



SIMON ASSOCIÉS
RÉSEAU SIMON AVOCATS



LA LETTRE DES RESEAUX

SEPTEMBRE - OCTOBRE
2016

SOMMAIRE

DISTRIBUTION	
Résiliation du contrat de franchise aux torts exclusifs du franchisé et préjudices réparables CA Paris, 7 septembre 2016, n°14/04528	p. 2
Violation du droit de préemption du franchiseur et indemnisation Cass. com., 20 septembre 2016, n°15-10.963	p. 5
Résultats déficitaires d'un franchisé et passage au crible des causes de nullité d'un contrat de franchise CA Versailles, 13 septembre 2016, n°14/05670	p. 7
Refus d'agrément dans le cadre d'un réseau de distribution sélective quantitative Cass. com., 6 septembre 2016, n°15-11.415	p. 9
D'une rupture brutale... et prévisible Cass. com., 6 septembre 2016, n°14-25.891	p. 10
Relation commerciale « établie » et prestations habituelles « hors contrat » Cass. com., 6 septembre 2016, n°15-15.086	p. 11
CONCURRENCE & CONSOMMATION	
Ventes liées, politique tarifaire et stratégie d'éviction Autorité de la concurrence n°16-D-21, 6 octobre 2016	p. 12
Article 464-1 du Code de commerce et mesures conservatoires Cass. com., 4 octobre 2016, n°15-14.158	p. 12
Sollicitation des consommateurs par voie téléphonique Décret n° 2016-1238 du 20 septembre 2016	p. 13
Services à la personne Enquête de la DGCCRF du 12 octobre 2016	p. 14
PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE & NOUVELLES TECHNOLOGIES	
Valeur économique de la donnée Loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016	p. 15
Incidence du non-usage d'une marque sur l'appréciation de sa contrefaçon CA Paris, 13 septembre 2016, n°15/04749	p. 16
Distribution parallèle et contrefaçon CA Paris, 15 septembre 2016, n°15/00108	p. 17
Liens hypertextes vers des œuvres et contrefaçon CJUE, 8 septembre 2016, aff. C-160/15	p. 18
IMMOBILIER – CONSTRUCTION – URBANISME	
Révision triennale légale du bail commercial et renouvellement Cass civ 3 ^{ème} , 8 septembre 2016, n°15-17.485	p. 19
Action du preneur en fixation du loyer du bail renouvelé et prescription biennale Cass. civ. 3 ^{ème} , 20 octobre 2016, n°15-19.940, Publié au Bulletin	p. 20
Injonction du juge des référés ayant suspendu un refus de permis de construire Conseil d'Etat, 7 octobre 2016, n° 395211	p. 20
Autorisation de dérogation en matière d'affichage publicitaire Conseil d'Etat, 12 octobre 2016, n° 396433	p. 21
INTERNATIONAL	
Compétence du juge français et concurrence déloyale Cass. com., 20 septembre 2016, n°14-25.131	p. 22
Incoterms et transfert de risques Cass. com., 13 septembre 2016, n° 14-23.137	p. 23
ACTUALITÉ SIMON ASSOCIÉS	p. 24

*Réseau SIMON Avocats

**Convention Organique Internationale

DISTRIBUTION

Résiliation du contrat de franchise aux torts exclusifs du franchisé et préjudices réparables

CA Paris, 7 septembre 2016, n°14/04528

Ce qu'il faut retenir :

La résiliation du contrat de franchise aux torts exclusifs du franchisé peut avoir notamment pour conséquence la condamnation de ce dernier à réparer les préjudices consécutifs à la perte de redevances, à la perte de chance de percevoir une marge en qualité de centrale d'achat/de référencement, et à l'atteinte à l'image du réseau de franchise.

Pour approfondir :

On le sait, le prononcé par le juge de la **résiliation du contrat de franchise** aux torts exclusifs du franchisé peut emporter tout ou partie des condamnations suivantes à l'encontre de ce dernier :

- d'une part, la condamnation du franchisé au paiement des sommes restants dues au franchiseur au titre du passé (on songe ici essentiellement aux redevances de franchise et marchandises impayées, et aux pénalités de retard de paiement y afférentes) ;
- d'autre part, le cas échéant, la condamnation du franchisé au paiement des sommes dues au franchiseur au titre de la violation de telle ou telle obligation spécifique prévue par le contrat de franchise (on songe par exemple à la violation d'une clause de non-concurrence applicable pendant la **durée du contrat**, ou à la violation d'une clause de préemption, etc.) ;
- enfin, et en tout état de cause, la condamnation du franchisé aux préjudices directement liés à cette résiliation.

L'apport de l'arrêt commenté concerne cette troisième catégorie de préjudices.

Il n'est donc pas question de revenir ici sur les conditions dans lesquelles le contrat de franchise peut être résilié, ni même sur la variété des clauses de nature à encadrer la résiliation de ce contrat (v. sur la question : **LDR, 1er avril 2009, Contrat de franchise et variétés de clauses de résiliation (à propos de Cass. com., 13 janvier 2009, pourvoi n°08-12.375)**).

Notre analyse portera sur les préjudices que le franchiseur peut obtenir lorsque la résiliation du contrat est prononcée aux torts exclusifs du franchisé. On envisagera ici : la perte de redevances, la perte de chance de percevoir une marge sur les achats, et l'atteinte à l'image du réseau.

● La perte de redevances

En l'absence de clause pénale dans le contrat de franchise

En l'espèce, le contrat ne comportait pas de clause pénale (à distinguer de la **clause de dédit**). L'arrêt retient à ce titre que :

« Considérant que par application des dispositions de l'article 1152, alinéa 2 du code civil, les premiers juges ont réduit la somme de 83.421 euros au titre des redevances qui auraient dû revenir à la société [franchiseur] si le contrat de franchise s'était poursuivi jusqu'à son terme le 1er octobre 2015, à celle de 30.000 euros ; que la société [franchiseur] sollicite l'infirmité du jugement en considérant qu'elle a subi une perte de redevances du fait de la résiliation du contrat de franchise aux torts exclusifs de la société [franchisée] et qu'il ne s'agit nullement d'une clause pénale susceptible d'être modérée » ;
« Considérant que si cette demande est justifiée dans son principe du fait même de la résiliation fautive du contrat de franchise par la société [franchisée] qui a ainsi engagé sa responsabilité et doit réparation du préjudice subi par le franchiseur du fait de cette rupture, il convient, en revanche et tout d'abord, de relever qu'aucune indemnité n'est prévue au contrat en cas de résiliation aux torts du franchisé ; que, par ailleurs, si la somme réclamée de ce chef est calculée sur la base d'une redevance prévisionnelle d'exploitation (moyenne annuelle du chiffre d'affaires réalisé sur les trois derniers exercices pleins de 372.000 euros HT x 5% taux de la redevance) et sur une durée de 3,75 exercices, correspondant à la durée qui restait à courir à compter de la date de résiliation jusqu'au 31 décembre 2014, terme des 9 ans du contrat, le mode de calcul ainsi retenu présente un caractère purement mécanique et ne tient pas compte de l'aléa inhérent à la vie des affaires, lequel prend un relief particulier au regard de la longueur de la période considérée ; qu'il convient, dès lors, de fixer le préjudice subi à ce titre à la seule somme de 30.000 euros retenue à bon droit par le jugement déferé ».

En l'absence de clause pénale, il nous semble justifié que le franchiseur puisse obtenir la réparation du préjudice résultant de la perte des redevances qu'il pouvait attendre de percevoir jusqu'à l'expiration du contrat à son **terme** normal (CA Paris, 18 février 2015, n°12/20590). Certaines décisions (selon nous critiquables) retiennent que le franchiseur ne saurait percevoir les redevances de franchise dues entre la date de résiliation retenue et celle de la fin du contrat (CA Paris, 22 juin 2016, n°14/03647).

En présence d'une clause pénale dans le contrat de franchise

Les parties peuvent évaluer par avance les dommages et intérêts dus par le débiteur en cas de retard ou d'inexécution par l'une des parties, par la stipulation d'une **clause pénale** (*D. Mazeaud, La notion de clause pénale, LGDJ, 1992*), régie par les articles **1152 et 1226 et suivants** du code civil.

Ainsi, le juge n'exerce pas le pouvoir de révision qu'il tient de l'article 1152 du code civil en présence d'une clause pénale prévoyant que le franchisé devra alors une somme sera égale à la moyenne mensuelle de la redevance au cours des 24 derniers mois (ou de l'intégralité de la période d'exécution du contrat si celle-ci s'avérait inférieure à 24 mois) multipliée par le nombre de mois restant à courir jusqu'à l'arrivée du terme des présentes (CA Paris, 22 juin 2016, n°14/03643 ; CA Paris, 22 janvier 2014, n°11/18554). Il en va *a fortiori* lorsque la clause pénale se cantonne à la moitié des redevances qui auraient été versées jusqu'au terme du contrat (CA Nîmes, 7 mai 2015, n°14/02593 et **notre commentaire**).

Une attention particulière doit être accordée à la rédaction de la clause pénale, qui doit essentiellement éviter deux écueils : le premier tient à son champ d'application, le second à sa portée. En premier lieu, en effet, les juges sont (à juste titre) attentifs au champ d'application d'une telle clause, qui est écartée lorsque par exemple celle-ci vise uniquement l'hypothèse où le franchisé n'a pas pris l'initiative d'une rupture unilatérale, alors que le juge du fond est appelé à prononcer la résiliation judiciaire aux torts du franchisé par suite d'une demande reconventionnelle du franchiseur (CA Paris, 2 juillet 2014, n°11/19239).

En second lieu, la clause pénale en cause doit être claire quant aux chefs de préjudice qu'elle a vocation à indemniser. Par exemple, les juges du fond vérifient si la clause pénale indemnise l'ensemble des préjudices résultant de la rupture du contrat de franchise ou

uniquement le préjudice découlant de la perte de redevances (v. sur une telle distinction, CA Paris, 17 mars 2016, n°14/23004 ; **CA Versailles, 30 janvier 2007, n°05/534**). Tout dépend donc de la manière dont la clause pénale est rédigée. Au demeurant, sous l'empire du nouveau droit des contrats, la règle *contra proferentem* prévaudra en présence d'un contrat d'adhésion.

• La perte de chance de percevoir une marge en qualité de centrale d'achats/de référencement

En l'espèce, les juges du fond retiennent à ce titre que :

« Considérant que la société [franchisée] était tenue en application de l'article 3.3 du contrat de franchise de s'approvisionner exclusivement auprès de la société [franchiseur] pour les produits mentionnés à l'annexe 3 ; que dans ses écritures, la société [franchisée] ne conteste pas s'être partiellement affranchie de cette obligation entre 2009 à 2011 mais fait valoir que le préjudice invoqué par l'intimée est purement hypothétique ; que la société [franchiseur] sollicite à ce titre la somme de 45.935 euros au titre de ces trois années outre celle de 71.162 euros au titre des années restant à courir jusqu'au terme du contrat, soit la somme totale de 117.097 euros » ;

« Mais considérant que la société [franchiseur] ne justifie nullement du préjudice qu'elle aurait subi du fait de l'inexécution partielle de l'obligation d'approvisionnement ; qu'en effet, la perte de marge qu'elle invoque, ne peut être déterminée au vu des seules pièces qu'elle verse aux débats, soit des factures d'achat pour les années 2009 à 2011 et une attestation de son expert-comptable mentionnant sa marge commerciale au titre des années 2008 à 2010 ; que par voie de conséquence, le préjudice qui aurait été subi et qui ne pourrait être constitué que par la perte de chance de réaliser une marge commerciale pour les années postérieures à la résiliation du contrat et restant à courir jusqu'à son terme conventionnel, n'est pas plus justifié ; que le jugement entrepris sera confirmé en ce qu'il l'a déboutée de la demande formée à ce titre ».

Tout est affaire d'espèce. Par exemple, le préjudice né de la perte de marge sur l'approvisionnement donne parfois lieu à une révision du juge qui, pour motiver l'exercice de son pouvoir de révision, retient l'existence d'*« une certaine fluctuation dans le temps »* (CA Paris, 22 juin 2016, n°14/03643).

● L'atteinte à l'image du réseau de franchise

L'idée même que le franchisé puisse, par son comportement, commettre une faute de nature à justifier sa condamnation pour « atteinte à l'image du réseau de franchise » ne prête pas à discussion ; cette situation a donné lieu à toute une série de décisions bien connues et parfaitement justifiées.

Ainsi, a-t-il été jugé par exemple que le franchisé doit réparation d'un tel **préjudice** (la liste n'est pas exhaustive) lorsqu'il :

- ne respecte pas le concept (CA Bordeaux, 24 janv. 2007, RG n°04/06594 in **F.-L. Simon, Droit de la franchise, Les Petites Affiches, n° spécial, avant-propos V. Lamanda, 15 nov. 2007, n°121, p. 35** ; CA Angers, 19 déc. 2006, Juris-Data n°2006-330903),
- ne respecte pas les règles d'hygiène (TC Paris, Ord. Réf., 28 juin 2012, n°2012/038682),
- viole le contrat de franchise en ne sollicitant pas l'assentiment du franchiseur préalablement à la diffusion d'une publicité locale (Comm. CE, 17 déc. 1986, *JOCE* n° L. 8, 10 janv. 1987, §. 44), brade les produits du réseau (**CA Nouméa, 1er août 2013, n°12/00393** ; **Cass. com., 18 juin 1996, n°94-17.072**),
- se livre à un dénigrement (**Cass. com., 8 mars 2016, n°14-21.921** ; CA Paris, 17 février 2016, n°13/20415), notamment lorsque celui-ci se manifeste sur internet (CA Versailles, 8 mars 2016, n°14/04091 ; voir sur la question, **La clause d'e-reputation**),
- commet une infraction pénale (**Cass. crim., 22 mai 2012, n°11-85.50 (Publié au Bulletin)**),
- viole une **clause de non-réaffiliation** (CA Paris, 17 février 2016, n°13/20415) ou une **clause de préemption** (CA Douai, 21 déc. 2006, n°04/02939 ; CA Douai, 7 déc. 2006, n°05/03872),
- utilise les **signes distinctifs** au-delà du terme du contrat de franchise (CA Paris, 6 oct. 2006, Juris-Data n°2006-332901) ou les signes d'une enseigne contrefaisante (**CA Versailles, 14 mai 2009, n°07/05311**),
- ou cesse d'exercer son activité pendant l'exécution du contrat de franchise (Tribunal Arbitral, 16 juin 2016, Réseau X c/ Sté S... (confidentiel)).

Rapportée à la question de la résiliation du contrat de franchise, l'idée reste intacte. En effet, par sa nature

même, la disparition prématurée du point de vente sous franchise, conséquence mécanique de la résiliation du contrat, porte nécessairement atteinte à l'image du réseau dès lors que :

- le franchisé descend l'enseigne, commune à tous les membres du réseau,
- sauf cas particulier, le réseau n'est donc plus présent dans la zone de chalandise,
- le réseau perd donc de son impact sur le consommateur local et, partant, de sa notoriété,
- ce préjudice est même accentué lorsque le point de vente ex-franchisé poursuit la même activité, contrariant toute réimplantation de l'enseigne dans la **zone de chalandise**, voire l'empêchant lorsque l'emplacement du point de vente ex-franchisé est stratégique.

En l'espèce, les juges du fond retiennent à ce titre que :

« Considérant que la société [franchiseur] sollicite la somme de 30.000 euros au titre du préjudice subi du fait de l'atteinte à l'image de son réseau ; qu'elle estime que le changement d'enseigne opéré par la société [franchisée] a nécessairement créé une confusion dans l'esprit des consommateurs situés à Toulouse sur la disparition du réseau de franchise [...] » ; « Considérant que la société [franchisée] réplique, sans au demeurant le démontrer, qu'il n'existe à ce jour plus aucun restaurant franchisé [sous l'enseigne du franchiseur] de sorte que la demande serait injustifiée dans son principe » ; « Considérant que le changement d'enseigne par la société [franchisée] en cours d'exécution du contrat, changement qu'elle a accompagné d'une communication via son site internet, a causé nécessairement un préjudice d'image au réseau de franchise de la société [franchiseur] ; que le jugement entrepris sera donc infirmé de ce chef ; que la cour dispose au dossier des éléments nécessaires pour évaluer le préjudice subi à ce titre à la somme de 10.000 euros ».

Le *quantum* reste parfois délicat à prouver par le franchiseur. A tel point que, dans certains cas, la demande indemnitaire du franchiseur est écartée au motif que celui-ci ne justifie pas, par la production de pièces, l'importance du préjudice d'image qu'il indique avoir subi (CA Paris, 22 juin 2016, n°14/03643 ; CA Rennes, 8 avril 2014, n°12/07128 ; **CA Caen, 6 mars, 2008, n°06/2994**). En réalité, sur cette question, tout est affaire d'espèce.

● Autres préjudices

Ici encore, tout est affaire d'espèce. D'autres préjudices peuvent être sollicités lorsque par exemple la résiliation du contrat de franchise emporte celle du contrat de **location-gérance** comportant lui-même une clause relative aux conséquences de sa résiliation (CA Paris, 22 juin 2016, n°14/03643).

A rapprocher : LDR, 1^{er} avril 2009, Contrat de franchise et variétés de clauses de résiliation

Violation du droit de préemption du franchiseur et indemnisation

Cass. com., 20 septembre 2016, n°15-10.963

Ce qu'il faut retenir :

La violation de la clause de préemption stipulée au profit du franchiseur peut justifier l'indemnisation des préjudices constitués, d'une part, de la perte de la chance de tirer profit des biens acquis et de se développer et, d'autre part, de la concurrence déloyale en résultant pour le franchiseur.

Pour approfondir :

Les questions relatives à la clause de préemption alimentent inlassablement les chroniques juridiques consacrées au domaine de la franchise ; la décision commentée constitue l'épilogue judiciaire d'une affaire au parcours sinueux, dont on rappellera ici les étapes essentielles, pour mieux comprendre la portée de la position récemment adoptée par la Cour de cassation. Cette décision rejette le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris condamnant l'auteur de la violation de la clause de préemption et le cessionnaire *in solidum* au paiement d'une somme de 5,1 M€.

En effet, selon l'arrêt objet du pourvoi (Paris, 22 octobre 2014, n°14/01115), rendu sur renvoi après cassation (**Cass. com., 7 janvier 2014, pourvois n° D 12-17. 416, Z 12-18. 079 et C 12-18. 266**), les sociétés du Groupe A, qui avaient pour filiales les sociétés du Groupe B et pour associés MM. Y..., Z... et A... et Mme B... (les associés cédants), étaient liées par un contrat de franchise stipulant, en cas de cession à un tiers des titres représentant le capital desdites sociétés, un droit de préemption au bénéfice du franchiseur ; soutenant que ces titres avaient été cédés le 28 mai 2001 à la

société T, en violation du droit de préemption qu'elle avait exercé le 28 décembre 2000, le franchiseur avait assigné les associés cédants et les sociétés du Groupe B pour faire constater la fraude et obtenir l'attribution à son profit des titres et actifs des sociétés cédées ; un premier arrêt du 14 mai 2003 avait constaté la validité et le caractère définitif de la préemption sans se prononcer sur la validité de la cession, les cessionnaires n'étant pas dans la cause. Le franchiseur avait alors engagé une nouvelle procédure, en y associant cette fois-ci les cessionnaires et, par un arrêt devenu irrévocable rendu le 15 novembre 2006, les juges du fond avaient retenu que :

- le précédent arrêt était devenu définitif et opposable à toutes les parties, notamment aux cessionnaires,
- la disparition des sociétés cédées, à la suite d'une opération de fusion-absorption réalisée par la société T, rendait impossible la substitution de la société Franchiseur dans les droits de l'acquéreur et impliquait de faire application des dispositions de l'article 1142 du code civil,
- l'indemnité due à la société Franchiseur en compensation du préjudice résultant de la violation de la clause de préemption lui serait versée, *in solidum*, par la société T et les associés cédants et qu'il y avait lieu d'ordonner une expertise sur le montant des dommages-intérêts à allouer en réparation des préjudices résultant de la violation du contrat de franchise et des actes de concurrence déloyale exercés au détriment de la société Franchiseur.

L'expert judiciaire désigné ayant déposé son rapport, la société Franchiseur reprenait ses demandes indemnitaires ; les juges du fond décidaient de condamner les auteurs de la violation de la clause de préemption ainsi que le cessionnaire au paiement d'une somme de 5,1 M€. Le cédant et les cessionnaires faisaient alors grief à l'arrêt critiqué de les avoir condamnés *in solidum* à payer cette somme à titre de dommages-intérêts au profit de la société Franchiseur.

Autrement dit, au cas particulier :

- la clause de préemption avait été jugée valable et opposable,
- la violation de cette clause ne prêtait plus à discussion,
- de sorte que seule subsistait la question du montant de l'indemnisation consécutif à la violation de la clause de préemption.

En premier lieu, la clause de préemption avait été jugée valable et opposable. Cette précision est loin d'être neutre lorsque l'on sait que :

(a) la validité de la clause de préemption peut être remise en cause, par exemple au regard des dispositions du droit de la concurrence, en particulier lorsque le dispositif contractuel mis en place a pour effet de restreindre artificiellement le jeu de la concurrence sur le marché pertinent (CA Metz, 27 janvier 2015, n°2015/00041 et n°2015/00042 et **notre commentaire** ; Cass. com., 4 novembre 2014, n°12-25.419 et **notre commentaire** ; v. aussi, M. Malaurie-Vignal, *Le droit de préemption au profit d'une coopérative de distribution*, sous Aut. conc., déc. n° 13-D-19, 29 octobre 2013, CCC, n°1, janvier 2014, comm. 6 : soulignant notamment l'approche *in concreto* de l'autorité de la concurrence).

(b) la clause de préemption, quoique valable, peut être écartée notamment :

- lorsque le créancier de l'obligation y a renoncé (v. pour une application récente, CA Bordeaux, 10 octobre 2016, n°14/00009) ;
- lorsque l'offre du tiers a été réceptionnée par le franchisé (ou son dirigeant) débiteur de l'obligation postérieurement à l'expiration du délai de préemption (voir notamment sur ce point : CA Paris, 16 mars 2016, n°13/22662, Juris-Data n°2016-004961 et **notre commentaire** ; TC Paris, 6 novembre 2013, n°2012/025207 et **notre commentaire** (et, en cause d'appel, CA Paris 16 mars 2016, n°13/22662) ; CA Nancy, 6 juin 2005, Juris-Data n°2005-294123), situations qui suscitent souvent une difficulté de preuve pour le franchiseur, créancier de l'obligation, qui supporte le fardeau probatoire (Cass. com., 14 février 2006, Juris-Data n°032237), mais peut en présence de certains indices justifier d'un motif légitime au sens de l'article 145 du code de procédure civile lui permettant d'obtenir une mesure *in futurum* (v., sur l'ensemble de la question, et notamment la question de la violation d'un pacte de préférence, F.-L. Simon, **L'application de l'article 145 du CPC au droit de la distribution et de la franchise (Etude d'ensemble)**) ; voir également, **Mesures d'instruction à l'encontre du franchisé s'approvisionnant hors centrale**).
- lorsque l'offre du tiers ne porte pas exactement sur le même objet que celui prévu par la clause de préemption, qui s'interprète restrictivement (à propos d'une augmentation de capital réservée réalisée en présence d'une clause de préemption

prévue par un pacte d'associés : CA Paris, 24 novembre 2015, n°14-15.626 et **notre commentaire** ; à propos d'une vente d'immeuble réalisée en présence d'une clause de préemption portant sur un seul lot : Cass. civ. 3^{ème}, 9 avril 2014, n°13-13.949 et **notre commentaire**) ou concerne un autre objet (Cass. com., 29 avril 1997, Juris-Data n°1997-001978 : retenant que lorsque le droit de préemption porte sur la cession du fonds de commerce du franchisé, il ne s'étend pas à l'hypothèse de la cession des parts sociales de la société franchisée).

En deuxième lieu, la violation de cette clause ne prêtait pas à discussion. Cette précision est loin d'être neutre lorsque l'on sait que la clause de préemption n'est pas violée dès lors que le franchiseur, créancier de l'obligation, a disposé de l'ensemble des informations utiles à l'exercice de son droit de préemption (voir notamment sur ce point : CA Paris, 4 septembre 2013, n°2011/10646 et **notre commentaire**) ou, ce qui revient au même en pratique, dès lors que le franchisé a transmis au franchiseur les informations énoncées par le contrat de franchise (voir notamment sur ce point : CA Versailles, 14 février 2012, n°2010/08678 et **notre commentaire**).

En dernier lieu, demeurait la question de l'indemnisation. L'arrêt objet du pourvoi (Paris, 22 octobre 2014, n°14/01115) avait retenu que la non-réalisation de la vente avait causé une perte de chance à la société Franchiseur de tirer profit de ces biens et de développer son réseau. La Cour d'appel avait ainsi retenu que le marché correspondant à l'activité sous franchise était dynamique et que la perte de chance devait être appréciée en tenant compte des gains théoriques possibles, des résultats de gestion ayant acquis les parts et de la gestion qu'aurait pu envisager le franchiseur, eu égard au mode d'exploitation qui aurait pu être retenu (franchise ou intégration), en tenant compte également des effets de la concurrence sur le secteur et de l'installation à proximité de grandes surfaces ayant un impact sur le chiffre d'affaires. L'arrêt objet du pourvoi avait fixé à 5,0 M€ le montant de ce préjudice ; le franchiseur avait indiqué avoir subi en outre un préjudice résultant de la perte de représentation de l'enseigne, de l'image et de la dévalorisation de la marque ; les juges du fond avaient alors considéré qu'un tel préjudice pouvait être indemnisé et que l'acquisition des parts sociales par la société avait effectivement privé le franchiseur de toute présence de sa marque sur les secteurs géographiques concernés ; au cas d'espèce, ce préjudice a été évalué à 0,1 M€.

En l'état de ces appréciations, la Cour de cassation retient que l'arrêt objet du pourvoi a pu retenir que la société Franchiseur était fondée à invoquer un préjudice né de la perte de la chance de tirer profit des biens acquis et de se développer. De plus, la Cour de cassation retient que c'est souverainement que l'arrêt objet du pourvoi a apprécié le montant du préjudice subi par la société Franchiseur au titre de la perte de la chance de se développer, laquelle nécessitait la prise en compte des effets ultérieurs de la faute retenue.

La société venant aux droits du franchiseur sollicitait par ailleurs l'indemnisation d'un préjudice résultant de la perte de représentation de l'enseigne, de l'image, et de la dévalorisation de la marque. L'arrêt retient que l'acquisition des parts sociales par le cessionnaire l'a privée de toute présence de la marque sur les secteurs géographiques concernés et relève que la société cessionnaire admet elle-même avoir eu un intérêt stratégique à l'acquisition du magasin exploité qui lui permettait d'acquérir une position très favorable dans ce secteur, ainsi qu'à celle de biens immobiliers. En l'état de ces appréciations, la Cour de cassation retient que la cour d'appel a pu retenir que la société avait subi un préjudice propre de concurrence déloyale.

Il faut noter enfin que la cession opérée par le franchisé en fraude des droits du franchiseur constitue un motif de résiliation immédiate du contrat de franchise aux torts exclusifs du franchisé (CA Paris, 3 juill. 1998, Juris-Data n°022261 : en faveur de l'exclusion immédiate du réseau) ; cette résiliation fautive emporte un préjudice pour le franchiseur, distinct de celui que lui cause la violation de la clause de préemption (v. pour une application récente, CA Douai, 31 Mars 2016, n°14/04545).

A rapprocher : F.-L. Simon, *Théorie et Pratique du droit de la Franchise*, Ed. Joly, févr. 2009, spéc. §§. 446 et suivants

Résultats déficitaires d'un franchisé et passage au crible des causes de nullité d'un contrat de franchise
CA Versailles, 13 septembre 2016, n°14/05670

Ce qu'il faut retenir :

Dans cette affaire, un franchisé rencontrant des difficultés économiques avait tenté de remettre en cause le contrat en formulant différents griefs envisagés sous un angle économique.

La Cour, au terme d'un examen circonstancié, va écarter toute responsabilité du franchiseur.

Pour approfondir :

Cet arrêt très motivé reprend une à une les critiques formulées par un franchisé, qui avait déroulé devant la Cour un panel élargi de griefs à l'encontre du franchiseur. Ils avaient tous une dimension économique ce qui fait tout l'intérêt de cette décision.

Sur la demande d'annulation fondée sur l'absence de cause

Le franchisé expliquait que la franchise est la réitération de la réussite et que le franchiseur doit mettre à la disposition du franchisé un **savoir-faire** performant. Pour le contester, il visait en particulier les résultats de la société situé à New York (le **pilote**) et ses résultats.

La Cour va rester insensible à l'argument : l'existence d'un savoir-faire ne peut se confondre avec les résultats de certaines unités ; ces résultats doivent être appréciés au regard du nombre d'établissements exploités et des résultats globaux du franchiseur. Concernant ceux-ci en particulier, elle va relever que la société du franchiseur est ancienne, comptait une centaine de points de vente lors de la signature du contrat et avait également mis en œuvre depuis de nombreuses années un savoir-faire pour développer un réseau important. Elle poursuit en relevant que les résultats ont été positifs jusqu'en 2014, ces résultats, assis sur les redevances payées par les franchisés, démontrent que ceux-ci peuvent s'acquitter de ces échéances et que la situation du réseau est bonne.

Selon les juges, le franchiseur justifie de l'existence d'un savoir-faire et de la « rentabilité de son concept » : la formule est curieuse, les juges auraient pu se contenter de la première partie de la phrase et du constat de l'existence d'un savoir-faire.

Sur la demande d'annulation fondée sur le dol ou l'erreur

Sur ce fondement, les critiques du franchisé sont encore multiples, elles visent :

- **le potentiel de chiffre d'affaires**

En l'espèce, le **DIP** comportait une annexe mentionnant le coût de construction d'une unité (qu'il s'agisse d'une unité avec un espace restauration ou uniquement dédiée à la livraison/vente à emporter) faisant état d'un

chiffre d'affaires moyen établi en prenant pour référence deux magasins. Or, au cours de l'instance le franchiseur avait pu établir que le chiffre d'affaire moyen n'était pas erroné en publiant des exemples de 9 franchisés au moins.

Le franchiseur avait également adressé au cabinet chargé, par le franchisé, d'établir des prévisionnels des exemples de chiffre d'affaires de plusieurs unités. Ainsi, avant la conclusion du contrat de franchise, le franchisé avait eu confirmation que le chiffre d'affaires moyen mentionné variant substantiellement d'un établissement à l'autre.

Les juges en concluent que la preuve du caractère prétendument erroné du chiffre d'affaires moyen n'est pas rapportée par le franchisé. Ce d'autant moins que plus de deux ans après il a fait établir un prévisionnel par un expert-comptable, que le franchisé a pu prendre connaissance des chiffres d'affaires et des résultats des membres du réseau dont l'identité a été précisée dans le DIP. Cette assertion n'est pas sans évoquer le devoir de se renseigner qui pèse sur le franchisé, lorsque les juges relèvent que le candidat disposait des coordonnées des membres du réseau (**Voir sur ce point notre article sur le devoir du franchisé de « se » renseigner**).

- le marché local

A titre liminaire, la Cour rappelle qu'aucune disposition légale n'impose au franchiseur de fournir une étude de marché local (**sur l'obligation pour le franchisé de réaliser sa propre étude de marché et ses comptes prévisionnels : CA Paris, 2 juillet 2014, RG n°11/19239**). En l'espèce, le DIP précisait que l'**étude d'implantation** préalable avait été réalisée par le franchisé en collaboration avec le franchiseur mais cela ne pouvait caractériser un engagement de ce dernier de procéder à une telle étude après la remise du DIP.

Ce document faisait également état du point de vente du réseau situé dans la commune limitrophe. Aussi, la Cour conclut que le franchisé avait été en mesure, dans le cadre de son **étude de marché local**, d'apprécier l'incidence de la présence d'un point de vente à proximité.

- les comptes prévisionnels

En préambule, la Cour rappelle qu'il n'existe aucune obligation légale imposant au franchiseur de réaliser un compte prévisionnel d'exploitation. En l'espèce, c'est un expert-comptable désigné par le franchisé qui a

réalisé les comptes prévisionnels et analysé les pièces en ce compris celles produites par le franchiseur, ne constituant que des éléments d'informations, dont l'exactitude a été établie.

Il convient de relever qu'une Cour d'appel a écarté une demande d'annulation du contrat en ces termes : « *le franchisé pouvait notamment réunir les éléments relatifs à la rentabilité des autres franchisés en les contactant directement dès lors qu'il disposait de leurs coordonnées – et que le Guide Créateur qui lui a été remis comportait la recommandation d'établir les comptes prévisionnels ainsi qu'une étude de marché* » (CA Paris, 7 octobre 2015, RG n°13/09827 et **notre commentaire** – voir également notre article **L'absence de responsabilité pour les prévisionnels : panorama des critères pris en compte : CA Paris, 16 septembre 2015, RG n°13/08191**).

A l'issue de ce passage en revue, la Cour déboute donc le franchisé de sa demande en annulation du contrat de franchise. La demande subsidiaire en résiliation va suivre le même sort.

Le franchisé tentait de faire état d'un manquement du franchiseur dans la mise à jour du savoir-faire, prévue par le contrat de franchise. Or, le franchiseur a pu établir avoir exécuté cette obligation en ayant mis à jour régulièrement ses cartes, effectué de opérations de promotion et mis en place un site internet. Une critique visait en particulier la diminution du nombre de franchisés : la Cour va considérer que celle-ci tient, non pas au savoir-faire mais à la concurrence d'autres réseaux.

Le franchisé avait également tenté de stigmatiser le rachat d'un réseau par le franchiseur : le franchisé critiquait son implication du dirigeant dans un autre réseau (non concurrent). Or, les juges vont encore considérer qu'aucun désengagement du franchiseur n'était caractérisé, ce qui, au surplus, ne peut en tout état de cause constituer une cause de résiliation.

Enfin, le franchisé critiquait l'absence de visites du franchiseur : en l'espèce le contrat prévoyait la « possibilité » pour le franchiseur d'effectuer des visites pour contrôler le respect de ses méthodes. Le franchisé ne pouvait pas se prévaloir de l'absence de visites dès lors qu'il ne justifiait pas avoir sollicité de telles visites.

Cet arrêt permet de faire le tour des voies de contestation de la validité d'un contrat de franchise sous son angle économique et des obligations à la

charge du franchiseur. En l'espèce, aucun manquement n'a pu être établi.

A rapprocher : F.-L. Simon, Le devoir de « se » renseigner - Etude d'ensemble

Refus d'agrément dans le cadre d'un réseau de distribution sélective quantitative

Cass. com., 6 septembre 2016, n°15-11.415

Ce qu'il faut retenir :

Dans un système de distribution sélective quantitative, le fournisseur peut valablement refuser d'agréer un candidat au motif que son *numerus clausus* est atteint, même lorsque le candidat retenu ne remplit pas encore les critères qualitatifs mais présente des garanties sérieuses quant à leur mise en œuvre effective.

Pour approfondir :

Le système de distribution sélective qualitatif repose sur la définition de critères qualitatifs objectifs permettant de sélectionner les distributeurs des produits objets du contrat (v. not. CA Paris, 30 octobre 2013, RG n°11/06257 et [notre commentaire](#)). Ces critères doivent être appliqués de manière non discriminatoire, faute de quoi le fournisseur est susceptible de voir sa responsabilité engagée (v. Cass. com., 18 décembre 2012, pourvoi n°11-27.342 et [notre commentaire](#)).

A ces critères objectifs qualitatifs peut s'ajouter un critère quantitatif, le fournisseur fixant alors un *numerus clausus* afin de limiter le nombre de ses distributeurs dans un territoire donné. Dès lors, un candidat peut voir sa candidature rejetée au motif de l'atteinte du quota.

Ce type de système, considéré comme anticoncurrentiel, doit respecter certaines conditions pour bénéficier d'une exemption et échapper à l'interdiction des pratiques restrictives. C'est dans le cadre d'un tel système que la décision commentée a été rendue.

En l'espèce, le fournisseur d'un réseau de distribution d'automobiles avait décidé de réorganiser son réseau en réduisant le nombre de ses distributeurs. L'un des distributeurs sortants avait déposé sa candidature.

Cette candidature avait été rejetée au motif que le *numerus clausus* avait été atteint.

Le candidat évincé, estimant avoir été victime d'une discrimination au profit du candidat retenu, poursuivait le fournisseur aux fins d'obtenir la réparation de son préjudice. L'argument principal du candidat évincé reposait sur l'idée que, dans le cadre d'un système de distribution sélective qualitatif et quantitatif, un candidat ne saurait être sélectionné avant d'avoir effectivement respecté la totalité des critères qualitatifs de sélection et qu'en l'espèce, le candidat retenu ne respectait pas encore les critères qualitatifs lorsque le fournisseur l'avait sélectionné. Dès lors, selon le candidat évincé, le refus qui lui avait été opposé était illicite car discriminatoire.

A cet argument, la Cour d'appel de Paris avait quant à elle estimé, dans son arrêt du 11 septembre 2014, que le règlement d'exemption n°1400/ 2002 du 31 juillet 2002 relatif à des catégories d'**accords verticaux** et de pratiques concertées dans le secteur automobile, applicable aux faits de l'espèce, n'empêchait pas le libre choix du distributeur, pourvu qu'il ait été en mesure de mettre en œuvre les critères retenus par le fournisseur, qu'il ait adhéré à ces conditions dès leur définition, qu'il se soit engagé, dans le cadre de son projet, à les respecter ou qu'il ait présenté des garanties sérieuses quant à la mise en œuvre des critères.

Se posait donc la question du moment où les critères qualitatifs devaient être réunis : devaient-ils être réunis dans leur ensemble au moment de la sélection du distributeur retenu ou pouvaient-ils faire uniquement l'objet d'un engagement du distributeur retenu et n'être mis en œuvre qu'ultérieurement ?

La Cour de cassation a tranché en faveur de la solution la plus souple. La Haute juridiction a en effet approuvé la Cour d'appel de Paris d'avoir considéré que le fournisseur avait pu légitimement considérer que son *numerus clausus* sur le territoire considéré était atteint et réitérer à plusieurs reprises son refus d'examiner la candidature du candidat évincé sans commettre de faute, dès lors que les juges du fond avaient relevé que le candidat retenu avait déposé un permis de construire peu après sa sélection et procédé à des investissements de grande ampleur, présentant ainsi des garanties sérieuses quant à la mise en œuvre effective des critères de sélection.

A rapprocher : CA Versailles, 7 janvier 2014, RG n°12/08061

D'une rupture brutale... et prévisible

Cass. com., 6 septembre 2016, n°14-25.891

Ce qu'il faut retenir :

Le caractère prévisible de la rupture d'une relation commerciale établie n'exclut pas nécessairement son caractère brutal.

Pour approfondir :

De 2003 à 2010, les sociétés SNIW et US ont noué une relation d'affaires consistant pour la première, exerçant une activité de centrale d'achats, à approvisionner la seconde. En 2008, des échanges de correspondances sont intervenus entre les sociétés SNIW et US évoquant la probable rupture des relations entre les parties.

En particulier, par un courriel du 8 janvier 2008, le dirigeant de la société SNIW faisait part au dirigeant de la société US de ce qu'il avait appris avec un peu de tristesse que la société US prévoyait de les quitter.

Par suite, par télécopie du 14 février 2008, le dirigeant de la société SNIW précisait au dirigeant de la société US qu'il n'avait d'autre choix que de s'orienter vers d'autres partenaires. En mars 2010, la société US a cessé du jour au lendemain, sans lettre de rupture et sans préavis, ses commandes auprès de SNIW. S'estimant victime de la rupture brutale d'une relation commerciale établie, la société SNIW a assigné la société US en réparation de son préjudice.

Par jugement du 22 novembre 2011, les premiers juges ont débouté la société SNIW de sa demande en réparation au motif que la rupture de la relation commerciale avait été rendue prévisible par les échanges intervenus en 2008 et par le fait que la disparition d'une société X avait privé la société US de toute possibilité de financement à 90 jours et que la société SNIW ne lui avait fait aucune proposition équivalente.

Par arrêt en date du 12 juin 2014, la Cour d'appel de Paris a infirmé le jugement déféré et condamné la société US à verser à la société SNIW la somme de 115 663,35 euros en réparation du préjudice causé par la rupture brutale de relations commerciales établies. Soutenant que, du fait de son caractère prévisible, la rupture des relations commerciales ne pouvait être qualifiée de brutale, la société US fait grief à l'arrêt d'appel d'avoir retenu sa responsabilité à l'égard de la société SNIW en rompant brutalement leur relation

commerciale et de la condamner à lui payer des dommages-intérêts.

Pour rejeter le pourvoi, la Cour de cassation, par un arrêt publié, érige en attendu de principe que le caractère prévisible de la rupture d'une relation commerciale établie ne prive pas celle-ci de son caractère brutal si elle ne résulte pas d'un acte du partenaire manifestant son intention de ne pas poursuivre la relation commerciale et faisant courir un délai de préavis. Par conséquent, ayant constaté que la société US avait cessé ses approvisionnements auprès de la société SNIW du jour au lendemain, sans lui adresser ni lettre de rupture, ni préavis écrit, la Haute juridiction approuve la Cour d'appel en ce qu'elle a pu retenir la responsabilité de la société US. Cette solution est conforme à la lettre de l'article L442-6, I, 5° du Code de commerce qui invite la partie qui souhaite rompre une relation commerciale établie à notifier cette rupture avec un préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale.

De ce point de vue, la référence à un « acte du partenaire manifestant son intention de ne pas poursuivre la relation commerciale et faisant courir un délai de préavis » semble légitime.

Cette solution est également conforme à la jurisprudence antérieure (**Cass. com., 15 mai 2007, n° 05-19370**) : « *sauf dans le cas où l'autre partie n'exécute pas ses engagements ou celui de force majeure, le fait de rompre brutalement une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée des relations commerciales, engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à le réparer* ».

Dans cette espèce, les juges du fond avaient pourtant retenu que « *l'état des relations des parties et la nature des courriers échangés permettent d'expliquer la rupture et de considérer qu'en raison de l'existence de ces relations devenues conflictuelles, la société G pouvait facilement la prévoir tandis qu'au surplus elle avait fait assigner la société aux fins de faire interdire la vente des lecteurs O* ».

Cet arrêt est donc conforme à la règle de droit sur le point que la rupture sans préavis écrit est effectivement fautive et engage la responsabilité de son auteur.

On pourra néanmoins s'émouvoir du fait que la prévisibilité de la rupture, qui ne semble pas discutée au fond, n'ait pas influé sur l'évaluation du préjudice subi par la société SNIW que la Cour d'appel a chiffré,

très classiquement, « à la perte de marge brute que la victime de la rupture aurait pu réaliser pendant la durée du préavis si celui-ci lui avait été accordé ». En effet, ne pourrait-il pas être soutenu que la société SNIW est partiellement responsable de son propre préjudice pour n'avoir pas pris les mesures appropriées (notamment diversification de ses débouchés) lorsque début 2008, elle s'est convaincue de la rupture probable de sa relation avec la société US ?

A rapprocher : article L.442-6, I, 5° du Code de commerce

Relation commerciale « établie » et prestations habituelles « hors contrat »
Cass. com., 6 septembre 2016, n°15-15.086

Ce qu'il faut retenir :

La rupture brutale des relations commerciales établies peut être retenue même lorsque des prestations de service sont rendues habituellement en dehors de celles prévues par le contrat litigieux ayant été résilié par l'une des parties, à condition que les prestations aient le même objet.

Pour approfondir :

Selon l'**arrêt commenté**, la société E. a confié à la société M. des prestations de transport à compter de 2010 ; certaines de ces prestations ont par la suite fait l'objet d'un contrat entre les parties qui a été signé en 2005, pour une durée de deux ans, renouvelable après négociations entre les parties.

Le 3 mars 2009, la société E. a signifié à la société M. la cessation de leurs relations d'affaires. La société M. a assigné la société E. sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, invoquant une rupture brutale des relations commerciales par la société E.

La Cour d'appel condamne la société E. pour rupture brutale des relations commerciales établies avec la société M.

La société E. forme alors un pourvoi devant la Cour de cassation, en faisant notamment grief à l'arrêt critiqué d'avoir dit qu'elle avait rompu brutalement ses relations commerciales avec la société M., pour celles extérieures au contrat du 15 février 2005.

Par l'arrêt commenté (Cass. com., 6 sept. 2016, pourvoi n° 15-15.086), la Haute juridiction rejette le pourvoi formé à l'encontre de la décision de la Cour d'appel.

En effet, la Cour de cassation considère successivement que :

- d'une part, compte tenu du fait la société E. confiait régulièrement des prestations à la société M. depuis cinq ans avant la conclusion du contrat du 15 février 2005, les parties entretenaient des relations commerciales établies ;

Ce faisant, la Haute juridiction confirme la position de la Cour d'appel qui a justement établi qu'une succession de contrats ponctuels peut suffire à caractériser une relation commerciale établie au sens de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce, si ces contrats portent sur un même objet, ce qui est le cas en l'espèce ;

- d'autre part, la Cour d'appel a justement relevé que la société E. ne contestait pas avoir fortement réduit puis cessé ses relations commerciales non comprises dans l'accord passé avec la société M., consécutivement à la résiliation du contrat.

En revanche, la Cour de cassation rappelle que le volume d'un courant d'affaires n'ayant pas d'incidence sur la brutalité de la rupture, la Cour d'appel n'avait pas à effectuer la recherche invoquée par la société E., qui faisait valoir que la réduction du volume d'affaires confiée à la société M., intervenue avant la cessation totale des relations commerciales, résultait de la perte par la société E. d'un marché en Italie.

La solution est logique.

Dans ces circonstances, la Haute juridiction confirme la position de la Cour d'appel en ce que cette dernière a justement retenu une rupture brutale des relations commerciales par la société E. pour celles extérieures au contrat du 15 février 2005.

A rapprocher : Article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce

CONCURRENCE & CONSOMMATION

Ventes liées, politique tarifaire et stratégie d'éviction

Autorité de la concurrence n°16-D-21,
6 octobre 2016

Ce qu'il faut retenir :

L'Autorité de la concurrence décide de poursuivre l'instruction au fond de pratiques, notamment de ventes liées, par des opérateurs historiques du marché des titres-restaurant, au détriment des nouveaux entrants.

Pour approfondir :

L'Autorité de la concurrence a été saisie par un nouvel entrant sur le marché des titres-restaurant, de **pratiques anticoncurrentielles** mises en œuvres par les quatre acteurs historiques du secteur (et leurs deux entreprises communes), qu'il considère anticoncurrentielles, ce malgré la facilité d'accès au marché pour un nouvel entrant (facilité d'acceptation de nouveaux titres par les restaurateurs et facilité de changement d'opérateur par les entreprises clientes).

Parmi les griefs du nouvel entrant, figurent notamment les pratiques de modification de politique tarifaire et de vente liée.

En effet, en réaction à l'arrivée de nouveaux opérateurs de titres-restaurant dématérialisés, les opérateurs historiques auraient modifié leur politique tarifaire en transférant une partie de la charge de leur commission : les entreprises clientes paieraient moins qu'auparavant, la différence étant alors supportée par les restaurateurs. Le nouvel entrant soutient qu'il n'est pas en mesure d'adopter un tel système économique, plus attractif pour les entreprises clientes.

Par ailleurs, les opérateurs historiques auraient lié l'acceptation des titres-restaurant papier et des titres électroniques, en prévoyant que les commissions dues au titre de l'utilisation d'une carte électronique seront prélevées sur les remboursements des titres papier.

En outre, les opérateurs historiques se seraient livrés à des pratiques relevant d'un **dénigrement**, tendant à dissuader les entreprises de recourir à la solution du nouvel entrant (que ce soit à titre exclusif, ou en combinaison avec les leurs).

Considérant notamment que les entreprises communes créées par les opérateurs historiques constituent des accords de coopération horizontale, susceptibles de générer des problématiques de concurrence, et notamment de conduire à une **entente anticoncurrentielle**, l'Autorité de la concurrence a pris la décision de poursuivre l'instruction au fond de l'affaire, pour en analyser les modalités de fonctionnement et les conditions d'accès.

Elle recherchera par ailleurs si le changement de politique tarifaire des opérateurs historiques (visant à réduire les sommes à la charge des entreprises), résulte ou non d'une pratique anticoncurrentielle.

Enfin, la décision apporte des précisions sur la pratique d'admission de preuves par l'Autorité de la concurrence, qui autorise la production par le nouvel entrant de pièces obtenues dans des conditions contestées par les entreprises mises en cause (notamment leur remise par d'anciens salariés de ces dernières).

A rapprocher : Décision 01-D-41 du 11 juillet 2001 relative à des pratiques mises en œuvre sur les marchés des titres restaurant et de titres emploi-service

Article 464-1 du Code de commerce et mesures conservatoires

Cass. com., 4 octobre 2016, n°15-14.158

Ce qu'il faut retenir :

L'Autorité de la concurrence peut prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou celles qui lui apparaissent nécessaires lorsque la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante. Elles peuvent comporter la suspension de la pratique concernée ainsi qu'une injonction aux parties de revenir à l'état antérieur. Elles doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence.

Pour approfondir :

Dans cette affaire, deux sociétés avaient conclu un accord de mutualisation de réseaux d'accès mobiles, prévoyant notamment la mise en place d'une

itinérance 4G temporaire fournie par une société tierce à l'un des opérateurs. Un opérateur concurrent, estimant que ces sociétés se livraient à des pratiques contraires à l'article L. 420-1 du Code de commerce et à l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'UE, avait saisi l'Autorité de la concurrence d'une demande de mesures conservatoires aux fins de suspension de la mise en œuvre de cet accord. L'opérateur concurrent faisait grief à l'arrêt de la cour d'appel de Paris d'avoir rejeté son recours contre la décision de l'Autorité de la concurrence ayant rejeté sa demande de mesures conservatoires.

En premier lieu, la décision commentée retient que les mesures conservatoires peuvent être décidées lorsque les faits dénoncés sont de nature à constituer une pratique contraire aux articles L. 420-1 ou L. 420-2 du Code de commerce, à l'origine directe et certaine d'une atteinte grave et immédiate aux intérêts protégés par l'article L. 464-1 du Code de commerce, la caractérisation d'une telle pratique n'étant pas nécessairement requise à ce stade de la procédure. La Cour de cassation retient qu'ayant constaté que l'instruction du dossier se poursuivait et recherché si une atteinte grave et immédiate aux intérêts protégés par l'article L. 464-1 du Code de commerce pouvait se déduire des éléments versés aux débats, la cour d'appel, qui a retenu que l'analyse de l'accord litigieux au regard de l'avis n°13-A-08 du 11 mars 2013 relatif aux conditions de mutualisation et d'itinérance sur les réseaux mobiles relevait d'une appréciation de fond, a légalement justifié sa décision.

En second lieu, les mesures conservatoires doivent « *rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence* » (C. com., art. 464-1, al. dern). L'arrêt retient tout d'abord que, sur le marché de gros, les effets de la prestation litigieuse ne sont pas susceptibles de créer un dommage grave et immédiat dès lors que la prestation n'est pas irréversible et pourra être interrompue, à tout moment, sans créer de difficultés insurmontables au détriment de l'opérateur qui en bénéficie ; l'arrêt relève ensuite que, sur le marché de détail, les effets susceptibles d'être produits ne concernent pas les zones très denses qui correspondent aux principaux marchés sur lesquels la concurrence se développe, qu'ils ne portent que sur certaines parties de la zone de partage des sites et qu'ils ne devraient concerner qu'environ 20 % de la population ; l'arrêt ajoute que ce pourcentage théorique de couverture n'est qu'un taux maximum qui ne sera pas nécessairement utilisé en totalité, et relève encore qu'il n'est pas démontré qu'une meilleure couverture de la société sur une partie de la zone

moyennement dense se traduirait automatiquement par des mouvements immédiats et importants de clientèle sur le marché de détail ; l'arrêt relève enfin qu'il n'est pas justifié de ce que la perte d'un avantage concurrentiel de couverture constituerait un dommage grave et immédiat, ni dans quelle mesure elle aurait des conséquences dommageables sur l'activité de l'opérateur téléphonique. Voici donc une décision parfaitement motivée.

L'arrêt déduit de l'ensemble de ces éléments que l'existence d'une atteinte grave et immédiate aux intérêts protégés par l'article L. 464-1 du Code de commerce n'est pas établie. Ce faisant, la cour d'appel, qui a apprécié, conformément aux exigences de ce texte, si les éléments en cause relevaient d'une situation d'urgence nécessitant le prononcé de mesures conservatoires, a donc légalement justifié sa décision.

A rapprocher : Avis n° 13-A-08 du 11 mars 2013 relatif aux conditions de mutualisation et d'itinérance sur les réseaux mobiles

**Sollicitation des consommateurs
par voie téléphonique**

Décret n° 2016-1238 du 20 septembre 2016

Ce qu'il faut retenir :

La loi relative à la consommation, dite « loi Hamon », du 17 mars 2014 a mis en place de nouvelles règles visant à protéger de manière accrue les consommateurs vis-à-vis des numéros à valeur ajoutée. Le Décret n° 2016-1238 du 20 septembre 2016 relatif « au mécanisme de signalement prévu à l'article L. 224-43 du code de la consommation et de l'information des opérateurs sur les numéros les concernant en application de l'article L. 224-51 » est venu précisé les nouvelles dispositions de la loi Hamon.

Pour approfondir :

La loi Hamon a ainsi imposé aux termes de l'article L. 224.43 du code de la consommation aux « opérateurs de communication électronique [...] exploitant un numéro à valeur ajoutée » de mettre « gratuitement à la disposition des consommateurs un outil accessible en ligne permettant d'identifier, à partir du numéro d'appel ou de message textuel, le nom du produit ou du

service accessible à ce numéro d'appel ou de message textuel, la description sommaire du produit ou du service, le nom du fournisseur, son site internet, s'il existe, l'adresse du fournisseur ainsi que l'adresse ou le numéro de téléphone auxquels le consommateur peut adresser ses réclamations. ».

La loi Hamon a également imposé aux fournisseurs d'un service téléphonique au public par le biais de l'article **L. 224-51 du code de la consommation** « *un dispositif leur permettant de signaler, par messages textuels, les appels et messages textuels non sollicités émis par des professionnels et le numéro de téléphone de leurs émetteurs. ».*

Le Décret 2016-1238 du 20 septembre 2016 pris sur le fondement de l'article L. 224-53 du code de la consommation vient fixer :

- « *les modalités de mise en œuvre du mécanisme de signalement des numéros potentiellement à problème afin que ceux-ci fassent l'objet d'une vérification par les opérateurs* » et
- « *les modalités de transmission des signalements de numéros d'appels et messages non sollicités aux opérateurs de service à valeur ajoutée* ».

Le décret offre ainsi la possibilité à l'article D. 224-17 du code de la consommation de « *signaler et de décrire précisément et avec concision, pour un numéro d'appel ou de message textuel :*

- « *1° Une inexactitude sur les informations présentes dans l'outil ;*
- « *2° Une préoccupation sur la déontologie du service associé ;*
- « *3° Un problème relatif au contact auquel le consommateur doit pouvoir adresser ses réclamations. ».*

L'article D.224-18 du code de la consommation permet quant à lui aux opérateurs de communications électroniques « *exploitant un ou plusieurs numéros à valeur ajoutée, d'être informé quotidiennement pour chaque numéro les concernant :*

- « *1° Des signalements relatifs à une inexactitude des informations figurant dans l'outil ;*
- « *2° Des signalements relatifs à une préoccupation sur la déontologie du service associé ;*
- « *3° Des signalements relatifs à un problème avec le contact auquel le consommateur doit pouvoir adresser ses réclamations. ».*

Enfin, les opérateurs de communications électroniques, exploitant un ou plusieurs numéros à valeur ajoutée, doivent être informés quotidiennement des signalements adressés au dispositif mis en place par l'article L. 224-51 du code de la consommation.

Il convient tout de même de préciser que la vérification par les opérateurs de communications électroniques ne s'impose que si les signalements mentionnés aux articles D.224-18 et D.224-19 du code de la consommation dépassent certains seuils fixés chaque année par arrêté du ministre chargé de la consommation.

Les dispositions du décret sont entrées en vigueur le 1^{er} octobre 2016 à l'exception des 2^o et 3^o des articles D.224-17 et D.224-18 qui entreront en vigueur le 1^{er} janvier 2017.

A rapprocher : Loi relative à la consommation, dite « loi Hamon », du 17 mars 2014

Services à la personne
Enquête de la DGCCRF du 12 octobre 2016

Ce qu'il faut retenir :

A l'occasion d'une récente enquête la DGCCRF a relevé une série de manquements à la réglementation de la part des professionnels du service à la personne.

Pour approfondir :

Fin 2015, la DGCCRF a lancé une enquête pour contrôler l'application des nouvelles dispositions en faveur de la protection économique des consommateurs dans le secteur des services à la personne, entrées en vigueur le 1^{er} juillet 2015.

Au cours de cette enquête, qui a visé en particulier les opérateurs généralistes qui proposent des services de garde d'enfant, d'entretien domestique, jardinage, course et repas, il est apparu que 75 % des structures contrôlées n'étaient pas en conformité.

Quels sont les comportements relevés ? En voici quelques exemples :

- les présentations commerciales mettent souvent en avant la défiscalisation ce qui n'est

pas le cas, également l'avantage fiscal est souvent présenté comme acquis alors qu'en réalité il est soumis à des plafonds variables ;

- des incohérences entre le prix pratiqué et le prix affiché, un affichage des prix inférieurs à la réalité compte tenu de l'imputation des aides diverses ;
- la mise en avant frauduleuse d'agréments et la reproduction illicite de logos institutionnels,
- une information sur les prix défaillante, une absence de remise systématique de factures,
- la présence de clauses abusives : clauses attributives de juridictions, défaut d'information sur les délais de rétractation, facturation de frais pour paiement par chèque, faculté réservée au professionnel de modifier certaines clauses.

A rapprocher : Article D.7231-1 du code du travail

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE & NOUVELLES TECHNOLOGIES

Valeur économique de la donnée
Loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016

Ce qu'il faut retenir :

La Loi pour une République numérique publiée le 8 octobre 2016 prévoit de nombreuses mesures pour traiter de la valeur économique de la donnée, de la protection des citoyens et de l'accès au numérique.

Pour approfondir :

Divisée en trois grands titres, la loi présente les ambitions suivantes :

- **Libérer l'innovation** en faisant circuler les informations et les savoirs pour armer la France face aux enjeux globaux de l'économie de la donnée.

Il est ici question d'open data des données publiques et des données d'intérêt général d'acteurs du secteur

privé en charge d'une mission de service public : ainsi, les documents publics, décisions de justice anonymisées, devront être publiés dans un « standard ouvert, (...) aisément exploitable par un système de traitement automatisé.

Une grande consultation publique a eu lieu jusqu'au 20 octobre concernant la création du service publique de la donnée (SPD) pour recueillir les avis des utilisateurs.

La loi introduit également la possibilité d'effectuer des fouilles électroniques de documents (connue également sous l'acronyme TDM : text and data mining), thème auquel nous avons déjà consacré des développements à l'occasion d'un **article** dans les jours précédant le vote du Sénat.

- **Créer un cadre de confiance** clair, garant de droits des utilisateurs et protecteur des données personnelles.

A cette fin sont notamment envisagés par la loi :

- la neutralité du net pour garantir un accès non discriminé à tous les acteurs économiques,
- la portabilité des données permettant à chacun de récupérer ses données pour faire jouer la concurrence,
- l'information loyale des plateformes en particulier sur les données qu'elles référencent concernant les individus,
- la protection de la vie privée : la mort numérique est traitée par la loi permettant à chacun de décider de ce que deviendront ses données après son décès, le « revenge porn » est pénalisé.

- **Construire une République numérique ouverte et inclusive**, pour que les opportunités liées à la transition numérique profitent au plus grand nombre.

L'ambition est de permettre l'accélération de la couverture haut débit sur le territoire, un droit au maintien de la connexion internet pour les personnes en difficulté financières (à l'instar de l'électricité), l'e-sport connaît également une reconnaissance légale.

A rapprocher : Loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 - M. Bourgeois : Fouille électronique de documents : le débat autour du projet de loi fait rage

Incidence du non-usage d'une marque sur l'appréciation de sa contrefaçon
CA Paris, 13 septembre 2016, n°15/04749

Ce qu'il faut retenir :

La Cour d'appel de Paris vient de rendre un arrêt dont les termes inédits pourraient avoir des conséquences redoutables pour les titulaires de marques non exploitées dans le cadre des actions en contrefaçon pour la défense de leurs droits.

Pour approfondir :

L'affaire présentait, a priori, l'apparence de la simplicité : M.X titulaire d'une marque pour désigner notamment des vins, spiritueux, boissons alcooliques, a assigné en contrefaçon devant le TGI de Paris une société commercialisant une liqueur sous une dénomination quasi identique, ainsi que le fabricant et le sous-traitant.

Dans le cadre d'une autre instance, opposant le titulaire de la marque à une autre société, le TGI de Nanterre a prononcé la déchéance des droits sur la marque à compter du 13 mai 2011 pour « les boissons alcooliques, cidres, digestifs, vins spiritueux, extraits ou essences alcooliques » en raison du défaut d'usage.

Ce défaut d'usage va emporter des conséquences encore plus larges dans le cadre de l'instance en contrefaçon.

En effet, le TGI de Paris puis la Cour d'appel vont rejeter l'action en contrefaçon qui visait les actes commis sur la période du 8 juin 2009 au 13 mai 2011, soit la période antérieure au prononcé de la déchéance pour les faits non prescrits.

Les juges de la Cour d'appel vont ainsi considérer que le titulaire de la marque « ne peut arguer utilement d'une atteinte à la fonction de garantie d'origine de cette marque qui, ainsi que le tribunal de première instance l'a rappelé, vise essentiellement à garantir aux consommateurs la provenance du produit ou service fourni en le distinguant de ceux proposés par la concurrence, ce qui suppose que la marque ait été en contact avec ces consommateurs. Que pour la même raison, M. X ne peut se prévaloir d'une atteinte portée au monopole d'exploitation conféré par sa marque (...) considérant qu'il y a lieu, par conséquent, d'approuver le Tribunal qui a jugé qu'aucune atteinte n'a pu viser la marque Saint Germain laquelle n'a jamais exercé sur le public une quelconque fonction, et de confirmer le

jugement déféré en ce qu'il a débouté M. X de l'ensemble de ses demandes ».

L'action en contrefaçon est donc tenue en échec en raison de l'absence d'atteinte à la fonction de la marque résultant du défaut d'usage de celle-ci.

Comment comprendre une telle décision ?

La référence faite à l'atteinte à la fonction de la marque ne surprend pas en soi. En effet, sous l'impulsion de la jurisprudence communautaire, les juges français recherchent si les actes prétendument contrefaisants sont de nature à porter atteinte à la fonction essentielle de la marque qui est de garantir l'identité d'origine des produits marqués. Cette notion irrigue désormais le droit des marques : au niveau des conditions d'acquisition du droit puisque la condition de distinctivité, devenue une condition autonome, consiste à vérifier que le signe est apte à remplir sa fonction de garantie de l'identité d'origine des produits revêtus de la marque, quand il est question de vérifier l'usage sérieux permettant d'éviter la déchéance : il ne sera établi que pour autant qu'il soit conforme à la fonction essentielle, de la marque (par exemple, Cass.com., 31 janv. 2012, pourvoi n°11-14317 et **notre commentaire**), enfin pour apprécier l'existence d'actes de contrefaçon (par exemple CA Paris, 12 sept. 2013, RG n°11/08455 et **notre commentaire**).

Dans cette affaire, les actes dont il était fait grief, avaient eu lieu pendant la période de non-usage de la marque qui a conduit au prononcé de la déchéance. Le titulaire de la marque, dans l'instance en contrefaçon, indiquait que, si l'usage de la marque n'avait pas été jugé suffisant pour échapper à la déchéance, il justifiait néanmoins de préparatifs d'exploitation durant la période en cause.

Or, la Cour va rester insensible à l'argument estimant que lesdits éléments ne permettaient pas de démontrer que la marque avait été mise en contact avec le public et que, par conséquent, elle avait exercé sa fonction : fonction à laquelle il ne pouvait donc avoir été porté atteinte. Logique.

Cela revient à considérer qu'il ne peut être porté atteinte à une marque non exploitée. De ce fait, comment articuler cette règle avec l'article L714-5 du code de la propriété intellectuelle qui préserve la marque non exploitée pendant une période inférieure à une durée de cinq ans (la déchéance n'est en effet encourue qu'en cas de défaut d'usage pendant une période ininterrompue de cinq ans) (**V. sur la question**

de la déchéance, notre article : la déchéance des droits sur la marque : Comment l'éviter ?). Or, si la solution de cet arrêt devait se confirmer, rien ne sert d'avoir une marque non utilisée puisque son usage par un tiers n'encourt pas de sanction.

Sous couvert d'une approche finaliste de la contrefaçon, cette décision rajoute une condition à la caractérisation de la contrefaçon, celle de l'exploitation publique de la marque. La Cour aurait pu prendre une autre voie et tenir compte du défaut d'usage de la marque, ou de sa faible intensité, pour apprécier le montant de l'indemnisation du fait de la contrefaçon. Un certain opportunisme semble avoir guidé les juges : il est vrai qu'il aurait été curieux de retenir l'atteinte à une marque qui va être déchue à compter d'une date donnée en raison de l'absence d'exploitation sur la période antérieure. Ceci étant, sur le plan des principes, la décision crisper pour le moins et nous paraît prendre quelques largesses avec l'approche finaliste : en effet, sont répréhensibles les actes qui portent atteinte ou sont susceptibles de porter atteinte à la fonction de garantie d'origine : tel est le cas lorsque l'atteinte se situe à un moment d'inexploitation. Une question en particulier surgit : qu'en sera-t-il si les actes litigieux se situent pendant une période d'inexploitation de la marque sans que celle-ci conduise à la déchéance des droits ?

Voici donc une décision qui, si elle devait être confirmée par la Cour de cassation, emportera des conséquences majeures, tant sur le plan pratique que sur le plan des principes.

A rapprocher : Articles **L.713-3**, **L714-5** et **L.716-1** du code de la propriété intellectuelle

Distribution parallèle et contrefaçon
CA Paris, 15 septembre 2016, n°15/00108

Ce qu'il faut retenir :

La vente de produits authentiques hors réseau de distribution sélective peut-être constitutive d'actes de contrefaçon.

Pour approfondir :

Dans cette affaire, deux sociétés du même groupe respectivement titulaires des marques et tête du réseau de distribution sélective en France, ont engagé

une action en contrefaçon et en concurrence déloyale à l'encontre d'une société en raison de l'exploitation d'un site internet et d'un point de vente proposant à la vente des montres, vendues dans le réseau de distribution sélective. Cette assignation a fait suite à une saisie-contrefaçon au cours de laquelle ont été saisies des factures d'achat des produits auprès d'une société belge, celle-ci les ayant acquis auprès d'une autre société belge alors membre du réseau en question.

La société poursuivie a essayé de se retrancher derrière l'épuisement du droit sur la marque. Ce principe, prévu à l'article 13 paragraphe 1 du règlement sur la marque communautaire du 26 février 2009 (également à l'article L713-4 CPI), prévoit en effet une exception au droit sur la marque empêchant le titulaire d'une marque de s'opposer à la circulation des produits marqués qu'il a mis dans le commerce dans la communauté. La partie qui invoque l'épuisement doit en rapporter la preuve, ce qui implique d'établir : la mise dans le commerce par le titulaire de la marque ou avec son consentement, sur le territoire de l'espace économique européen (pour une illustration de l'application de cette règle : CA Paris, 7 novembre 2014, RG n°13/24237, et **nos observations** ; CA Paris, 18 juin 2014, RG n°13/00459, et **nos observations**).

La charge de la preuve peut être renversée en cas de risque réel de cloisonnement des marchés – risque que le défendeur doit prouver pour ne pas avoir à révéler la source de son approvisionnement. En l'espèce, la société poursuivie se contentait de faire état de l'existence d'un réseau de distribution sélective pour prétendre que la charge de la preuve de l'épuisement devait être renversée. L'argument ne va pas suffire à convaincre la Cour.

Les juges ont en effet relevé que le renversement de la charge de la preuve tend à permettre à la société qui se prévaut de l'épuisement de ne pas révéler sa source d'approvisionnement afin de ne pas la tarir ; or, en l'espèce, la société poursuivie ne cherchait pas à dissimuler sa source puisqu'au contraire elle en faisait état.

L'examen des pièces va conduire les juges à considérer que la preuve que les produits ont été initialement mis dans le commerce par le titulaire des droits ou avec son consentement n'est pas rapportée. En effet, les factures saisies, en particulier en raison de l'absence de correspondances entre les références y figurant et celles des produits vendus par la société poursuivie, ne permettaient pas de justifier dudit consentement du

titulaire de la marque à la mise sur le marché initiale des produits.

L'épuisement des droits sur la marque étant écarté, la Cour va retenir l'existence d'actes de contrefaçon et entrer en voie de condamnation. Pour évaluer le préjudice subi, les juges vont s'attacher à rechercher chacun des éléments prévus à l'article L.716-14 CPI (conséquences économiques négatives, préjudice moral, bénéfices réalisés) pour fixer le montant des dommages-intérêts. Au vu des factures lui permettant de déterminer le nombre de produits achetés, le prix d'achat et de revente, les juges ont déterminé les bénéfices réalisés par le contrefacteur et ont forfaitairement évalué le préjudice moral. En revanche, le titulaire de la marque n'ayant fourni aucun élément relativement aux investissements engagés dont il se prévalait au titre des conséquences négatives de la contrefaçon, il n'a pu obtenir de dédommagement à ce titre.

La Cour va également retenir l'existence d'actes de concurrence déloyale dont se prévalait la tête du réseau en France également licenciée de la marque. Les actes de contrefaçon constituant des actes de concurrence déloyale à son égard dès lors que la société poursuivie s'est dispensée des contraintes pesant sur les membres du réseau. Les juges vont en outre considérer que la société poursuivie a méconnu les termes de l'article L. 121-1 du Code de la consommation, lequel réprime les pratiques commerciales trompeuses notamment lorsqu'elles reposent sur les allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant notamment sur la disponibilité ou la nature du bien ou du service, l'identité, les qualités, les aptitudes et les droits du professionnel.

En effet, le site internet litigieux comportait une mention « *nous commandons nos produits uniquement auprès du représentant officiel en France pour l'ensemble de notre stock. Liste des représentants officiels : (...)* » : cette mention étant mensongère et laissant entendre l'existence de liens commerciaux.

A rapprocher : articles L.713-4 et L.716-14 du code de la propriété intellectuelle ; article L.121-1 du code de la consommation

Liens hypertextes vers des œuvres et contrefaçon

CJUE, 8 septembre 2016, aff. C-160/15

Ce qu'il faut retenir :

Le lien hypertexte pointant vers un site reproduisant illicitement une œuvre peut être un acte de contrefaçon lorsqu'il est réalisé dans un but lucratif.

Pour approfondir :

Comment envisager le lien hypertexte qui renvoie vers un site sur lequel une œuvre protégée est librement disponible sans l'autorisation de l'auteur ? Ce lien hypertexte doit-il être considéré comme une communication au public au sens de l'article 3 de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 ? Telle était la question préjudicielle posée à la CJUE dans **cet arrêt**.

C'est l'élément intentionnel qui va déterminer la réponse de la Cour : « Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, il convient de répondre aux questions posées que l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 doit être interprété en ce sens que, afin d'établir si le fait de placer, sur un site Internet, des liens hypertexte vers des œuvres protégées, librement disponibles sur un autre site Internet sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, constitue une « communication au public » au sens de cette disposition, il convient de déterminer si ces liens sont fournis sans but lucratif par une personne qui ne connaissait pas ou ne pouvait raisonnablement pas connaître le caractère illégal de la publication de ces œuvres sur cet autre site Internet ou si, au contraire, lesdits liens sont fournis dans un tel but, hypothèse dans laquelle cette connaissance doit être présumé... ».

Que faut-il retenir ?

A l'occasion d'un précédent arrêt (CJUE, 13 févr. 2014, aff. C-466/12) la Cour avait indiqué que la création d'un lien pointant vers un site internet proposant des œuvres en accès libre ne constituait pas un acte de communication au public, dès lors qu'aucun public nouveau n'était atteint.

Par cet arrêt, la Cour affine son analyse et invite les juridictions à s'intéresser aux motivations de l'auteur du lien pour déterminer si, in fine, ce lien sera licite ou non.

Un lien hypertexte peut donc être constitutif d'un acte de contrefaçon lorsqu'il pointe vers un site lui-même illicite comportant une reproduction d'œuvre protégée. Cela dépend, notamment, des mobiles de l'auteur du lien. On le comprend, la difficulté sera à l'avenir d'apprécier le « but lucratif » ou non de l'auteur du lien litigieux.

A rapprocher : Directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 - CJUE, 13 février 2014, aff. C-466/12

IMMOBILIER – CONSTRUCTION URBANISME

Révision triennale légale du bail commercial et renouvellement

Cass. civ. 3^{ème}, 8 septembre 2016, n°15-17.485

Ce qu'il faut retenir :

Le point de départ du délai de trois ans pour l'application de la révision triennale légale de l'article L.145-38 du code de commerce se situe à la date de prise d'effet du renouvellement du bail. Le fait que la date d'exigibilité du montant du loyer du bail renouvelé ait été reportée à une date postérieure à raison du retard du bailleur à apporter une réponse à la demande de renouvellement est sans incidence. Par l'arrêt commenté, la Cour de cassation précise pour la première fois que les dispositions de l'article L.112-1 du Code monétaire et financier, selon lequel « la clause prévoyant la prise en compte d'une période de variation de l'indice supérieure à la durée s'écoulant entre chaque révision est réputée non écrite », ne sont pas applicables à la révision triennale légale.

Pour approfondir :

Un preneur à bail commercial a demandé le renouvellement de son bail à effet du 1^{er} avril 2007 auquel le bailleur n'a pas répondu de suite. Le preneur

et le bailleur n'ayant pas trouvé d'accord sur le montant du loyer du bail renouvelé, le bailleur a alors saisi le juge des loyers afin de voir de fixer ledit montant.

En raison du retard pris par le bailleur pour répondre à la demande de renouvellement du locataire, le juge de première instance a considéré que le bail était renouvelé à compter du 1^{er} avril 2007 mais a fixé la date d'exigibilité du nouveau montant de loyer au 23 juin 2008, date à laquelle le bailleur avait formulé sa demande.

En cours d'instance, le bailleur a également sollicité l'application de la révision triennale du loyer renouvelé en prenant pour point de départ la date de prise d'effet du renouvellement du bail (1^{er} avril 2007).

Le preneur a contesté la référence à cette date pour lui préférer celle de l'exigibilité du nouveau montant de loyer (23 juin 2008) considérant que la distorsion entre la date de prise d'effet du bail et la date d'exigibilité du loyer renouvelé était contraire aux dispositions de l'article L. 112-1 du Code monétaire et financier qui réputent non écrite toute clause d'un contrat à exécution successive « *prévoyant la prise en compte d'une période de variation de l'indice supérieure à la durée s'écoulant entre chaque révision* ».

La Cour de cassation confirme la solution des juges du fond et réaffirme le principe selon lequel le point de départ du délai de la révision triennale légale court à compter de la date de prise d'effet du renouvellement du bail (arrêt précédent : Paris, 24 sept.2008 n°07-07115) et ce, même si le loyer fixé judiciairement prend effet à une date postérieure.

Ce faisant, elle respecte la lettre du texte qui dispose que « *la demande en révision ne peut être formée que trois ans au moins après le point de départ du bail renouvelé* » (art. L 145-38 du code de commerce). La Cour de cassation vient également préciser que les dispositions de l'article L. 112-1 du Code de commerce ne sont pas applicables à la révision triennale légale de l'article L. 145-38 du code commerce qui est donc un mécanisme exclusivement régi par les dispositions statutaires.

A rapprocher : L. 145-38 du Code de commerce ; L. 112-1 du Code monétaire et financier

Action du preneur en fixation du loyer du bail renouvelé et prescription biennale

Cass. civ. 3^{ème}, 20 octobre 2016, n°15-19.940
Publié au Bulletin

Ce qu'il faut retenir :

L'action du preneur en fixation du prix du bail renouvelé est soumise à la prescription biennale de l'article L. 145-60 du code de commerce.

Pour approfondir :

Selon l'**arrêt commenté**, un preneur, dont le **bail commercial** expirait le 1^{er} avril 2006, avait adressé au bailleur, le 2 octobre 2009, une demande de renouvellement de son bail, moyennant un loyer annuel de 57 000 euros. Le 21 février 2012, le preneur avait saisi le juge des loyers commerciaux en fixation du prix du bail renouvelé à hauteur de ce montant. Il était fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir déclaré prescrite l'action du preneur en fixation du prix du loyer du bail renouvelé, et dit que le bail s'était trouvé définitivement renouvelé au 1^{er} janvier 2010 aux clauses et conditions du bail expiré, y compris le montant du loyer au prix en vigueur à la date du renouvellement, soit la somme annuelle HT de 83.572,68 euros, et d'avoir en conséquence débouté le preneur de ses demandes envers le bailleur.

Au moyen de son pourvoi, le preneur faisait valoir :

- qu'à défaut d'avoir fait connaître ses intentions dans le délai de trois mois à compter de la demande de renouvellement, le bailleur était réputé avoir accepté le principe du renouvellement du bail précédent ;
- qu'il appartenait alors au bailleur, s'il entendait manifester son désaccord sur le prix proposé, de saisir le juge des loyers, dans le délai de deux ans prévus par **l'article L. 145-60 du code de commerce** ;
- qu'en déclarant prescrite la demande de la locataire en fixation du loyer du bail renouvelé, par la considération que c'est à celle-ci qu'il appartenait de saisir le juge des loyers afin de voir fixer le nouveau loyer, la cour d'appel avait violé les articles **L. 145-10** et **L. 145-11**, ensemble l'article susvisé du code de commerce.

Pour rejeter le pourvoi, la troisième chambre civile de la Cour de cassation retient que les juges du fond, ayant constaté que le bail renouvelé avait pris effet le 1^{er} janvier 2010 et retenu à bon droit que l'action du

preneur en fixation du prix du bail renouvelé était soumise à la prescription biennale de l'article L. 145-60 du Code de commerce, en a exactement déduit que l'action du preneur, qui avait notifié son mémoire en demande plus de deux ans après cette date, était dès lors prescrite en son action : « *Mais attendu qu'ayant retenu à bon droit que l'action du preneur en fixation du prix du bail renouvelé est soumise à la prescription biennale de l'article L. 145-60 du code de commerce et constaté que le bail renouvelé avait pris effet le 1^{er} janvier 2010, la cour d'appel en a exactement déduit que l'action de la société preneuse, qui avait notifié son mémoire en demande plus de deux ans après cette date, était prescrite* ».

L'arrêt est publié au Bulletin.

A rapprocher : Cass. civ. 3^{ème}, 7 juillet 2016, n°15-19.485 (Publié au Bulletin), et notre commentaire.

Injonction du juge des référés ayant suspendu un refus de permis de construire
Conseil d'Etat, 7 octobre 2016, n° 395211

Ce qu'il faut retenir :

Le permis de construire délivré sur injonction du juge des référés ayant suspendu un refus de permis est par nature provisoire : il peut donc être retiré si le refus est confirmé par le juge du fond. En effet, en application de l'article L.511-1 du Code de justice administrative, le juge des référés statue par des mesures qui présentent un caractère provisoire : par conséquent, lorsque le juge des référés prononce la suspension d'une décision de refus de permis de construire et qu'il enjoint à l'autorité administrative de se prononcer de nouveau sur la demande, le permis ainsi délivré présente lui-même un caractère provisoire. En raison de sa nature provisoire, ce permis de construire peut alors faire l'objet d'une décision de retrait, si, statuant sur le fond du litige, la juridiction administrative confirme le bien-fondé de la décision de refus du permis de construire.

Par la décision commentée, le Conseil d'Etat précise toutefois que ce retrait obéit à un régime particulier, distinct de celui prévu par l'article L424-5 du Code de l'urbanisme : il peut en effet intervenir dans un délai de trois mois à compter de la notification, à l'administration, du jugement intervenu au fond, et

sous réserve que le pétitionnaire ait été au préalable mis à même de présenter ses observations.

Pour approfondir :

Une société sollicite un permis de construire pour édifier une maison d'habitation et un garage, mais le maire refuse sa délivrance.

Cette décision de refus est contestée par la société pétitionnaire, qui demande parallèlement au juge des référés de suspendre la décision de refus et d'enjoindre le maire de se prononcer de nouveau sur la demande.

Par ordonnance du 7 mars 2014, le juge des référés fait droit à cette requête, et ordonne au maire d'instruire à nouveau la demande et de se prononcer dans un délai d'un mois.

Par arrêté du 28 juillet 2014, le permis de construire est donc délivré au visa de cette ordonnance.

S'estimant satisfaite de l'issue de cette procédure, la société pétitionnaire se désiste de sa requête en annulation, toujours en cours d'instruction : le tribunal administratif lui en donne acte par ordonnance du 5 août 2015.

Mal lui en a pris puisque le 8 octobre 2015, la mairie retire le permis de construire délivré le 28 juillet 2014 en considérant que l'abandon de la contestation du refus initial de permis de construire avait rendu ce dernier définitif.

Le juge des référés, saisi par la société pétitionnaire, suspend cette décision de retrait, après avoir considéré que le délai de trois mois, décompté à compter de la signature du permis, tel que fixé par l'article L.424-5 du Code de l'urbanisme pour permettre à l'administration de retirer un permis si ce dernier se révèle illégal, était expiré.

Le Conseil d'Etat, saisi par la commune d'un pourvoi contre cette décision, censure l'ordonnance et valide la décision de la commune :

- Il censure l'ordonnance après avoir considéré que l'article L.424-5 n'est pas applicable au retrait d'un permis de construire délivré à titre provisoire pour l'exécution d'une ordonnance de référé ;
- Il valide la décision de la commune ayant prononcé le retrait du permis de construire provisoire pour tirer les conséquences de la

décision des juges du fond ; il pose néanmoins une limite à la possibilité de notifier un tel retrait, en considérant que ce dernier doit intervenir dans un délai raisonnable, qui ne saurait excéder trois mois à compter de la notification du jugement au fond, et après mise en œuvre d'une procédure contradictoire.

A rapprocher : L.424-5 du Code de l'urbanisme

Autorisation de dérogation en matière d'affichage publicitaire
Conseil d'Etat, 12 octobre 2016, n° 396433

Ce qu'il faut retenir :

Dans les agglomérations de moins de 10 000 habitants ne faisant pas partie d'une unité urbaine de plus de 100 000 habitants, la publicité non lumineuse apposée sur un mur ou une clôture ne peut avoir une surface unitaire excédant 4 mètres carrés, ni s'élever à plus de 6 mètres au-dessus du niveau du sol.

Pour approfondir :

L'article R. 581-26-II du Code de l'environnement pose le principe selon lequel « *Dans les agglomérations de moins de 10 000 habitants ne faisant pas partie d'une unité urbaine de plus de 100 000 habitants, la publicité non lumineuse apposée sur un mur ou une clôture ne peut avoir une surface unitaire excédant 4 mètres carrés, ni s'élever à plus de 6 mètres au-dessus du niveau du sol* ». Ce principe comporte une exception énoncée à l'alinéa 2 du même texte : « *Toutefois, cette surface pourra être portée à 8 mètres carrés dans la traversée desdites agglomérations, lorsque la publicité est en bordure de routes à grande circulation définies dans les conditions prévues à l'article L. 110-3 du code de la route et à l'exception des parties de ces voies qui sont désignées comme restant soumises aux dispositions du II du présent article, aux termes d'un arrêté préfectoral pris après avis de la commission départementale de la nature, des paysages et des sites, dans sa formation dite " de la publicité " et des maires des communes* ».

Par l'**arrêt commenté**, le Conseil d'Etat revient utilement sur les conditions de l'octroi de la dérogation ainsi prévue, en retenant que « *la possibilité de déroger, dans les zones en bordure de routes à grande*

circulation définies dans les conditions prévues à l'article L. 110-3 du Code de la route, aux règles de surface et de hauteur des dispositifs publicitaires fixées au premier alinéa du II de l'article R. 581-26 du Code de l'environnement, est subordonnée à l'intervention d'un arrêté préfectoral, pris après avis de la commission départementale de la nature, des paysages et des sites, qui peut exclure du champ de la dérogation certaines parties de ces routes sur lesquelles les règles de surface et de hauteur des publicités non lumineuses fixées au premier alinéa du II de l'article R. 581-26 du Code de l'environnement demeurent applicables ».

Ainsi, la cour administrative d'appel a-t-elle entaché sa décision d'une erreur de droit en retenant (à tort) que la dérogation « *était applicable de plein droit, en l'absence d'arrêté préfectoral, ce dernier ne pouvant intervenir que pour désigner, le cas échéant, les tronçons de voie qui, bien que situés sur une route à grande circulation, restent soumis à la règle de principe fixée* ».

A rapprocher : Article R. 581-26-II du Code de l'environnement

INTERNATIONAL

Compétence du juge français et concurrence déloyale
Cass. com., 20 septembre 2016, n°14-25.131

Ce qu'il faut retenir :

Une même juridiction peut être compétente pour statuer sur une action en concurrence déloyale à l'encontre de codéfendeurs établis dans différents territoires et réparer l'intégralité des préjudices subis, tant en France qu'à l'étranger.

Pour approfondir :

L'affaire ayant donné lieu à l'arrêt commenté opposait une société française intervenant dans le secteur du prêt à porter à deux autres sociétés : la société mère suédoise et sa filiale française, en raison de la commercialisation, par ces dernières, de vêtements dans des conditions telles qu'il leur était fait grief

d'avoir commis des actes de **concurrence déloyale**. L'affaire avait été portée devant le Tribunal de grande instance de Paris.

La compétence du juge français avait été contestée dès la première instance : le juge de la mise en état s'était estimé compétent pour connaître du litige à l'égard de l'ensemble des défendeurs, approuvé par la Cour d'appel. La Haute juridiction avait par la suite rejeté le pourvoi à l'encontre de l'arrêt d'appel (Cass.com., 26 février 2013, pourvoi n°11-27139) aux motifs que « ... l'article 6, point 1, du règlement CE n° 44/2001 du 22 décembre 2000 s'applique lorsqu'il y a intérêt à instruire et à juger ensemble des demandes formées contre différents défendeurs afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément, sans qu'il soit nécessaire en outre d'établir de manière distincte que les demandes n'ont pas été formées à la seule fin de soustraire l'un des défendeurs aux tribunaux de l'Etat membre où il est domicilié ; que l'arrêt, qui relève par motifs adoptés que chacune des sociétés H&M était accusée séparément de contrefaçon des mêmes modèles de vêtements et des mêmes actes de concurrence déloyale et parasitaire, a pu en déduire, en l'absence d'harmonisation du droit d'auteur et de la concurrence déloyale au sein de l'Union, qu'il existait un risque de décisions inconciliables si les demandes étaient jugées séparément) ».

Dès lors, la compétence du juge français était acquise, la solution étant fondée sur le Règlement dit « Bruxelles I » (**Règlement UE n°44/2001, 22 décembre 2001**), en particulier son article 6 qui prévoit qu'une personne domiciliée dans un Etat-membre peut être attraite devant le Tribunal d'un autre Etat membre, en particulier, lorsqu'il y a plusieurs codéfendeurs devant celui du domicile de l'un d'eux à condition que les demandes soient liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a un intérêt à les instruire et les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément.

Jugeant du fond de l'affaire, la Cour d'appel de Paris avait toutefois considéré que sa compétence pour connaître du litige et des conséquences dommageables résultant des actes commis par tous les codéfendeurs (conformément au texte et à l'arrêt précité) n'avait pas pour effet de faire entrer dans sa compétence la réparation des faits dommageables commis à l'étranger dans lesquels la société française (codéfendeur d'ancrage) n'était pas impliquée.

La Cour de cassation va sanctionner le raisonnement des juges du fond au visa de l'article 6 du Règlement du 22 décembre 2001 précité et de l'article 2. Elle va ainsi juger que la Cour d'appel était compétente pour statuer sur l'intégralité du préjudice résultant des actes de concurrence déloyale et parasitaire reprochés aux sociétés X et Y, peu important que cette dernière société, établie en France, n'ait elle-même commis aucun fait dommageable à l'étranger ».

Intéressante sur le plan des principes, cette décision l'est tout autant voir surtout pour ses conséquences pratiques en ce qu'elle permettra de simplifier les aspects procéduraux d'actions judiciaires initiées à l'encontre de sociétés françaises et étrangères à raison des mêmes faits. Une juridiction unique sera compétente pour statuer et ordonner la réparation des préjudices subis du fait des actes délictueux.

A rapprocher : Règlement UE n°44/2001, 22 décembre 2001 ; Cass. com. 26 févr. 2013, n° 11-27.139

Incoterms et transfert de risques

Cass. com., 13 septembre 2016, n° 14-23.137

Ce qu'il faut retenir :

Le vendeur, n'ayant pas la qualité d'expéditeur dans le cadre d'une vente de marchandises sous l'Incoterm Ex works, peut être responsable des dommages causés à la marchandise s'il a effectué lui-même le mauvais chargement de la marchandise ayant causé le sinistre.

Pour approfondir :

Dans **l'arrêt commenté**, la Cour de cassation s'est prononcé sur le transfert de risque lié au transport de marchandises dans le cadre d'une vente dont le contrat prévoit un **Incoterm** exonérant en principe la responsabilité du vendeur dans le transport de la marchandise. En l'espèce, la société E. a vendu sous l'Incoterm Ex works (départ d'usine) des marchandises à la société D., qui a confié l'organisation de leur transport à la société C. en qualité de commissionnaire de transport ; cette dernière a remis les marchandises à la société L., en qualité de sous-commissionnaire, qui les a elle-même confiées au transporteur, M. X. A la suite d'un accident ayant causé des dommages à l'ensemble routier et à la marchandise, M. X. et ses assureurs ont assigné la société E., en qualité

d'expéditeur, ainsi que les sociétés C. et L., en réparation des dommages. La Cour d'appel a reconnu la responsabilité de la société E. en sa qualité d'expéditeur ainsi que celle de ses assureurs et les a condamnés à réparer les dommages. La société E. et ses assureurs se pourvoient alors en cassation. La Cour de cassation apporte à travers l'arrêt commenté des clarifications sur plusieurs points.

I – Sur la dissociation entre la qualité de vendeur et d'expéditeur

Selon la Cour de cassation, seul l'expéditeur engage sa responsabilité du fait des dommages causés au véhicule de transport et au conteneur transporté, trouvant leur origine dans un défaut d'arrimage de la marchandise. Or, l'Incoterm Ex works, c'est-à-dire « départ d'usine », désigne une vente au départ. Ainsi, le vendeur n'est pas, dans une telle vente, l'expéditeur de la marchandise. La Haute juridiction reconnaît donc au vendeur la qualité d'expéditeur et censure l'arrêt pour violation de **l'article L. 132-8 de Code de commerce**.

II – Sur la responsabilité du transporteur

Aux termes de l'article 7-2 du décret n°99-269 du 6 avril 1999 portant approbation du contrat type « général » applicable aux transports publics de marchandises pour lesquels il n'existe pas de contrat type spécifique, pour les envois égaux ou supérieurs à trois tonnes, le transporteur vérifie que le chargement, le calage ou l'arrimage ne compromettent pas la sécurité de la circulation. En l'espèce, les marchandises étant de plus trois tonnes, il convenait de vérifier si ces dispositions étaient de nature à établir si une faute du transporteur avait contribué à la réalisation du dommage. Or, la Haute juridiction relève la société E. avait apposé son cachet et sa signature sur la lettre de voiture, en qualité d'expéditeur/remettant, et avait elle-même chargé, à l'aide de moyens de manutention spéciaux lui appartenant, les marchandises à l'intérieur du conteneur remis au transport. Ce faisant, le pourvoi est rejeté : en dépit du choix par les parties au contrat de vente de l'Incoterm Ex works, la société E. avait assumé la responsabilité des opérations de chargement, et se devait donc de répondre des conséquences dommageables de leur exécution défectueuse.

A rapprocher : Décret n°99-269 du 6 avril 1999 portant approbation du contrat type applicable aux transports publics routiers de marchandises pour lesquels il n'existe pas de contrat type spécifique

ACTUALITÉ SIMON ASSOCIÉS

NOVEMBRE – DECEMBRE 2016

DATA ET RETAIL : ENJEUX BUSINESS ET ASPECTS JURIDIQUES

Intervenants : François-Luc SIMON et Matthieu BOURGEOIS
1^{er} décembre 2016 – Paris

[Cliquez ICI pour vous y inscrire](#)

ÉTHIQUE ET RSE : A-T-ON ENCORE LE CHOIX ?

Interventions juridiques : SIMON ASSOCIÉS (Anne-Laurence FAROUX)
22 novembre 2016 – Paris

[Cliquez ICI pour vous y inscrire](#)

LA SÉCURITÉ DES DONNÉES DES SALARIÉS EN MOBILITÉ

Intervenants : Matthieu BOURGEOIS et Nicolas BILLON
22 novembre 2016 – Paris

[Cliquez ICI pour vous y inscrire](#)

COCKTAIL A DEUX PAS DU MAPIC

SIMON ASSOCIÉS en partenariat avec CAPEQUITY, INLEX IP EXPERTISE et TERRITOIRES & MARKETING
16 novembre 2016 – Cannes

[Cliquez ICI pour vous y inscrire](#)

PROTECTION DES DONNÉES PERSONNELLES : PRÉPARER LA MISE EN APPLICATION DU NOUVEAU RÈGLEMENT COMMUNAUTAIRE

Interventions juridiques : SIMON ASSOCIÉS (Jean-Charles SIMON et Matthieu BOURGEOIS),
en partenariat avec l'AFJE
Paris – 8 novembre 2016

[Cliquez ICI pour en savoir plus](#)

CONGRÈS ANNUEL DE LA FRANCHISE ET DES RÉSEAUX

Interventions juridiques : SIMON ASSOCIÉS (François-Luc SIMON et Sandrine RICHARD)
Paris – 8 novembre 2016

[Cliquez ICI pour en savoir plus](#)

SEPTEMBRE – OCTOBRE 2016

NUIT DU COMMERCE CONNECTÉ

Interventions juridiques : SIMON ASSOCIÉS (Matthieu BOURGEOIS)
Paris – 17 octobre 2016

[Cliquez ICI pour en savoir plus](#)

CONTRATS ET RÉSEAUX DE DISTRIBUTION : FAIRE LES BONS CHOIX

(François-Luc SIMON, Matthieu BOURGEOIS, et Gaëlle TOUSSAINT-DAVID)
Paris – 14 octobre 2016

[Cliquez ICI pour en savoir plus](#)

AMÉNAGEMENT DU POINT DE VENTE, POINTS DE VENTE ÉPHÉMÈRES : EFFET DE MODE OU IMPACT REEL ?

Interventions juridiques : SIMON ASSOCIÉS (Sandrine RICHARD)
Paris – 13 octobre 2016

BIG DATA, SMART DATA, STRONG DATA : COMMENT S'Y RETROUVER ?

Interventions juridiques : SIMON ASSOCIÉS (Matthieu BOURGEOIS)
Paris – 15 septembre 2016

[Cliquez ICI pour en savoir plus](#)

SIMON ASSOCIÉS DE NOUVEAU CLASSE N°1 EN DROIT DE LA FRANCHISE

SIMON ASSOCIÉS est classé n°1 des Cabinets d'avocats en Droit de la Franchise
(Magazine Décideurs – Classement 2016)

[Cliquez ICI pour le Classement complet](#)

Cette liste n'est pas exhaustive. Vous pouvez consulter notre site internet dédié à l'information juridique et économique des réseaux de distribution www.lettredesreseaux.com pour prendre connaissance des articles ou évènements d'actualité intéressants tous les réseaux de distribution.