 14 juillet 2016, C-196/15). Il sera par ailleurs relevé que la Cour d'appel de Paris écarte l'application de l'article 4. 3 du Règlement Rome II aux termes duquel le fait dommageable né à l'occasion d'un contrat est régi par la loi de ce contrat.

Force est de constater que la Cour d'appel de Paris, malgré la position adoptée par la Cour de Justice de l'Union Européenne, conserve la position classique de la Cour de cassation qui est celle d'une action fondée sur la responsabilité délictuelle et non contractuelle.

A rapprocher : CJUE, 14 juillet 2016, C-196/15

**Pratique commerciale déloyale
au sens de la directive 2005/29/CE**
Cass. civ. 1^{ère}, 14 déc. 2016, n° 14-11.437

Ce qu'il faut retenir :

La « *pratique commerciale consistant en la vente d'un ordinateur équipé de logiciels préinstallés ne constitue pas, en tant que telle, une pratique commerciale déloyale au sens de l'article 5, paragraphe 2 de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs* ».

Pour approfondir :

Un consommateur ayant acheté un ordinateur de marque Sony équipé de logiciels préinstallés a demandé à la société Sony Europe Limited de lui rembourser la partie du prix de l'ordinateur correspondant au coût des logiciels. La Cour d'appel de Versailles a rejeté cette demande aux motifs que le consommateur : « *pouvait exercer son choix en s'adressant à d'autres fabricants et en achetant un autre matériel d'une autre marque vendu sans logiciels ou associé à d'autres logiciels, le marché offrant une variété d'ordinateurs et de logiciels dont la combinaison permettait d'assurer la liberté de son choix. (...) que la vente pratiquée par la société Sony n'altérerait donc pas*

substantiellement le comportement économique de M. X..., dans la mesure où ce dernier restait libre de décider d'acheter sur le marché auprès d'un autre fabricant, un autre produit, différemment composé et utilisant d'autres logiciels et qu'il pouvait se faire rembourser l'appareil acquis s'il s'apercevait qu'en définitive il ne correspond pas à ce qu'il souhaitait. »

La Cour de cassation a rappelé la décision rendue par la Cour de Justice de l'Union Européenne aux termes de laquelle « *une pratique commerciale consistant en la vente d'un ordinateur équipé de logiciels préinstallés sans possibilité pour le consommateur de se procurer le même modèle d'ordinateur non équipé de logiciels préinstallés ne constitue pas, en tant que telle, une pratique commerciale déloyale au sens de l'article 5, paragraphe 2, de la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mai 2005, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur, à moins qu'une telle pratique ne soit contraire aux exigences de la diligence professionnelle et n'altère ou ne soit susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur moyen par rapport à ce produit. »*

En l'espèce, la Cour de cassation reprend les différentes étapes d'analyse de la Cour d'appel afin de déterminer le caractère ou non déloyal de la vente d'ordinateurs équipés de logiciels préinstallés.

La Cour de cassation rappelle en l'espèce les critères d'une pratique commerciale déloyale comme étant, d'une part, une pratique contraire aux exigences de la diligence professionnelle et, d'autre part, comme étant une pratique altérant ou susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé à l'égard d'un bien ou d'un service.

Concernant la notion de diligence professionnelle, la Cour de cassation relève que « *son analyse du marché l'avait conduite, en toute bonne foi, à vendre un produit composite doté d'une configuration prête à l'emploi répondant aux attentes d'une part importante des consommateurs, lesquels préféreraient disposer d'un produit unique préinstallé et d'utilisation immédiate plutôt que d'acheter séparément les divers éléments le composant et de procéder à une installation jugée difficile par un consommateur moyen ou, en tout cas, non souhaitée par celui-ci* ».

Concernant le deuxième critère, relatif à l'existence ou au risque d'existence d'une altération substantielle du comportement économique du consommateur, la Cour de cassation relève que la Cour d'appel a estimé que le consommateur avait été dûment informé de « l'existence de logiciels préinstallés sur l'ordinateur et des caractéristiques précises de chacun de ces logiciels » lui permettant dès lors de faire un choix en toute connaissance de cause et témoignant dès lors de l'absence d'altération du comportement économique.

Ainsi la pratique commerciale déloyale est constituée tant par l'absence de respect des diligences professionnelles que par l'existence d'une altération de manière substantielle du comportement économique du consommateur.

A rapprocher : CJUE, 7 sept. 2016 aff. C-310/15

Le contrôle du Conseil d'Etat sur une sanction rendue en matière d'arbitrage international
CE, 9 novembre 2016, Req. n°388806,
Publié au recueil Lebon

Ce qu'il faut retenir :

Le Conseil d'Etat est compétent pour connaître des recours dirigés contre une sentence arbitrale internationale. Il précise le contrôle qu'il est amené à exercer sur une sentence en arbitrage international est limité et ne porte que sur certains éléments.

Pour approfondir :

Pour la première fois le Conseil d'Etat est amené à déterminer le contrôle qu'il est amené à exercer lorsqu'il se trouve confronté à une sentence rendue en matière d'arbitrage international. Dans l'espèce, en 2001 Gaz de France, qui était encore un établissement public a conclu un contrat avec un groupement de sociétés pour la construction d'un terminal méthanier. Ce contrat a ensuite été cédé par Gaz de France à la société Fosmax LNG. Les cocontractants avaient décidé par avenant, que tout différend relatif à leur contrat serait tranché par une juridiction arbitrale. Durant la relation contractuelle un litige survient et la juridiction arbitrale condamne la société Fosmax LNG. Cette société forme un recours en annulation de la décision devant le Conseil d'Etat, dont la compétence avait été

déterminée par le Tribunal des Conflits dans une précédente décision (TC, 11 avril 2016 n°4043).

Le Conseil d'Etat va ainsi lors de cette affaire inédite déterminer l'étendue de son contrôle et de ses limites.

Le contrôle doit donc porter sur les éléments suivants :

- la possibilité de soumettre le litige à l'arbitrage : le Conseil d'Etat doit s'assurer, le cas échéant d'office, de la licéité de la convention d'arbitrage, qu'il s'agisse d'une clause compromissoire ou d'un compromis ;
- veiller à ce que les moyens soulevés devant lui tiennent en des moyens tirés des conditions d'irrégularités de la sentence rendue. A savoir la compétence du tribunal arbitral, sa correcte composition, le respect des principes d'indépendance et d'impartialité des juges, le caractère contradictoire et la motivation de la sentence ;
- s'assurer que la sentence rendue n'est pas contraire à l'ordre public. Les juges doivent vérifier que le contrat n'est pas entaché d'un vice d'une particulière gravité, tel un vice du consentement ou qu'il n'est pas contraire à une règle d'ordre public à laquelle les personnes publiques ne peuvent déroger.

Dans l'espèce, les juges estiment que la sentence avait été régulièrement rendue. En revanche, ils retiennent que l'arbitre a méconnu une règle d'ordre public et annulent partiellement la sentence. Les arbitres avaient effectivement appliqué une règle de droit privé alors que le contrat était un contrat administratif et donc soumis aux règles de droit public. La sentence n'est ainsi annulée que sur un point précis dans la mesure où elle a méconnu une règle d'ordre public, selon laquelle le maître de l'ouvrage peut procéder lui-même aux travaux si son cocontractant méconnaît ses obligations et aux frais de ce dernier.

Toutefois, le Conseil d'Etat rappelle qu'il ne peut régler l'affaire au fond lui-même, sauf convention contraire ou accord des parties, mais ne peut qu'annuler ou rejeter une sentence arbitrale.

A rapprocher : Trib. Confl., 11 avril 2016, n°4043

ACTUALITÉ SIMON ASSOCIÉS

JANVIER 2017

LE DIRIGEANT À L'ÉPREUVE DES DIFFICULTÉS, DE LA PRÉVENTION AUX PROCÉDURES DE SANCTION

27 janvier 2017 – Paris
[En savoir plus](#) – [S'inscrire](#)

INTERNATIONAL PRIVATE EQUITY MARKET (IPEM) 2017

25-27 janvier 2017 – Cannes
[En savoir plus](#)

FINANCIARISATION DE L'IMMOBILIER : COMMENT APPRÉHENDER LES CONSÉQUENCES DES FLUX D'INVESTISSEMENTS VERS L'IMMOBILIER ?

19 janvier 2017 – Paris
[En savoir plus](#)

DECEMBRE 2016

ACTUALITÉ IMMOBILIÈRE DE L'ANNÉE 2016

Intervenants : [BENOIT RAIMBERT](#), [ISABELLE ROBERT-VEDIE](#) ET [AMELIE PINÇON](#)
15 décembre 2016 – Paris
[En savoir plus](#) – [S'inscrire](#)

NUIT DE L'ÉCONOMIE ET DES TROPHÉES « PRÉSENCES » 2016

Participation de [JEAN-CHARLES SIMON](#) et [ÉLISE GUILHAUDIS](#)
8 décembre 2016 – Grenoble
[En savoir plus](#)

L'INNOVATION DIGITALE AU SERVICE DU RETAIL

Intervenant : [MATTHIEU BOURGEOIS](#)
6 décembre 2016 – Paris
[En savoir plus](#)

DATA ET RETAIL : ENJEUX BUSINESS ET ASPECTS JURIDIQUES

Intervenants : [FRANÇOIS-LUC SIMON](#) et [MATTHIEU BOURGEOIS](#)
1^{er} décembre 2016 – Paris
[En savoir plus](#)