

Compilation des brèves Redlink 2015

Brèves - Commerce / Distribution

Publiée le 6 février 2015

L'amendement Brottes porte atteinte à la franchise dans une grande confusion

« La loi Macron veut-elle tuer la franchise ? » s'interrogeait la Fédération Française de la Franchise dans un communiqué, régissant à l'adoption par l'Assemblée Nationale, de l'amendement 1681 de la loi Macron.

L'avocat Frédéric Fournier, spécialiste en droit de la distribution, commente l'amendement contesté :

<http://www.franchise-magazine.com/avis-des-experts/l-amendement-brottes-porte-atteinte-a-la-franchise-dans-une-grande-confusion-425.html>

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 10 février 2015

Bases de données : mieux vaut de bonnes conditions générales d'utilisation qu'une protection par le droit d'auteur !

Dans son arrêt du 15 janvier 2015 (Affaire C-30/14), la Cour de Justice de l'Union Européenne est venue répondre à une question préjudicielle portant sur l'interprétation de la directive 96/9/CE concernant la protection juridique des bases de données.

Le litige avait été initié par Ryanair Ltd contre PR Aviation BV (société néerlandaise) qui utilisait sans autorisation à des fins commerciales des données provenant du site internet de Ryanair, en violation notamment de ses conditions générales d'utilisation du site que PR Aviation avait acceptées.

La directive précise qu'une base de données peut être protégée sur le fondement du droit d'auteur (lorsque le choix ou la disposition des matières constituent une création

intellectuelle propre) ou par le droit sui generis (lorsque l'obtention, la vérification ou la présentation du contenu attestent un investissement substantiel qualitatif ou quantitatif).

Néanmoins la notion d'« utilisateur légitime » est également prévue et permet l'utilisation, dans certaines circonstances, du contenu de la base sans autorisation de l'auteur ou du fabricant et sans qu'une disposition contractuelle puisse faire échec à ce droit.

La Cour d'Appel d'Amsterdam a considéré que PR Aviation faisait une utilisation légitime de la base de données que constitue le site internet de Ryanair qui ne pouvait pas être contractuellement limitée par les conditions générales de cette dernière.

Ryanair a formé un pourvoi devant la Cour Suprême des Pays-Bas par lequel elle prétendait (i) bénéficier d'une protection au titre du droit d'auteur et (ii) que PR Aviation avait violé l'interdiction contractuelle contenue dans les conditions générales selon laquelle aucune extraction à des fins commerciales ne pouvait être réalisée en dehors d'une licence conclue avec Ryanair.

La Cour Suprême ayant conclu qu'aucune protection par le droit d'auteur n'étant caractérisée en l'espèce, elle a posé une question préjudicielle à la CJUE quant à la liberté de limiter contractuellement l'utilisation d'une base de donnée qui n'est ni protégée par le droit d'auteur ni par le droit sui generis.

La CJUE a répondu qu'en effet, la directive 96/9/CE ne s'applique qu'aux bases de données protégeables au titre du droit d'auteur ou du droit sui generis et qu'à défaut, le créateur d'une base peut établir des limitations contractuelles à son utilisation par des tiers.

La logique juridique est implacable : le champ d'application de la directive n'englobe pas les bases de données qui ne sont pas protégées par les mécanismes qu'elle prévoit. La logique économique l'est moins : le créateur

d'une base de données protégées par la directive, dans les faits, ne jouit pas de la même liberté contractuelle de limiter les droits des utilisateurs de la base, dès lors que la directive a consacré le caractère impératif de l'utilisation légitime !

En conclusion : les sites internet ont tout intérêt à rédiger et faire accepter des conditions générales d'utilisation limitant strictement l'utilisation des données qu'il contient. Soit la base est protégée et les dispositions seront considérées comme nulles et non avenues, soit la base n'est pas protégée et la limitation contractuelle s'appliquera.

Emmanuelle Behr
Avocat Associée

Publiée le 11 février 2015

Réservation électronique de vols : la transparence des prix dès la première page

Par un arrêt du 15 janvier 2015 (C-573/13), la CJUE vient préciser les règles de transparence tarifaire imposées par le règlement n°1008/2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens dans la Communauté.

L'article 23 paragraphe 1 du Règlement prévoit que « *le prix définitif à payer est précisé à tout moment et inclut le tarif des passagers ou le tarif de fret applicable ainsi que l'ensemble des taxes, des redevances, des suppléments et des droits applicables inévitables et prévisibles à la date de publication* ».

Le litige opposait Air Berlin à une union fédérale de consommateurs allemands au sujet du mode de présentation sur le site internet du transporteur des tarifs des passagers. Air Berlin présentait dans un tableau le tarif des passagers, séparément les taxes et redevances et une fois encore séparément les montant total de ces éléments. Une case indiquait par ailleurs les frais de traitement et tout en bas, le prix définitif par personne pour le vol sélectionné.

Air Berlin s'est fait condamné en première instance et en appel. La juridiction de renvoi estime que les frais de traitement perçus par Air Berlin constituent une rémunération

inévitabile et prévisible et doivent donc être inclus dans le prix définitif précisé. Elle s'interroge néanmoins sur le moment auquel le prix définitif doit être précisé et sur quels produits : ceux sélectionnés par l'internaute ou pour chaque service aérien présenté ?

La Cour précise que dans le cadre d'un système de réservation électronique, le prix définitif à payer pour un vol au départ d'un aéroport situé sur le territoire de l'Union doit être précisé lors de chaque indication des prix des services aériens y compris lors de leur première indication (et non pas uniquement au début d'une procédure de réservation) et non seulement pour le service aérien sélectionné mais également pour chaque service aérien dont le tarif est affiché.

En conséquence, la transparence tarifaire doit être appliquée très en amont et à tous les vols présentés sur un site internet de réservation. L'idée étant de permettre aux consommateurs de comparer les prix pratiqués par différentes compagnies.

Emmanuelle Behr
Avocat Associée

Publiée le 19 février 2015

Loi Macron : Le franchiseur britannique peut lui stipuler une clause de non concurrence post-contractuel

Alors que la France s'apprête à interdire les clauses de non-concurrence post-contractuelle en franchise, notamment, la jurisprudence britannique vient encore de les valider (durée standard admise d'une année).

<http://www.thelawyer.com/briefings/high-court-confirms-that-a-franchisor-is-protected-from-a-rogue-franchisee/3031454.article>

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 19 février 2015

L'obsolescence programmée, sortie par la fenêtre, rentrée par la porte : Projet de loi

relatif à la transition énergétique pour la croissance verte (TECV)

Alors que les débats se poursuivent sur la loi de transition, le Sénat vient de régler pour le moment la question de l'obsolescence programmée.

On se souviendra que, lors de débats sur la loi sur la consommation (dite « Hamon ») le ministre s'était pourtant montré défavorable à une telle sanction (débat AN 12 juin 2014, notamment sur l'amendement Bonneton), après avoir seulement rappelé la funeste affaire du cartel Phoebus des années 1930 aux Etats-Unis. Pour le ministre, au contraire, certains « cycles d'innovation technologique rendent un équipement rapidement obsolète, mais créent simultanément de la valeur, de la croissance et des emplois. Enfin, les campagnes de publicité et le marketing induisent parfois une impression subjective d'obsolescence qui ne correspond pas toujours à la réalité. » et il ajoutait finalement : « la création d'un délit d'obsolescence programmée - dont vous proposez au demeurant une définition trop restrictive - ne se justifie pas ». D'ailleurs, l'obligation nouvelle d'informer les consommateurs sur la période de disponibilité des pièces détachées indispensables, protégeait les consommateurs (article L.111-3 C.Cons. et Décret n° 2014-1482 du 9 décembre 2014). Pour le ministre Benoît Hamon, « le délit correspondant à la définition restrictive de l'obsolescence programmée que vous proposez est déjà sanctionné en tant que tromperie sur la qualité substantielle des biens. »

Pourtant, le texte s'est à nouveau glissé dans le projet de loi TECV à la suite d'un amendement Alauzet devant l'Assemblée nationale, approuvé par la commission du développement durable, mais en estimant « qu'il convenait de ne pas insérer l'obsolescence programmée dans l'article relatif à la tromperie, et de prévoir plutôt une section au sein du code de la consommation dédiée à ce délit et le sanctionnant de manière spécifique. », puis en définissant l'obsolescence programmée comme « tout stratagème par lequel un bien voit sa durée de vie sciemment réduite dès sa conception, limitant ainsi sa durée d'usage pour des raisons de modèle économique ». La Commission a conclu en indiquant que « la notion de stratagème, avec volonté délibérée de réduire la durée de vie du produit devient le caractère central de la définition. ».

C'est ce texte finalement rassurant qui a été adopté le 18 février 2015 (Art. L. 213-4-1 du code de la consommation : « *L'obsolescence programmée se définit par tout stratagème par lequel un bien voit sa durée de vie sciemment réduite dès sa conception, limitant ainsi sa durée d'usage pour des raisons de modèle économique.* », sanction deux années d'emprisonnement ; 300 000 euros d'amende). La qualification pénale imposera une interprétation stricte des conditions posées par le texte et des termes employés, à savoir : « *stratagème* » (soit une ruse de guerre, ruse, feinte, manœuvre, moyen artificieux dont on use dans toutes sortes d'affaires, selon le 8^{ème} dictionnaire de l'Académie française), « *durée de vie* », « *sciemment réduite* », « *durée d'usage* », « *pour des raisons de modèle économique* ». La tâche sera rendue plus ardue par la recherche de l'auteur de l'infraction.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 9 mars 2015

Loi Macron : extension de l'obligation de transparence de l'achat d'espace publicitaire au support numérique

Un nouvel amendement, voté par les députés en commission le 16 janvier, permettra d'étendre l'obligation de transparence imposée au secteur publicitaire à la publicité sur internet.

Cette obligation, prévue par la Loi 93-122 du 29 janvier 1993 dite Loi Sapin, permet de lutter contre l'opacité du secteur publicitaire en imposant la transparence sur les prix facturés à l'annonceur. Or, ce texte s'applique difficilement au secteur de la publicité numérique, compte tenu de la rédaction ancienne du texte, et l'opacité est donc toujours de mise en matière de publicité sur internet.

L'objectif de l'amendement Brottes est d'étendre le principe de transparence à l'ensemble du secteur digital, en prévoyant simplement l'ajout, après les mots « *Tout achat d'espace publicitaire* », de la mention « *sur quelque support que ce soit* », à l'article 20 de la loi Sapin.

Une part des acteurs avaient anticipé le texte depuis longtemps.

Tandis que l'Union des annonceurs (UDA) recommande une application stricte de la loi Sapin, avec une séparation claire entre les acheteurs et les vendeurs d'espace, les agences médias, représentées par l'Union des entreprises de conseil et achat médias (UDECAM) prônent la mise en place d'un nouveau métier, celui de « transformateur d'espace », à la fois acheteur et revendeur, pour les nouveaux acteurs tels que les retargeteurs, les ad-networks, ou les trading-desks.

Se pose aussi la question de l'application de ce texte à certaines pratiques, telles que le Real Time Bidding (RTB) permettant l'achat d'espaces publicitaires par enchères automatisées et impliquant de nombreux acteurs.

Quant aux modalités d'application de la loi Sapin au secteur du numérique, certaines adaptations seront nécessaires et l'UDA recommande notamment l'utilisation de produits nouveaux afin de permettre la transparence des flux financiers, via des tableaux de bord permettant d'isoler le coût de l'espace des autres coûts facturés pour d'autres prestataires.

Frédéric Fournier
Elsa Witterkoer
Avocats à la Cour

Publiée le 13 mars 2015

Entente dans le secteur des produits laitiers : l'Autorité de la concurrence assure la promotion de son programme de clémence

Par une décision du 11 mars 2015, l'Autorité de la concurrence sanctionne d'une amende globale de 192,7m€ une entente dans le secteur des produits laitiers frais ([Aut. conc., déc. n°15-D-03](#)) mise en œuvre pour l'essentiel entre 2006 et 2012. Dans le contexte de la grande consultation publique sur la clémence lancée le 27 février dernier, l'Autorité de la concurrence rappelle dans son [communiqué de presse](#) qu'il s'agit également là de la neuvième affaire de clémence traitée à ce jour.

Limitée aux produits commercialisés sous marque distributeur (« MDD »), cette entente a concerné pas moins de 10 entreprises - Yoplait, Senagral (Senoble), LNUF MDD (Lactalis), Novandie, Les Maîtres Laitiers du Contentin, Laïta, Alsace Lait, Laiterie de Saint Malo, Yéo Frais (groupe 3A) et les Laiteries H. Triballat (Rians) - parmi lesquelles quelques-uns des plus importants fournisseurs du marché.

L'Autorité de la concurrence formule à l'encontre de ces entreprises deux griefs :

- avoir échangé, à l'occasion de réunions secrètes et de contacts téléphoniques, des informations sensibles sur les prix actuels et sur les taux de hausses de prix à venir, qui faisaient par la suite l'objet d'accords quant à leur définition, leur calendrier et modalités ; et
- avoir coordonné leurs politiques tarifaires et commerciales au moment d'appels d'offres émis par les clients-distributeurs de façon à organiser la répartition du marché entre eux, notamment par des accords sur les volumes, selon un système de dettes et de crédits, et la remise d'offres de couverture.

En fait, une vingtaine de réunions quadripartites se sont tenues en 6 ans entre Yoplait, Senoble, Novandie et Lactalis (contre moins de 10 pour les autres entreprises concernées). Ces réunions, qui se tenaient dans des hôtels réservés à tour de rôle ou dans un appartement parisien, avaient pour objet de coordonner plus efficacement les réponses aux appels d'offres ainsi que les hausses de prix. A côté de ces réunions « *de pilotage* », se tenaient d'autres réunions multilatérales plus informelles ou ciblées. Les échanges téléphoniques étaient quant à eux fréquents, voire quotidiens, et s'effectuaient via un téléphone portable secret dédié à l'entente. L'ensemble de ces échanges ont fait l'objet de notes détaillées conservées sur un « *carnet secret* » détenu par un cadre de Yoplait.

L'Autorité de la concurrence s'est saisie d'office en janvier 2012 de ces pratiques, qui lui furent dénoncées à la suite d'une demande de clémence (article L.464-2 IV du Code de commerce) formée en août 2011 par les sociétés Yoplait SAS, Yoplait France et leur société-mère la société américaine General Mills, qui en avait pris le contrôle un mois auparavant. Senoble a formé une

demande similaire le 22 février 2012, à la suite d'opérations de visites et saisies effectuées début février 2012.

A la suite de l'ouverture de la procédure, les autres participants à l'entente ainsi que leurs sociétés-mères, à l'exception de la Laiterie de Saint Malo, ont décidé de ne pas contester les griefs (article L. 464-2 III du Code de commerce) et de proposer des engagements. La mise en œuvre de la non-contestation des griefs a été prise en compte au stade de la sanction.

L'entente est sanctionnée globalement d'une amende de 192,1m€. La plus forte amende individuelle est prononcée à l'encontre de LNUF MDD (Lactalis), pour un montant de 56,1m€. Compte tenu de son rôle marginal dans l'entente, la Laiterie de Saint Malo est relativement épargnée (amende de 300k€).

Yoplait, premier demandeur à la clémence, obtient une exonération complète d'amende, ayant fourni le « carnet secret » détenu par son salarié et plus généralement dénoncé l'entente. On relèvera à ce titre que le montant de base de son amende potentielle, établi à 35,7m€, devait être majoré de 25% en raison de son appartenance à un groupe de grande taille et aurait dû ainsi conduire à une amende finale de 44,7m€. L'Autorité de la concurrence ne manque d'ailleurs pas de le souligner dans son communiqué de presse.

Senoble ayant demandé également le bénéfice de la clémence, celle-ci obtient quant à elle une réduction d'amende de 35%. Le montant de l'amende s'élève donc en ce qui la concerne à 46m€. Il est encore à noter que malgré une demande en ce sens, Senoble n'a pas pu bénéficier d'un cumul des procédures de clémence et de non-contestation des griefs, en raison, selon l'Autorité de la concurrence, de l'insuffisance des gains procéduraux qui en résultaient.

Cette décision est susceptible de faire l'objet d'un recours devant la Cour d'appel de Paris.

Charles Méteaut
Avocat à la Cour

Publiée le 17 mars 2015

Frédéric Fournier publie un article sur la Loi Macron dans Franchise Magazine d'avril-mai

2015, sous le titre » Loi Macron : effets sur la Franchise » - [Franchise Magazine - Loi Macron](#)

Publiée le 26 mars 2015

Rabais chiffrés : la fin de l'encadrement des prix de référence

L'arrêté du 11 mars 2015 relatif aux annonces de réduction de prix à l'égard du consommateur (publié au JORF le 24 mars 2015) vient abroger et remplacer celui du 31 décembre 2008.

Dans son arrêté de 2008, la France imposait aux professionnels souhaitant faire la promotion de réduction de prix, de faire référence à un prix d'origine à partir duquel le rabais chiffré était calculé. Ce prix devait correspondre à l'une des quatre définitions suivantes : (i) le prix le plus bas pratiqué pour un produit ou service similaire au cours des 30 derniers jours précédant le début de la publicité, (ii) le prix conseillé par le fournisseur dès lors qu'il est couramment pratiqué par les autres distributeurs, (iii) le prix maximum résultant de la réglementation économique ou (iv) le prix conseillé au cours des 3 années précédant le début de la publicité si la produit n'a jamais été vendu et ne fait plus l'objet d'un prix conseillé.

La Commission Européenne avait déjà rappelé à l'ordre la France sur la non-conformité de cette disposition à la Directive du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales dès lors que cette limitation aux rabais chiffrés ne fait pas partie de la liste noire des pratiques commerciales déloyales annexée à la directive. Chaque réduction de prix doit donc faire l'objet d'une analyse in concreto pour savoir dans quelle mesure elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et elle altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche (article L120-1 du Code de la consommation). C'est ce que la CJUE a jugé à l'encontre d'une loi belge qui encadrait les annonces de réduction de prix au-delà de ce que la directive permet (CJUE, 10 juillet 2014, C-421/12).

C'est précisément ce que le nouvel arrêté du 11 mars 2015 prévoit. Il mentionne expressément le fait que toute annonce de réduction de prix :

- ne doit pas constituer une pratique commerciale déloyale au sens de l'article L120-1 du Code de la consommation (article 1),
- doit préciser le prix de référence qui est déterminé par l'annonceur et à partir duquel la réduction de prix est annoncée (article 2).

Désormais, l'annonceur a donc pour seule obligation de pouvoir justifier du prix de référence sans qu'il ne coïncide nécessairement avec les quatre définitions précédemment imposées.

Emmanuelle Behr
Avocat Associée

Publiée le 8 avril 2015

La validité de la marque Vente-privee.com

La Cour d'appel de Paris a, le 31 mars 2015, infirmé le jugement du TGI de Paris du 28 novembre 2013, déboutant la société Showroomprive.com de sa demande en nullité de la marque Vente-privee.com pour défaut de caractère distinctif.

Par son jugement du 28 novembre 2013, le TGI de Paris avait fait droit à la demande de showroomprive.com en annulation de la marque vente-privee.com, aux motifs que cette dernière ne démontrait pas de caractère distinctif. Selon le Tribunal, vente-privee.com ne pouvait « *s'approprier des termes génériques qui doivent rester disponibles pour tous les acteurs de la vie économique agissant dans ce secteur* ». Cette dernière interjette alors appel dudit jugement le 3 décembre 2013.

La Cour d'appel de Paris reconnaît qu'à la date de son dépôt, la marque litigieuse était dépourvue de caractère distinctif au regard des exigences de l'article L. 711-2 du Code de la propriété intellectuelle. Néanmoins, se fondant sur la directive (CE) n°89/104 du 21 décembre 1988 et sur l'article du Code de la propriété intellectuelle précité, elle estime que la marque du célèbre site Internet avait indéniablement acquis par l'usage, dès la demande de nullité, un caractère distinctif.

En effet, comme l'exige la jurisprudence, le site vente-privee.com a su convaincre les juges du fond de l'**usage continu, intense et de longue durée des termes « vente-privee.com »**. Il a rapporté notamment l'existence de services de promotion des ventes pour le compte des tiers, de présentation de produits sur tout moyen de communication pour la vente au détail et des services de regroupement pour le compte de tiers de produits et de services.

La marque « vente-privee.com » n'a donc pas -pour l'instant- été annulée. Reste à être attentif à la formation d'un éventuel pourvoi en cassation...

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 8 avril 2015

L'information du consommateur sur les conditions éthiques de fabrication des produits

La [Loi sur l'Economie Sociale et Solidaire \(ESS\) n°2014-856 du 31 juillet 2014](#) renforce l'information du consommateur sur les conditions éthiques de fabrication des produits qu'il achète.

La loi ESS vise à encourager un changement d'échelle de l'économie sociale et solidaire dans tous ses aspects. L'une des mesures principales de cette loi est la création d'un article 117-1 au Code de la consommation selon lequel « *le fabricant, le producteur ou le distributeur d'un bien commercialisé en France transmet au consommateur qui en fait la demande et qui a connaissance d'éléments sérieux mettant en doute le fait que ce bien a été fabriqué dans des conditions respectueuses des conventions internationales* relatives aux droits humains fondamentaux toute information dont il dispose [...]* » (article 93 de la loi).

[Un décret n°2015-295 en date du 16 mars 2015](#) est venu fixer la liste des conventions internationales relatives aux droits humains fondamentaux visée par le nouvel article du Code de la consommation. Dix-sept conventions sont visées par ce décret parmi lesquelles figurent tant des conventions relatives à des droits précis tels que les droits de l'enfant (1990), les droits des personnes

handicapées (2007), l'interdiction du travail forcé (1930), que des conventions visant des droits plus généraux tels que le pacte relatif aux droits civils et politiques (1966), ou encore celui concernant les droits économiques, sociaux et culturels de l'Homme (1966).

Par conséquent, les distributeurs, fabricants et producteurs sont contraints, depuis le 1^{er} août 2014, de fournir au consommateur qui en formulera la demande les informations permettant de vérifier le respect de ces conventions internationales. Une telle disposition est justifiée par un souci de transparence pour le consommateur, qui du fait de son poids économique, est en mesure d'influer sur le comportement des entreprises au regard des droits fondamentaux.

** Souligné par nous*

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 22 avril 2015

Plateformes de réservation hôtelière : booking.com prend des engagements

Le 21 avril 2015, dans le cadre d'une procédure ouverte devant l'Autorité de la concurrence pour pratiques anticoncurrentielles par les principaux syndicats hôteliers français et le groupe Accor, la société Booking.com s'est engagée à modifier plusieurs de ses pratiques commerciales.

Les principaux engagements pris par Booking.com visent la suppression de toute clause imposant aux hôteliers des obligations de parité de disponibilités, de parité de conditions ou encore de parité tarifaire vis-à-vis des plateformes concurrentes et de l'ensemble des autres canaux de distribution, en ligne ou hors ligne.

Les hôtels pourront désormais pratiquer des tarifs inférieurs, des conditions commerciales différentes et déterminer des quotas de nuitées plus ou moins importants sur des plateformes concurrentes de Booking.com.

Ils pourront également proposer des tarifs inférieurs à ceux affichés sur le site Booking.com sur leur canal de vente hors

ligne, par exemple pour la réservation sur place, par téléphone ou par emails, sous réserve que ces tarifs ne soient pas publiés sur le site Internet de l'hôtel.

Des tarifs inférieurs à ceux affichés sur le site de Booking.com, pourront aussi être proposés aux clients bénéficiant de programmes de fidélité.

Ces engagements sont pris pour 5 ans et entrent en vigueur dès le 1^{er} juillet 2015.

Elsa Witterkøer
Avocat à la Cour

Publiée le 27 avril 2015

Projet de Loi Macron et Réseaux de distribution commerciale (Article 10 A (art. L. 341-1 à L. 341-4 [nouveaux] du code de commerce)).

L'article 10 A disposait à l'issue des débats des députés que :

- l'ensemble des contrats conclus entre un commerçant et son réseau, ayant pour but commun l'exploitation d'un magasin du réseau et comportant des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par le commerçant de son activité, prennent fin à la même date, par l'échéance ou par la résiliation d'un des contrats (article L. 341-1 [nouveau] du code de commerce) ;
- toute clause ayant pour effet de restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant, après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats liant le commerçant au réseau de distribution, est réputée non écrite (article L. 341-2 [nouveau]). Cette disposition répond directement à une des observations de l'Autorité de la concurrence concernant l'effet anticoncurrentiel des clauses post contractuelles ;
- ces contrats ne peuvent être conclus pour une durée supérieure à neuf ans et ne peuvent être renouvelés par tacite reconduction (article L. 341-3 [nouveau]) ;
- les règles statutaires et décisions collectives adoptées conformément aux lois relatives aux associations, aux sociétés civiles, commerciales ou coopératives ne

peuvent faire obstacle aux trois dispositions précédentes (article L. 341-4 [nouveau]).

Relevant que « *le dispositif originel imaginé par l'Autorité de la concurrence et introduit dans le projet de loi « Lefebvre » [repris par l'amendement Brottes] ciblait spécifiquement la grande distribution à dominante alimentaire et faisait suite à une étude approfondie de ce secteur particulier. Or, aucune étude d'impact ne permet aujourd'hui de justifier l'élargissement du champ d'application envisagé. Cette extension constitue un saut dans l'inconnu.* » et « *même recentré sur les grandes surfaces alimentaires, le dispositif ne paraît pas vraiment de nature à changer les conditions de la concurrence dans les zones de chalandises locales. Remplacer une enseigne par une autre ne modifiera pas vraiment la donne et à supposer qu'il existe une enseigne dominante dans une zone, l'Autorité de la concurrence a les moyens de la forcer à céder certains points de vente.* »

Les risques de « *perturber l'organisation et la gestion de certains groupements coopératifs et associatifs* » sont suffisamment importants pour que la Commission spéciale du Sénat supprime cet article.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 27 avril 2015

Loi Macron - Sénat : L'article L. 441-7 du code de commerce concernant la convention annuelle unique ne serait de nouveau plus limitée au commerce de détail.

L'article 10 B (amendement Vautrin / Hammadi) restreignait le champ d'application de l'article L. 441-7, aux relations entre un fournisseur et un distributeur de commerce de détail, au lieu de s'appliquer à toute relation commerciale entre un fournisseur et un distributeur.

Invoquant les travaux des « professionnels concernés (...) sur un aménagement du formalisme des négociations commerciales pour les entreprises n'entrant pas dans le champ du commerce de détail », « pour mettre en place un formalisme allégé dans le cas des relations commerciales n'incluant pas

le commerce de détail ». La commission écarte l'amendement Vautrin / Hammadi mais indique que si les professionnels parviennent à un accord, la Commission spéciale du Sénat « souhaite qu'il puisse être intégré dans le présent projet de loi ». A suivre donc.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 27 avril 2015

Projet de Loi Macron : MDD et renégociation

La clause de renégociation de l'article L. 441-8 du code de commerce bientôt applicable aux « *contrats portant sur la conception et la production de produits répondant aux besoins particuliers de l'acheteur* ». Les produits de marque de distributeur (MDD) seraient donc inclus dans ce dispositif.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 27 avril 2015

Projet de Loi Macron : art. L. 442-6 du code de commerce - Sanction contre certaines pratiques commerciales abusives

La Commission spéciale du Sénat se montre défavorable à la modification du calcul de l'amende en cas de manquement aux dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce que les députés souhaitaient voir porter selon l'article 10 D du projet de loi, à 5 % du chiffre d'affaires réalisé en France par la personne coupable de cette pratique.

Relevant que « l'amende de 2 millions d'euros est déjà d'autant plus conséquente qu'elle s'accompagne de la répétition de l'indu quand elle est prononcée ». Aller au-delà serait « *avant tout disproportionné* » selon la Commission.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 27 avril 2015

Projet de Loi Macron - Transparence sur les conditions sociales de fabrication d'un produit (art. L. 117-1 du code de la consommation)

La Commission Spéciale du Sénat est favorable à la suppression de l'exigence d'un décret d'application au texte de l'article L. 117-1 du code de la consommation obligeant « le fabricant, le producteur ou le distributeur d'un bien commercialisé en France à transmettre au consommateur, qui en fait la demande et qui a connaissance d'éléments sérieux mettant en doute le fait que ce bien a été fabriqué dans des conditions respectueuses des conventions internationales relatives aux droits humains fondamentaux, toute information dont il dispose portant sur les éléments suivants : origine géographique des matériaux et composants utilisés dans la fabrication, contrôles de qualité et audits, organisation de la chaîne de production et identité, implantation géographique et qualités du fabricant, de ses sous-traitants et fournisseurs ».

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 27 avril 2015

Projet Macron : maintien de l'aménagement des délais de paiement dans les secteurs commerciaux à saisonnalité marquée

Les secteurs des équipements de sports d'hiver, jouets, horlogerie, cuir et matériels d'agro-équipement qui bénéficient de dérogations aux délais de paiement de l'article L441-6 du code de commerce par la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 jusqu'en 2015, devraient voir leur régime particulier maintenu.

Pour les autres secteurs, le délai de 60 jours devient le plafond, avec une dérogation pour le délai de 45 jours fin de mois date de facture, s'il résulte du contrat et ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 4 mai 2015

Déséquilibre significatif : Cour d'appel de Paris du 3 mars 2015 PROVERA

Cette affaire portait sur la mise en cause d'une clause offrant, en cas de la sous-performance d'un produit, au distributeur la faculté de mettre fin totalement ou partiellement au contrat le liant à un fournisseur et d'une autre clause où le distributeur bénéficiait de délais de paiement supérieurs au délai de paiement du fournisseur pour les services de coopération commerciale.

La Cour de cassation a, le 3 mars 2015, rejeté le pourvoi formé de PROVERA et confirmé l'arrêt de la Cour d'appel de Paris.

Il est relevé que la Cour d'appel a à bon droit effectué une analyse globale et concrète du contrat et a apprécié le contexte de négociation.

La première clause était déséquilibrée par l'absence de préavis suffisant, ou d'indemnisation.

En outre, il a été constaté que le distributeur ne donnait pas suite aux réserves ou avenants proposés par les fournisseurs sur ces clauses.

Point important enfin : la Cour de cassation confirme que le juge n'a pas à rechercher les effets précis du déséquilibre significatif.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 11 mai 2015

Suppression des soldes flottants

Auparavant l'article L310-3 du Code de commerce encadrait les périodes de soldes en distinguant (i) les deux périodes traditionnelles de cinq semaines chacune dont les dates sont fixées par décret (soldes d'hiver et soldes d'été) et (ii) une période d'une durée maximale de deux semaines ou deux périodes d'une durée maximale d'une semaine dont les dates sont librement choisies par le commerçant.

Ce sont ces deuxièmes soldes dits « flottants » qui viennent d'être supprimés par un décret du 7 mai 2015 (n°2015-516). Ces soldes étaient en effet accusés par les commerçants de semer le doute dans l'esprit des consommateurs qui confondent avec la notion de promotion.

Restent donc désormais uniquement les deux périodes de cinq semaines pendant lesquelles le commerçant peut utiliser le terme « soldes » et écouler les marchandises en stock proposées à la vente et payées depuis au moins un mois avant le début des soldes.

Emmanuelle Behr
Avocat Associée

Publiée le 19 mai 2015

Loi Macron - Une convention annuelle pour les grossistes (Sénat)

Un nouvel article L. 441-7-1 devrait être inséré dans le code de commerce pour régir les relations entre un fournisseur et un grossiste, qui ne relèveront plus de l'article L.441-7. C'est néanmoins un calque simplifié, de ce qui existait avant...

« Une convention écrite conclue entre le fournisseur et le grossiste indique les obligations auxquelles se sont engagées les parties en vue de fixer le prix à l'issue de la négociation commerciale. Établie soit dans un document unique, soit dans un ensemble formé par un contrat-cadre annuel et des contrats d'application, elle fixe :

« 1° Les conditions de l'opération de vente des produits ou des prestations de services telles qu'elles résultent de la négociation commerciale, dans le respect de l'article L. 441-6 ;

« 2° Les conditions dans lesquelles le grossiste s'oblige à rendre au fournisseur, en vue de la revente de ses produits aux professionnels, tout service propre à favoriser leur commercialisation ne relevant pas des obligations d'achat et de vente, en précisant l'objet, la date prévue, les modalités d'exécution, la rémunération des obligations ainsi que les produits ou services auxquels elles se rapportent ;

« 3° Les autres obligations destinées à favoriser la relation commerciale entre le fournisseur et le grossiste, en précisant pour chacune l'objet, la date prévue et les modalités d'exécution, ainsi que la rémunération ou la réduction de prix globale afférente à ces obligations.

« Les obligations relevant des 1° et 3° du présent I concourent à la détermination du prix convenu.

« La convention unique ou le contrat-cadre annuel est conclu avant le 1er mars ou dans les deux mois suivant le point de départ de la période de commercialisation des produits ou des services soumis à un cycle de commercialisation particulier.

« Le présent I n'est pas applicable aux produits mentionnés au premier alinéa de l'article L. 441-2-1.

« II. - Au sens du I, la notion de grossiste s'entend de toute personne physique ou morale qui, à titre professionnel, achète des produits à un ou plusieurs fournisseurs et les revend, à titre principal, à d'autres commerçants, grossistes ou détaillants, à des transformateurs, ou à tout autre professionnel qui s'approvisionne pour les besoins de son activité.

« Sont assimilées à des grossistes au sens du premier alinéa du présent II, les centrales d'achat ou de référencement de grossistes, à l'exception de celles agissant également pour le compte de détaillants.

« Art. L. 441-7-2. - Le fait de ne pas pouvoir justifier avoir conclu dans les délais prévus une convention satisfaisant aux exigences de l'article L. 441-7 ou du I de l'article L. 441-7-1 est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 75 000 € pour une personne physique et 375 000 € pour une personne morale. L'amende est prononcée dans les conditions prévues à l'article L. 465-2. Le plafond maximal de l'amende encourue est doublé en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive. »

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 19 mai 2015

Loi Macron - MDD et renégociation

L'article L441-8 du code de commerce devrait être applicable aux produits de MDD : « Le présent article est également applicable aux contrats d'une durée d'exécution supérieure à trois mois portant sur la conception et la production, selon des modalités répondant aux besoins particuliers de l'acheteur, de produits mentionnés au premier alinéa ».

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 19 mai 2015

Loi Macron - Le Sénat écarte l'amendement Brottes qui devait régir la durée des contrats d'affiliation et de franchise

Alors que la commission du sénat avait rejeté les nouveaux textes des articles L341-1 et suivants du code de commerce, le Ministre de l'Economie souhaitait les voir réinsérés tout en précisant : « En même temps, le Gouvernement ne veut pas que cette réforme puisse avoir des conséquences sur la stabilité financière de ces coopératives et de ces groupes. Des corrections doivent donc être apportées à ce régime juridique. (...) un dialogue est en cours pour tenter d'améliorer la rédaction du présent amendement, mais supprimer l'article 10 A revient à renoncer à corriger une pratique, qui, elle non plus, n'est pas souhaitable. C'est pourquoi le Gouvernement veut restaurer cet article dans sa rédaction initiale, tout en s'engageant à la corriger dans les prochaines semaines, de manière certaine d'ici à la nouvelle lecture à l'Assemblée nationale, pour prendre en compte les points que je viens d'évoquer. »

Les débats ont permis de rejeter l'amendement, en relevant plusieurs « problèmes » : « Tout d'abord, le dispositif limite à neuf ans la durée d'affiliation pour l'ensemble des magasins, et pas seulement pour le commerce alimentaire, alors que, s'agissant du dispositif Lefebvre, l'Autorité de la concurrence ciblait plus spécifiquement son application aux commerces de grande distribution alimentaire. En l'occurrence, il y a une extension du champ concerné, puisque tout le commerce de détail serait concerné, alors que c'est dans le commerce alimentaire

que se concentrent les difficultés. Or, à l'évidence, nous n'avons pas suffisamment de retour, ni d'étude d'impact pour pouvoir véritablement évaluer les effets de ce mécanisme sur les autres types de commerce. Ensuite, je ne suis pas sûre que le dispositif change véritablement la donne. En effet, il ne me semble pas que le fait de remplacer une enseigne par une autre soit de nature à modifier vraiment les conditions de la concurrence. Je vous rappelle que l'Autorité de la concurrence a la possibilité, si une enseigne est en situation de position dominante, de la contraindre à céder certains points de vente. Par ailleurs, les dispositions figurant dans l'amendement n° 1646 n'auront aucune conséquence sur les grands groupes de commerce intégrés, vous l'avez souligné. À l'inverse, elles perturberont le fonctionnement des groupes coopératifs, créant une distorsion de concurrence entre ces deux ensembles. »

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 19 mai 2015

Loi Macron - L'amende de 2 millions d'euros en cas de pratiques restrictives abusives devrait être remplacée par : « 1 % du chiffre d'affaires réalisé en France par l'auteur des pratiques incriminées. »

A bon entendeur...

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 19 mai 2015

Loi Macron - Sénat : la notion de dépendance économique est précisée en matière de pratique anticoncurrentielle

L'article L420-1 du code de commerce devrait être complété comme suit : « Une situation de dépendance économique est caractérisée, au sens du deuxième alinéa, dès lors que : - d'une part, la rupture des relations commerciales entre le fournisseur et le distributeur risquerait de compromettre le maintien de son activité ; - d'autre part, le fournisseur ne dispose pas d'une solution de

remplacement auxdites relations commerciales, susceptible d'être mise en œuvre dans un délai raisonnable. »

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 19 mai 2015

Déséquilibre significatif : cette fois, Expédia (TC Paris 7 mai 2015)

Le Tribunal de Commerce de Paris annule les clauses de parité tarifaire stipulées entre les hôtels et la plateforme de réservation hôtelière en ligne car en imposant aux hôtels de consentir auxdites plateformes un tarif aussi favorable que celles offertes sur d'autres plateformes ou via d'autres canaux de distribution, Expédia provoque un déséquilibre significatif. Aucune amende civile... à défaut de caractère intentionnel.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 2 juin 2015

« MADE IN FRANCE : Nouveaux éclairages sur le marquage d'origine des marchandises »

Entrée en vigueur le 18 mai 2015, une nouvelle circulaire vient guider les professionnels qui souhaiteraient valoriser leur savoir-faire en apposant sur leurs marchandises un marquage d'origine française. Cette circulaire clarifie les modalités de détermination de l'origine d'un produit, et rappelle les sanctions douanières auxquelles les professionnels s'exposent en cas d'erreur.

Compte tenu des nouvelles chaînes de fabrication multiples des marchandises, l'origine de la marchandise n'est pas toujours aisée à déterminer, et le code des douanes communautaire fixe la réglementation applicable aux marchandises entrant dans l'Union en fonction des notions d'origine préférentielle ou non préférentielle des marchandises (Règlement (CEE) n° 2913/92 du Conseil du 12 octobre 1992 établissant code des douanes communautaire et dispositions

d'application prévues par le Règlement (CEE) n° 2454/93 de la Commission du 2 juillet 1993).

La complexité factuelle et juridique de la détermination de l'origine de la marchandise place les professionnels dans une situation floue, alors qu'une simple erreur dans la détermination de l'origine peut constituer une infraction au sens du code des douanes français. En effet, en France, l'apposition à l'importation d'une indication sur le produit de nature à faire croire qu'il a été fabriqué en France ou qu'il est d'origine française est prohibée (article 39 du code des douanes).

Afin de préserver les professionnels souhaitant apposer un marquage d'origine sur leur produit d'une éventuelle sanction douanière, marquage qui n'est pas obligatoire pour les produits importés ou fabriqués dans l'Union, rappelons-le, cette nouvelle circulaire est conçue comme un guide pratique à l'attention des professionnels.

Elle rappelle les modalités de détermination de l'origine non préférentielle des marchandises importées ou commercialisées au sein de l'Union européenne afin de permettre aux professionnels d'effectuer un marquage conforme, elle contient également toutes les références juridiques à connaître, et elle donne une définition claire du champ d'application de l'article 39 du code des douanes, délimitant ainsi les marquages/mentions susceptibles de faire l'objet d'un contrôle douanier.

Publiée au bulletin des douanes n° 7065 du 18 mai 2015 cette circulaire NOR FCPD1511378C abroge et remplace la décision administrative n° 07-029 du 30 mai 2007.

Frédéric Fournier
Elsa Witterkoer
Avocats à la Cour

Publiée le 5 juin 2015

Loi Macron - Echec de la CMP : retour à l'Assemblée nationale

Réunie le mercredi 3 juin 2015, la commission mixte paritaire a constaté ne pouvoir parvenir à élaborer un texte commun sur les dispositions restant en discussion du projet de

loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 12 juin 2015

Déséquilibre significatif et indivisibilité en matière de financement.

La CEPC rend un avis important, qui, même s'il ne fait pas application de l'article L.442-6 I 2° du code de commerce sur la responsabilité de la partie stipulant une ou plusieurs clauses provoquant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations, pour des raisons d'application de la loi dans le temps, laisse entendre que ces dispositions pourraient s'appliquer en cas de contrat de location portant sur des opérations indivisibles.

<http://www.economie.gouv.fr/cepc/avis-n%C2%B012-03-relatif-a-contrat-licence-dexploitation-dun-site-internet>

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 12 juin 2015

French Commission of Commercial Practices released a recent and important advice, which, even if it does not apply the provisions of Article L.442-6 I 2° of French commercial code under which the party to an agreement providing clauses causing a significant imbalance between the rights and the obligations of the parties, pursuant to principles governing the application over time of law (the matter originating before the adoption of Article L.442-6 I 2°), leaves the door opened to such remedy in case of a lease agreement covering indivisible operations.

<http://www.economie.gouv.fr/cepc/avis-n%C2%B012-03-relatif-a-contrat-licence-dexploitation-dun-site-internet>

One may also note that the sanction of significantly imbalanced contractual provisions should extend to any and all contracts as per the draft Article 1169 of

French code civil resulting from the contemplated reform of this code, and not only commercial contracts.

Frédéric Fournier
Partner

Publiée le 15 juin 2015

Frédéric Fournier publie un article sur le site *Franchise-Magazine.com* sous le titre « L'ombre de la Loi Macron s'éloigne de la franchise mais s'intéresse toujours à la fin des contrats... »

<http://www.franchise-magazine.com/avis-des-experts/l-ombre-de-la-loi-macron-s-eloigne-de-la-franchise-mais-s-interesse-toujours-a-la-fin-des-contrats-447.html>

Publiée le 16 juin 2015

Chronique d'Emmanuelle Behr sur le Journal du Net : La validité des clauses de parité en question.

<http://www.journaldunet.com/economie/expert/61232/la-validite-des-clauses-de-parite-en-question.shtml>

Publiée le 16 juin 2015

Loi Macron (commerce de détail) : Franchiseurs, à vos crayons et gommes.

Le crayon, c'est l'article L.341-1 future du code de commerce issu de la loi Macron. Dans les ensembles contractuels courant en matière de franchise (franchise, location-gérance, approvisionnement), la résiliation d'un de ces contrats vaut résiliation de l'ensemble des contrats, sauf en ce qui concerne le contrat de bail commercial (3, 6, 9) et les contrats d'association ou de société civile, commerciale ou coopérative. Il convient d'en prévoir les effets : la résiliation emportera des conséquences sur les sommes dues de part et d'autre, les droits de propriété intellectuelle, les stocks et les restitutions diverses entre les parties. Les effets de l'indivisibilité sont

connus en matière de financement et sont aujourd'hui régis par ce type de clauses.

Il faudra néanmoins combiner ce texte avec celui qui met en cause la responsabilité de la partie qui résilie trop vite : en effet, la loi Macron n'aura certainement pas pour effet d'écarter l'application des dispositions de l'article L.442-6 I 5° du code de commerce sur les relations commerciales établies. Sauf motif légitime justifiant la résiliation d'un contrat - et emportant maintenant la résiliation des autres conventions, tels que le manquement grave, le défaut de paiement..., la partie résiliant une convention devra s'interroger sur le bon préavis : le préavis raisonnable au regard de l'ancienneté des relations ou des usages de la profession. L'impact d'une résiliation globale sera naturellement d'autant plus important qu'il porte sur plusieurs conventions, au lieu d'une.

La gomme, c'est le futur *article L. 341-2. - I* qui porte sur « *toute clause ayant pour effet, après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à l'article L. 341-1, de restreindre la liberté d'exercice de l'activité commerciale de l'exploitant qui a précédemment souscrit ce contrat est réputée non écrite.* »

Nombre de franchiseur avaient supprimé les clauses de non-concurrence ou de non réaffiliation, trop rompus aux réticences des juridictions à les appliquer, notamment dans des secteurs où l'approvisionnement requiert une affiliation à une centrale.

Le crayon à nouveau sera utile pour corriger les clauses trop souvent inutilement extensives que l'on rencontre. Il est impératif comme le prévoit depuis longtemps le droit de la concurrence (Règlement n°330/2010, les Lignes directrices sur les restrictions verticales, la jurisprudence notamment établie notamment en grande distribution alimentaire ou dans le secteur de l'immobilier).

La clause est valable si elle est cumulativement (i) limitée aux biens et services en concurrence : il ne s'agit plus de l'activité, (ii) limitée au point de vente, (iii) indispensable à la protection du savoir-faire substantiel, spécifique et secret transmis, qu'il conviendra de justifier, (iv) limitée à un an après l'échéance ou la résiliation d'un des contrats mentionnés à l'article L. 341-1.

Cette disposition s'appliquera dans un an.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 16 juin 2015

Macron Act (retail): Franchisors: take your pens and erasers.

Take your pen is the effect of the future Article L.341-1 of the French Commercial Code resulting from Macron Act. Franchisors often use groups of contracts (franchise agreement, management agreements, procurement and supplies), termination of one of these contracts will now mean termination of all, except for the commercial lease (as defined under French law) and for partnerships or companies. One may anticipate the effects of such termination: termination shall carry implications for the monies or indemnities mutually owed, rights of intellectual property, stocks and inventories and various restitutions between the parties. The effects of the indivisibility are known for financing operations in particular but now shall govern the franchise-related agreements.

This new provision will nevertheless combine with that which involves the responsibility of the party terminating an agreement in a too quick manner: indeed, the Macron law certainly does not have the effect of excluding the application of the provisions of Article L.442 -6 I 5 ° of the French Commercial Code on steady commercial relations. Except if there is a legitimate merit for the termination of a contract -and now the termination of other agreements-, such as a serious default or payment default ..., the party which terminates an agreement shall already evaluate the right notice period taking into account to full duration of the relationships, its intensity, or potential dependence, or, in some cases, the use applicable in a profession. The combination of Article L442-6 I 5° with the Macron Act will naturally lead to anticipate with higher care the issue of the notice period, as this will now impact several agreements at the same time.

The eraser will operate for the implementation of the provision of the future Article L. 341-2. - I, which covers "any clause that, after the expiration or termination of

the contracts referred to in Article L. 341-1, restrict the freedom of exercise of the commercial business of the party” who previously signed the franchise contract, “is deemed unwritten.”

Number of franchisor already removed the post-contractual non-compete or non re-affiliating clause, aware of the reluctance of the courts to enforce them, especially in markets where supplies require an affiliation with a specialist provider and no direct procurement is possible from suppliers (foods...).

The pen shall again be useful to correct such non-compete clauses when unnecessarily extensive.

Macron Act aligns with competition law (Council Regulation No 330/2010, the Guidelines on vertical restraints), and case law established including food retail and in the real estate sector).

The clause shall remain valid if it is cumulatively (i) limited to goods and services in competition, (ii) limited to point of sale, (iii) necessary to protect the know-how substantial, specific and secret transmitted, appropriate justification, (iv) limited to one year after the expiration or termination of the contracts referred to in Article L. 341-1.

This provision shall apply within a year.

See also:

<http://www.franchise-magazine.com/avis-des-experts/l-ombre-de-la-loi-macron-s-eloigne-de-la-franchise-mais-s-interesse-toujours-a-la-fin-des-contrats-447.html>

Frédéric Fournier
Partner

Publiée le 16 juin 2015

Loi Macron : Hôtel et plateforme de réservation en ligne.

Après l’Autorité de la concurrence et le tribunal de commerce (affaires Booking et Expedia), le Parlement s’empare de la question des plateformes hôtelières. L’article L. 311-5-1 du code de commerce issu de la Loi Macron disposera que « le contrat entre un hôtelier et une personne physique ou morale

exploitant une plateforme de réservation en ligne portant sur la location de chambres d’hôtel aux clients, ne peut être conclu qu’au nom et pour le compte de l’hôtelier et dans le cadre écrit du contrat de mandat mentionné aux articles 1984 et suivants du code civil ».

Nonobstant le premier alinéa, l’hôtelier conserve la liberté de consentir au client tout rabais ou avantage tarifaire, de quelque nature que ce soit.

Le contrat de mandat fixera les conditions de rémunération « déterminée librement » du mandataire ainsi que les prix de la location des chambres et de tout autre service.

Le texte est sanctionné pénalement notamment par une amende de 30 000 €, pouvant être portée à 150 000 € s’il s’agit d’une personne morale, le fait pour le représentant légal de la plateforme de réservation en ligne d’opérer sans contrat conclu conformément à l’article L. 311-5-1.

Le texte ne s’applique qu’aux hôtels situés en France.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 16 juin 2015

Protection des secrets des affaires, savoir-faire : la directive est en marche.

Suite à la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d’affaires) contre l’obtention, l’utilisation et la divulgation illicites (n° 2013/0402, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52013PC0813>).

La commission des affaires juridiques du Parlement européen vient de se prononcer favorablement au projet de directive de protection du secret des affaires et savoir-faire, néanmoins en l’amendant. C’est un outil majeur pour la protection des entreprises et notamment du savoir-faire en franchise.

En proie à des vives critiques de la presse, la commission a porté son attention sur la

liberté d'expression, d'information et de la presse. Le Communiqué de presse de la commission souligne les propos suivants de Constance Le Grip, parlementaire qui suit le projet : « La lutte contre l'espionnage économique et industriel, et le fait de donner aux entreprises les moyens de protéger leur savoir-faire et l'information professionnelle contre toute acquisition illégale dans toute l'Europe offre une meilleure protection pour l'innovation, la compétitivité et l'emploi en Europe. Dans le même temps, nous avons considérablement modifié et amélioré le texte initial, car il est d'autant plus crucial de protéger les libertés fondamentales et de garantir le plein exercice de la liberté d'expression et d'information, à commencer par la liberté des médias et le pluralisme, mais aussi d'assurer la mobilité professionnelle des travailleurs ».

La commission des affaires juridiques propose d'écarter la protection des victimes de vol ou de détournement de secrets commerciaux pour les secrets acquis, utilisés ou communiqués aux fins suivantes :

- « pour faire usage légitime, conformément à la Charte des droits fondamentaux de l'Union, du droit à la liberté d'expression et d'information, y compris la liberté des médias ;
- pour révéler une faute, un acte répréhensible, une fraude ou toute activité illégale, à condition que le défendeur a agi dans l'intérêt public (comme la sécurité publique, la protection des consommateurs, la santé publique ou la protection de l'environnement) ;
- pour protéger « l'intérêt public général ou tout autre intérêt légitime, reconnu par l'Union ou la législation nationale et par la pratique judiciaire ». (<http://www.europarl.europa.eu/side/s/getDoc.do?pubRef=-%2f%2fEP%2f%2fTEXT%2bIM-PRESS%2b20150615IPR66493%2b0%2bDOC%2bXML%2bV0%2f%2fFR&language=FR>).

Il convient maintenant que le Conseil adopte le projet modifié.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 18 juin 2015

Gratuité de LCI et Paris Première : les décisions du CSA annulées

http://www.lepoint.fr/medias/gratuite-de-lci-et-paris-premiere-les-decisions-du-csa-annulees-17-06-2015-1937375_260.php

Publiée le 22 juin 2015

L'application d'office de la garantie de conformité confirmée par la CJUE.

Par un arrêt du 4 juin 2015 ([C-497/13](#)), la Cour de Justice de l'Union Européenne a précisé l'application qui doit être faite par les tribunaux nationaux de la garantie de conformité.

La garantie de conformité du bien livré a été introduite par la directive 1999/44/CE portant sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation. Elle s'applique à la vente de bien meuble entre un professionnel et un consommateur et prévoit notamment que la responsabilité du vendeur est engagée lorsque le consommateur prouve que le défaut de conformité est apparu dans un délai de deux ans à compter de la délivrance du bien. Par exception et sauf preuve contraire, les défauts de conformité qui apparaissent dans un délai de deux mois sont présumés exister au moment de la délivrance.

Ces principes ont été transposés en droit français aux articles L211-4 et suivants du Code de la consommation.

Par cet arrêt, la CJUE indique que :

- le juge national est tenu de vérifier si l'acquéreur peut être qualifié de consommateur, même si ce dernier n'a pas expressément revendiqué cette qualité ;
- le juge national est tenu d'appliquer d'office la règle relative à la charge de la preuve du défaut de conformité (présomption pendant les six premiers mois de la délivrance et défaut prouvé par la suite) ;
- concernant la présomption des six premiers mois, si le consommateur n'est pas tenu de rapporter la cause du défaut ni d'établir que l'origine

est imputable au vendeur, il lui faut néanmoins prouver qu'il y a bien défaut de conformité qui s'est matériellement révélé dans un délai de six mois à compter de la livraison du bien.

C'est alors au professionnel d'établir que le défaut n'était pas présent au moment de la délivrance et qu'il trouve sa cause ou son origine dans un acte ou une omission postérieure à la délivrance.

La Cour par cet arrêt confirme l'ambition de la réglementation européenne de protection du consommateur, dans sa relation avec le professionnel comme avec les juridictions.

Emmanuelle Behr
Avocat Associée

Publiée le 22 juin 2015

Les prémices d'une réglementation sur l'obsolescence programmée...

<http://www.marketing-professionnel.fr/tribune-libre/innovation-premices-reglementation-obsolescence-programmee-201506.html>

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 15 juillet 2015

Mandat à la négociation ou l'achat, information du franchisé, la CEPC se prononce (Avis n° 15-14).

Dans un avis récent, la CEPC reprend les principes bien connus de la reddition de comptes par la centrale ou du franchiseur, ouvrant néanmoins une question.

Un mandataire à la négociation (centrale ou franchiseur) doit communiquer au franchisé les informations concernant les remises et rémunérations versées par le fournisseur, « nécessaires à la défense » des droits du franchisé ou affilié. Ceci ouvre la question de la portée de cette expression. Il faut a priori comprendre « défense de ses droits » à l'égard du fournisseur. A suivre...

Par ailleurs, la CEPC rappelle qu'il existe une distinction entre mandataire à la négociation et mandataire à l'achat. Le mandataire à la négociation « n'est pas partie au contrat de vente et ne peut conserver une partie des remises liées aux achats réalisés par le commerçant. En revanche, le mandataire à la négociation peut percevoir des remises et commissions distinctes correspondant aux prestations qu'il facturerait séparément au fournisseur. Le commerçant n'aurait pas le droit de connaître le détail de ces remises de prestation de services si elles ne sont pas prises en considération dans le calcul de ses propres remises obtenues en fonction de ses achats. » Il n'est pas interdit d'être plus large à l'égard du franchisé ou affilié, rappelle la CEPC.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 15 juillet 2015

Mandate to trading or purchase the franchisee information, CEPC to say (Opinion No. 15-14).

In a recent opinion, French CEPC (Fair Trade Control Commission) recalls well-known principles of information by purchasing organizations, or franchisors.

Any purchasing organization or franchisor acting as an agent for negotiations related to discounts and specific conditions from suppliers must provide the franchisee information regarding discounts and remuneration paid by the supplier, as may be « necessary for the defense » of the rights of the franchisee or affiliate. Furthermore, CEPC reminds that one shall distinguish agent for negotiating and purchasing agent. The agent for negotiations « is not party to the sale agreement and may retain some of the discounts linked to the purchases made by the merchant. However, the agent for negotiations can receive discounts and commissions corresponding to distinct benefits he would charge separately to the supplier. The franchisee or affiliated party would not have the right to know the details of these discounts for service delivery if they are not taken into account in the calculation of its discounts obtained based on their purchases. » It is not forbidden to grant more

advantages to franchisee or affiliated party, recalls the ECCP.

Frédéric Fournier
Partner

Publiée le 2 septembre 2015

Brevet essentiel (Huawei), Contrefaçon et accès FRAND.

Le 16 juillet 2015, la CJUE décide que, lorsqu'un brevet « essentiel » fait l'objet d'une proposition de licence dans des conditions FRAND (*fair, reasonable and non-discriminatory*), il n'y a pas abus de position dominante à agir en contrefaçon contre le contrefacteur, si le contrefacteur avisé des droits du titulaire a demandé une licence FRAND avant l'introduction de l'action mais a finalement poursuivi ses actes d'exploitation sans donner suite à l'offre de licence.

<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-07/cp150088fr.pdf>

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 28 septembre 2015

Cession de fonds de commerce et rupture des relations commerciales.

L'article L442-6 I 5° du Code de commerce prévoit une responsabilité délictuelle de l'auteur d'une rupture de relations commerciales établies réalisées sans préavis écrit suffisant au regard de la durée de la relation. A défaut, il est condamné à indemniser la victime de la rupture de la marge brute que son cocontractant aurait réalisée si le préavis avait été respecté. Cette règle s'applique même en cas de pluralités de contrat ou de changement de personnes morales contractantes.

Dans son arrêt du [15 septembre 2015 \(n° 14-17964\)](#), la Cour de cassation avait à juger d'une rupture de relations commerciales intervenue à l'initiative d'un cessionnaire de fonds de commerce. En l'espèce, le prestataire de transport travaillait avec le propriétaire d'un fonds depuis 1988. Fin 2005,

ce propriétaire met son fonds en location gérance puis le cède au locataire gérant six mois plus tard. Quinze jours après la cession, le nouveau titulaire du fonds, résilie le contrat de transport avec un préavis de plus de 5 mois. Le transporteur a alors assigné le cessionnaire du fonds prétendant qu'il avait poursuivi les relations commerciales de 18 ans et sollicitant 250.000 euros au titre de l'indemnisation de la rupture brutale.

La Cour de cassation a rejeté cet argument et estime que la cession de fonds de commerce n'emporte pas de plein droit substitution du cessionnaire au cédant dans les relations contractuelles et commerciales entretenues avec le transporteur. Elle précise qu'à défaut d'intention réelle du cessionnaire de poursuivre la relation commerciale initialement nouée, le préavis dont devait bénéficier le prestataire n'avait pas à être déterminé en considération de la relation précédente.

Il s'agit ici d'un arrêt d'espèce fortement motivé par les conditions factuelles dans lesquelles la rupture est intervenue (six mois de location gérance et résiliation 15 jours après la cession du fonds).

Il n'est pas certain que la solution aurait été la même si le cessionnaire avait résilié le contrat de transport dans les mois ou années suivant la cession. Néanmoins il permet de mesurer l'importance de l'insertion dans les actes de cession de fonds de la liste des contrats que le cessionnaire entend expressément reprendre ou au contraire qu'il ne souhaite pas poursuivre.

Emmanuelle Behr
Avocat Associée

Publiée le 2 octobre 2015

L'efficacité du terme d'une convention remise en cause par la négociabilité annuelle.

La Cour de cassation donne raison à une Cour d'appel qui a pu juger qu'une convention de coopération commerciale d'une durée de 3 ans avec un terme conventionnel fixé à juin 2011 pouvait être résiliée par anticipation au 1er février 2011 au motif de l'obligation légale de renégociation annuelle fixée par l'article L441-7 du Code de commerce, cette

obligation annihilant toute idée de brutalité de la rupture telle qu'entendue par l'article L.442-6-1, 5° du Code de commerce.

Cette solution implique ainsi que ce type de conventions est renégociable chaque année, peu importe le terme convenu par les parties.

Par la même occasion la Cour de cassation confirme sa position constante sur l'absence de dépendance économique en relevant que la prétendue victime de la rupture « *ne s'explique par sur son choix de ne pas diversifier son activité ainsi que ses risques* ».

Ainsi, une fois de plus, la Haute juridiction confirme qu'une partie qui n'a pas suffisamment diversifié son activité ne pourra pas invoquer son prétendu état de dépendance économique pour tenter d'obtenir un allongement du délai de préavis qui lui a été octroyé.

Références arrêt : Cass. com 7 juillet 2015, n°14-17657

Guillaume Gouachon
Avocat à la Cour

Publiée le 6 octobre 2015

Prix de revente et marge : interdiction du caractère minimal - Précisions de la DGCCRF.

Rappelant le principe de l'interdiction des prix ou marges minimum imposés, la DGRCCF précise que : « Sont visés tous les modes de fixation, directs ou indirects ».

Exemples :

- calcul d'une redevance, dans un système de distribution non intégré, non à partir d'un chiffre d'affaires effectivement réalisé mais à partir du prix conseillé;
- relèvement discriminatoire de prix par un producteur isolé visant à sanctionner le comportement de « casseur de prix » portant atteinte au réseau traditionnel de distribution.

<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/Publications/Vie-pratique/Fiches-pratiques/Prix-minimum-impose>

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 6 octobre 2015

Données personnelles - Suspension du Safe Harbor avec les Etats-Unis.

Data privacy - Suspension of the EU Commission's US Safe harbor decision.

Frédéric Fournier, Emmanuelle Behr, Partners, Redlink.

Le 6 octobre 2015, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a jugé que la décision de la Commission 2000/52 du 26 juillet 2000 reconnaissant les Etats-Unis comme « sphère de sécurité » en cas de transfert de données personnelles était invalide. Elle juge que ces transferts doivent être suspendus comme ne répondant pas aux exigences de garantie de protection adéquate requis par la directive européenne n°95/06/EC, à la suite d'une question préjudicielle de la High Court irlandaise dans une affaire initiée par un utilisateur de Facebook se plaignant du transfert de ses données vers les serveurs américains. Le transfert de données personnelles à partir de l'Europe vers les Etats-Unis basée sur l'équivalence de protection du fait de l'adhésion de la société américaine au Safe Harbor ne sera plus possible à ce stade.

On October 6, 2015, the Court of Justice of the European Union (CJEU) ruled that the Commission decision 2000/52 of 26 July 2000 recognizing the US as a safe harbor in case of personal data transfer, is invalid. It considers that such transfers must be suspended as not meeting adequate protection level requirements required by the European Directive 95/06/EC. This follows a preliminary ruling request from Irish High Court in a matter introduced by a Facebook user complaining of the transfer of his personal data to US servers. The transfer of personal data from Europe to the United States based on the fact that US Company complies with Safe Harbor will no longer be possible at this stage.

<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2015-10/cp150117en.pdf>

Frédéric Fournier / Emmanuelle Behr
Associés / Partners

Publiée le 19 octobre 2015

Franchiseurs : la qualification de co-employeur des salariés du franchisé filiale écartée.

Plusieurs sociétés franchisées devenues filiales de leur franchiseur dans le cadre d'une restructuration du réseau de distribution de celui-ci, ont fait l'objet d'un licenciement économique. Les salariés touchés par le licenciement ont tenté de contester celui-ci, demandant la requalification du franchiseur en co-employeur.

La Cour de Cassation écarte la qualification de co-employeur du franchiseur au motif que « *le fait qu'ait été constituée une équipe dirigeante identique et que la société mère [le franchiseur] ait, d'une part, pris dans le cadre de la politique du groupe des décisions affectant le devenir de ces filiales, d'autre part, fourni les moyens nécessaires à la mise en œuvre de la cessation d'activité des sociétés ne pouvait suffire à caractériser une situation de co-emploi* ».

La Cour confirme le principe selon lequel une société ne peut être considérée comme co-employeur à l'égard du personnel d'une autre société du même groupe, hors l'existence d'un lien de subordination, qu'à condition de démontrer l'existence d'une immixtion dans la gestion économique et sociale de cette dernière.

Cass. Soc., 9 juin 2015, n° 13 -26.558

**Frédéric Fournier / Elsa Witterkoer
Avocats à la Cour**

Publiée le 21 octobre 2015

Rupture brutale de relations commerciales établies et cession de fonds de commerce.

Le préavis après cession de fonds de commerce ne prend pas en compte la relation antérieure avec le cédant. La Cour de cassation (chambre commerciale) a écarté l'application de l'article L.442-6 I 5° du code de commerce par un arrêt du 15 septembre

2015 (n° de pourvoi: 14-17964). Une société donne son fonds de commerce en location-gérance, puis le cède au locataire-gérant. Elle décide de mettre un terme au contrat de transport précédemment conclu avec le cédant. « Se prévalant de la durée de la relation commerciale qu'elle avait entretenue avec les prédécesseurs », le transporteur invoque la rupture brutale d'une relation commerciale établie.

La Cour retient que « *si [la cession de fonds de commerce] a transféré [au cessionnaire] la propriété des éléments du fonds cédé, elle n'a pas de plein droit substitué le cessionnaire au cédant dans les relations contractuelles et commerciales que cette société entretenait avec [le transporteur]* », même si le cessionnaire a fait intervenir le transporteur après l'acquisition du fonds. »

**Frédéric Fournier
Avocat Associé**

Publiée le 21 octobre 2015

Apporteur d'affaires, agent commercial n'est pas...

Le 3 juillet 2015, la Cour d'appel de Paris statue sur un contrat d'apporteur d'affaires.

A défaut de démonstration d'un mandat d'agir au nom et pour le compte de son cocontractant et de réalisation d'actes juridiques (en l'espèce, l'objet de la mission visait le développement d'une activité d'expertise, de la formation et de conseil en stratégie, puis la gestion de contrats), la cour constate l'absence de mandat d'agent commercial, voire de mandat d'intérêt commun, au profit de la qualification de prestataire de services.

La commission sur l'apport de chiffre d'affaires ne justifie pas plus la qualification d'agent commercial.

**Frédéric Fournier
Avocat Associé**

Publiée le 22 octobre 2015

Quand l'ancien siège social d'une personne morale devient un siège social fictif.

En cause d'appel, la constitution d'avocat par l'intimé ou par toute personne qui devient partie en cours d'instance est dénoncée aux autres parties par notification entre avocats.

S'agissant d'une personne morale, cet acte doit indiquer sa forme, sa dénomination, son siège social et l'organe qui la représente légalement.

Ces conditions sont d'application stricte puisque l'article 961 du Code de procédure civile exige ces indications, sous peine d'irrecevabilité.

La Cour de cassation ne fait ainsi preuve d'aucune mansuétude lorsqu'une telle mention fait défaut ou est inexacte.

Dans un arrêt du 24 septembre 2015 (n° de pourvoi : 14-23169), la Cour a tenu pour irrecevable les conclusions d'appel par lesquelles une partie indiquait que son siège social était situé dans des locaux qu'elle avait quitté définitivement, en considérant que ce siège social était un siège social fictif.

Cette irrecevabilité n'étant pas subordonnée à la justification d'un quelconque grief, les concluants sont invités à faire preuve de la plus grande vigilance...

Cass., 24 septembre 2015, n° 14-23169.

Anthony Botella
Avocat à la Cour

Publiée le 22 octobre 2015

Négociations fournisseurs / distributeurs : la Loi Hamon n'implique nullement une impossibilité de modifier les prix en cours d'année.

Une réponse ministérielle ([n° 15636 - JO Sénat 15/10/2015](#)) vient indiquer les conditions dans lesquelles les prix convenus à l'issue de la négociation commerciale et entérinés par la convention annuelle unique peuvent être modifiés.

La question posée par la Sénatrice Agnès Canayer (Seine-Maritime - UMP) portait sur la rigidité induite par la conclusion d'une convention annuelle unique qui empêcherait toute réactivité en cas de variation des prix des matières premières ou du cours des devises.

Le Ministère de l'économie, de l'industrie et du numérique rappelle que la Loi pour la Modernisation de l'Economie (LME) du 4 août 2008 a créé l'obligation de conclure une convention annuelle unique entre fournisseurs et distributeurs qui fixe le prix des produits à partir du prix fixé par le fournisseur dans ses CGV. La loi Hamon (n° 2014-344 du 17 mars 2014) a cependant modifié le I de l'article L. 441-7 du code de commerce qui prévoit désormais notamment que la convention unique doit indiquer « *le barème de prix tel qu'il a été préalablement communiqué par le fournisseur, avec ses conditions générales de vente, ou les modalités de consultation de ce barème dans la version ayant servi de base à la négociation* ».

Il est rappelé que cette nouvelle obligation n'a pas modifié la possibilité pour le fournisseur de prévoir une augmentation de son tarif en cours d'année, et de modifier alors le cas échéant ses CGV. Cette augmentation de tarif ne peut être appliquée dans le cadre de la relation commerciale que sous réserve de l'accord du cocontractant, matérialisé par un avenant au contrat, ou par accord sur les nouvelles CGV, dont la preuve peut être apportée par tous moyens.

Dans les secteurs où les tarifs du fournisseur sont amenés à fréquemment évoluer en cours d'exécution du contrat, les parties peuvent prévoir dès le départ, dans la convention, le principe et les modalités pratiques de l'acceptation par le client de chaque proposition d'évolution du tarif par le fournisseur.

Par ailleurs, concernant les variations des cours des matières premières agricoles et alimentaires, l'article L 441-8 du Code de commerce permet de prendre en compte leur impact sur les prix de certains produits en prévoyant une procédure particulière encadrée dans des délais (négociation dans un délai de deux mois) et un formalisme spécifiques (compte rendu écrit).

Enfin, le Ministère rappelle les dispositions de l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce sur le déséquilibre significatif qui peut être

mis en œuvre dans le cas où l'une des parties refuse de renégocier un contrat dont l'économie est bouleversée. Il n'est pourtant pas si certain que cet article pourra s'appliquer à toutes modifications de tarifs de produits autres que ceux visés par l'article L 441-8 dès lors qu'il faudra alors prouver que le distributeur ou le fournisseur, en refusant de modifier les prix, a soumis ou tenté de soumettre son partenaire commercial à des obligations (déjà convenues...) qui créeraient un déséquilibre significatif...

Emmanuelle Behr
Avocat Associée

Publiée le 2 novembre 2015

Obligation d'information du consommateur - Médiation.

Le décret précise les règles relatives au processus de médiation de la consommation, les exigences d'indépendance ou d'impartialité attachées au statut de médiateur de la consommation et les obligations d'information et de communication qui incombent à ce dernier. Il fixe les modalités d'information du consommateur, lui permettant de recourir effectivement à un médiateur de la consommation et d'assistance au consommateur, en cas de litige transfrontalier. Enfin, il modifie le code monétaire et financier, le code des

assurances et le code de la sécurité sociale afin de permettre la mise en œuvre de la médiation de la consommation dans ces secteurs.

Pris en application des articles 1er, 2, 3 et 4 de l'ordonnance du 20 août 2015 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation, le décret achève la transposition de la directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation. A cette fin, il crée dans la partie réglementaire du code de la consommation un titre consacré à la médiation des litiges de la consommation (art. R. 152-1 à R. 156-2).

« *Chapitre VI*

« *L'information et l'assistance du consommateur*

« *Art. R. 156-1. - En application de l'article L. 156-1, le professionnel communique au consommateur les coordonnées du ou des médiateurs de la consommation dont il relève, en inscrivant ces informations de manière visible et lisible sur son site internet, sur ses conditions générales de vente ou de service, sur ses bons de commande ou sur tout autre support adapté. Il y mentionne également l'adresse du site internet du ou de ces médiateur. »*

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 7 janvier 2015

Contrat public : les personnes publiques candidates doivent agir dans le cadre de leur compétence et ne doivent pas fausser la concurrence

1- Les contrats publics sont ouverts à tous.

A ce titre les personnes publiques peuvent donc tout autant soumissionner aux contrats publics que n'importe quelle entreprise privée.

Toutefois, la spécificité de ces personnes publiques, par rapport aux entreprises privées, ne peut pas et ne doit pas être niée afin de s'assurer qu'elles candidatent à armes égales aux contrats publics (c'est à dire que les personnes publiques ne tirent aucun bénéfice de leur qualité de personne publique [et des moyens qui leur sont donnés à ce titre] pour intervenir dans le champ concurrentiel au détriment des entreprises privées).

2- Dans un avis du 8 novembre 2000 ([Jean-Louis Bernard Consultant, n° 222208](#)), le Conseil d'Etat avait déjà posé des garde-fous en indiquant que les personnes publiques candidates à un contrat public devaient déterminer leur prix de façon complète (c'est à dire en couvrant toutes les composantes du prix), neutre (c'est à dire sans utiliser ses moyens propres au service public) et objectivement (c'est à dire en pouvant en justifier).

Par cet avis, le Conseil d'Etat avait, pour l'essentiel, indiqué qu'une personne publique (en l'occurrence, un établissement public administratif) pouvait soumissionner à un contrat public (en l'espèce, une délégation de service public) comme une entreprise privée, mais à la condition de ne pas fausser la concurrence.

Précisons ici que cette règle a été clairement rappelée par le Conseil d'Etat dans sa décision [Société Armor SNC \(CE, Ass. 30 décembre 2014, req. n° 355563\)](#).

3- Mais, l'apport de la décision [Société Armor SNC](#) ne réside pas dans ce rappel au respect du droit de la concurrence : il réside dans la précision complémentaire énoncée quant à la

capacité des personnes publiques (et plus précisément ici des collectivités territoriales) à agir comme une entreprise privée.

Le Conseil d'Etat a, en effet, jugé qu'il ne suffit pas que l'intervention de la personne publique soit neutre au plan concurrentiel (rappelant ainsi la règle déjà indiquée en 2000 dans l'avis précité - cf. pt 2*supra*), encore faut-il que cette intervention réponde à un intérêt public.

Il rappelle à cet égard que les collectivités territoriales n'exercent leurs compétences qu'en vue de satisfaire un intérêt public local. Ces collectivités n'ont donc pas vocation à exercer d'activités en dehors de leur compétence et qui seraient étrangères à leur intérêt public local (lequel constitue leur raison d'être).

Par conséquent, toute personne publique qui envisage de soumissionner à un contrat public doit, au préalable et par principe, s'assurer qu'elle agit dans le cadre de ses compétences.

Il appartient, en tout état de cause, à l'acheteur public (au sens large du terme) qui identifie une personne publique parmi les candidats de vérifier par principe et au préalable qu'elle a pu légalement présenter sa candidature, c'est à dire qu'elle agit dans le cadre de ses compétences.

A défaut, la candidature de la personne publique doit être rejetée.

4- Pour vérifier si une personne publique candidate valablement à un contrat public, il faut donc s'assurer d'une part qu'elle agit dans le cadre d'une de ses compétences et d'autre part qu'elle vise ainsi à satisfaire intérêt public local.

Le Conseil d'Etat précise cependant que l'intérêt public local à satisfaire ne s'appréhende pas, nécessairement, de façon géographique.

Il considère en effet que la personne publique peut valablement candidater à un contrat public si l'exécution de dudit contrat constitue le prolongement d'une de ses missions de service public avec la perspective, notamment, d'amortir ses

équipements, de valoriser ses moyens ou d'assurer son équilibre financier.

5- Dans l'affaire *Société Armor SNC*, le Conseil d'Etat a annulé l'arrêt d'appel car la Cour administrative d'appel de Nantes n'a pas examiné si la personne publique considérée (en l'occurrence, le département de la Charente-Maritime) avait agi en répondant au prérequis de l'intérêt public local.

Bien que cela ne soit pas précisé, l'on peut raisonnablement considérer que le Conseil d'Etat a pu estimer que la vérification de ce prérequis dépend de l'appréciation de faits ce qui l'a conduit à renvoyer l'affaire devant la Cour afin qu'elle examine précisément (et en faits) ce point.

Il conviendra donc de prendre connaissance des suites de cette affaire pour obtenir plus de précisions quant à la façon d'appréhender l'intérêt public local.

Cependant, en l'état tant les acheteurs publics que les entreprises doivent tirer les conséquences des précisions nouvelles apportées par le Conseil d'Etat dès lors qu'une personne publique candidate à un contrat public.

6- Du point de vue des entreprises, l'arrêt *Société Armor SNC* du 30 décembre 2014 offre un cadre salubre et bienvenue permettant de se positionner précisément vis-à-vis des acheteurs publics.

En effet, dans la plupart des cas, les entreprises candidates aux contrats publics (marchés publics et délégations de service public) sont (ou devraient être) informées au moment du rejet de leur offre de l'identité de l'attributaire pressenti pour le contrat.

Dès lors que cet attributaire pressenti est une personne publique, il est conseillé aux entreprises candidates malheureuses de solliciter des informations précises auprès de l'acheteur public.

L'entreprise évincée peut, à partir de la décision *Société Armor SNC*, demander à l'acheteur public s'il a bien vérifié que la personne publique candidate, d'une part, a agi dans le cadre de ses compétences et, d'autre part, a bien déterminé son prix sans fausser la concurrence.

A défaut de réponse à bref délai ou à défaut de réponse adéquate, l'entreprise évincée qui

estime qu'elle avait des chances sérieuses d'obtenir le contrat peut envisager d'agir pour empêcher la conclusion du contrat (en intentant un référé précontractuel) ou obtenir sa remise en cause (en contestant le contrat).

7- De notre point de vue personnel et donc au-delà de l'analyse qui précède, même s'il faudra attendre les retours d'expériences jurisprudentielles pour connaître plus précisément la façon dont la décision *Société Armor SNC* sera appréhendée et appliquée par les tribunaux administratifs et donc les perspectives réelles qu'elles offre aux entreprises, ces dernières ne peuvent qu'être encouragées à utiliser ce nouveau moyen d'action auprès des acheteurs publics.

En effet, bien qu'on ne connaisse pas à ce stade la perspective visée ou poursuivie par le Conseil d'Etat (relevons sur ce point que la décision *Société Armor SNC* a été l'objet d'un [communiqué de presse](#) qui n'apporte pas d'indication à cet égard), il peut se déduire de cette décision la volonté d'inciter les personnes publiques à se recentrer sur leurs compétences et leurs missions de service public en limitant leur propension à accroître leurs interventions au-delà de leur raison d'être.

Dans le même temps, et avec une certaine forme d'équilibre, le Conseil d'Etat offre aux personnes publiques intervenantes sur le marché concurrentiel, des perspectives pour justifier leur interventionnisme.

C'est aussi précisément ce qui devrait le plus inciter les entreprises privées à agir systématiquement et immédiatement dans le prolongement de cette décision *Société Armor SNC* auprès des acheteurs publics pour limiter l'interventionnisme des personnes publiques.

Car, en effet, en considérant que l'intérêt public local peut être justifié par l'amortissement d'équipements, la valorisation de moyens ou l'équilibre financier du « service » (c'est à dire, *a priori*, de l'activité correspondante), le Conseil d'Etat permet aussi un accroissement « naturel » de l'activité concurrentielle des personnes publiques (dont on peut douter du caractère réellement souhaitable et opportun au regard de la priorité qui semble être donnée au recentrage des personnes publiques sur les missions de service public qui sont leurs ...).

Par conséquent, il est légitime de considérer que plus les entreprises privées réagiront et agiront contre l'intervention des personnes publiques dans le marché concurrentiel plus ces dernières seront inciter à se recentrer sur leurs missions de service public.

Alexandre Le Mière
Avocat Associé

Publiée le 26 janvier 2015

L'intérêt à conclure le contrat et le référé précontractuel

Le TGI de Paris a, par une ordonnance du 19 décembre 2014, de référé précontractuel statué sur la question de « l'intérêt à conclure le contrat », sans lequel aucun opérateur économique ne peut contester une procédure de passation d'un contrat de la commande publique.

En l'espèce, le tribunal a jugé que le requérant n'avait pas intérêt à conclure le contrat car il n'était pas en mesure d'exécuter la prestation attendue.

Cette ordonnance, qui donne un éclairage supplémentaire à cette notion charnière du référé précontractuel, fait l'objet d'une publication par AchatPublic.com qui a, à cette occasion, interviewé Alexandre Le Mière sur ce point de droit.

<http://www.achatpublic.info/>

Alexandre Le Mière
Avocat Associé

Publiée le 26 janvier 2015

Contentieux de l'avis d'aptitude de reprise : obligation de consulter l'employeur (publié le 26 janvier 2015)

Après un congé pour maladie ou un accident du travail, le salarié doit faire l'objet d'une visite de reprise (voir sur ce point [brève Redlink du 13/02/2012](#)).

Il appartient alors, le cas échéant, au médecin du travail de proposer des mesures

individuelles que l'employeur a l'obligation de prendre en considération (art. L.4624-1 C. Trav.).

L'avis du médecin du travail peut lui-même faire l'objet d'un recours, auprès de l'inspecteur du travail, par le salarié ou l'employeur.

Le Conseil d'Etat précise que la décision de l'inspecteur du travail, statuant sur le recours du salarié à l'encontre de l'avis du médecin du travail, doit faire l'objet d'une consultation préalable de l'employeur ([CE, 21 janvier 2015, SNC LIDL, req. n° 365124](#)).

En l'espèce, le médecin du travail avait déclaré la salariée inapte à un poste de caissière en libre-service et apte à un poste de travail en bureau ou en accueil. La salariée avait contesté cet avis auprès de l'inspecteur du travail, qui avait finalement prononcé l'aptitude au poste initial sous réserve d'aménagement de celui-ci.

L'inspecteur du travail avait, apparemment, pris cette décision sans jamais solliciter l'employeur.

Or, le Conseil d'Etat indique que la décision de l'inspecteur du travail prise à la suite de l'avis prononcé par le médecin du travail a pour effet d'imposer des sujétions dans l'exécution du contrat de travail.

Compte tenu de la portée de la décision de l'inspecteur du travail, le Conseil d'Etat juge que ce dernier ne peut la prendre sans avoir demandé à l'employeur de formuler ses observations (ceci en application de la loi du 11 juillet 1979 sur la motivation des actes administratifs et de la loi du 12 avril 2000 relative aux procédures administratives).

L'employeur doit donc être consulté par l'inspecteur du travail lorsqu'un recours est formé par le salarié contre l'avis du médecin du travail prononcé lors de la visite de reprise.

Alexandre Le Mière
Avocat Associé

Publiée le 26 janvier 2015

Contrat public : l'indemnisation du manque à gagner en cas d'éviction irrégulière

Le candidat malheureux à un contrat public (marché public, délégation de service public, PPP ... etc.) qui a été irrégulièrement évincé de la consultation a droit à réparation.

En effet, dès lors qu'il avait des chances sérieuses d'obtenir le contrat dont il a été irrégulièrement privé au moment de sa passation, l'opérateur économique peut obtenir l'indemnisation de son « manque à gagner » (ainsi que par ailleurs les frais de soumission).

La notion de « manque à gagner » et son étendue sont souvent sujettes à discussion.

Le Conseil d'Etat ([CE, 19 janvier 2015, Société SPIE Est, req. n° 384653](#)) précise que ce « manque à gagner » :

1. correspond au bénéfice net qu'aurait procuré le contrat à l'entreprise,
2. est destiné à compenser une perte de recettes commerciales et doit être considéré à ce titre comme un profit de l'exercice, soumis à ce titre à l'impôt sur les sociétés.

Le Conseil d'Etat permet ainsi aux opérateurs économiques, qui demandent réparation en cas d'éviction irrégulière d'un contrat public, de déterminer plus précisément le montant de leur indemnisation à réclamer auprès des pouvoirs adjudicateurs.

Cette décision conduit également à inciter les opérateurs économiques à avoir une vision claire et détaillée du bénéfice net que leur aurait procuré le contrat s'ils l'avaient obtenu afin de pouvoir soumettre des données précises dans le cadre de leur réclamation.

Alexandre Le Mière
Avocat Associé

Publiée le 25 mars 2015

Alexandre Le Mière publie un article sur la simplification du droit et des procédures administratives sur le site [Weka.fr](#), sous le titre « Droit public : simplification du droit et des procédures administratives ».

http://www.weka.fr/actualite/administratif/article_juridique/droit-public-

[simplification-du-droit-et-des-procedures-administratives](#)

Publiée le 15 mai 2015

Marché public : extension de la durée des marchés à bons de commande au-delà de 4 ans et risque d'annulation

1- L'article 77 II CMP dispose que le marché à bons de commande ne peut excéder 4 ans sauf « cas exceptionnels dûment justifiés ».

Le Code des marchés publics indique que les justifications peuvent résulter notamment de l'objet du marché ou encore du fait que l'exécution du marché nécessite des investissements amortissables sur une durée supérieure à 4 ans.

2- Dans une récente affaire la Cour administrative d'appel de Marseille a jugé qu'un acheteur public avait méconnu l'article 77 CMP en prévoyant une durée de 5 ans pour un marché à bons de commande de transport public de voyageurs ([CAA Marseille, 2 février 2015, Société Autocars Rigon et fils, req. n° 13MA02215](#) - cf. 20ème considérant).

Précisons que dans cette affaire, la Cour a prononcé l'annulation du marché public qui avait été contesté par un concurrent évincé (même si l'irrégularité tenant à la durée des bons de commande n'a pas été elle-même pointée comme déterminante par la Cour - cf. 35ème considérant).

Les opérateurs économiques candidats aux marchés publics doivent donc, dans le prolongement de cette décision, être extrêmement prudents et vigilants lorsqu'ils envisagent de soumissionner à un marché pour lequel la durée des bons de commande est supérieure à 4 ans.

En effet, le candidat qui l'emporterait risque de voir son marché ultérieurement annulé si un autre candidat évincé mécontent décidait de solliciter l'annulation du marché.

3- En l'espèce, l'acheteur public avait justifié l'extension de la durée des bons de commande au regard de la durée d'amortissement des véhicules utilisés pour l'exécution de la prestation.

Ce n'est donc pas l'absence de justification qui a été reprochée, mais la justification elle-même de l'extension de 4 à 5 ans de la durée du marché à bons de commande.

Ce faisant cette décision pose de très nombreuses questions, dont deux principales.

3.1- Sans entrer dans le détail, cette décision interroge en effet d'abord sur le niveau de contrôle que peut opérer le juge sur les justifications apportées par l'acheteur public.

En l'espèce, le juge semble avoir opéré un contrôle « détaillé » (normal) sur la validité des motifs retenus par l'acheteur public.

Si le caractère « exceptionnel » de la faculté de dépasser le délai fixé par l'article 77 CMP semble conforter cette approche, il reste que la marge de manœuvre explicitement donnée par le même article à l'acheteur public sur les types de motifs pouvant être retenus conduit à se demander si le juge ne devrait pas s'en tenir à un contrôle « limité » (restreint).

Ce niveau de contrôle du juge pourrait en outre être analysé au regard des dispositions communautaires (cf. Directive 2014/24/CE, considérant 62 et article 33) confortant l'idée que si le dépassement du délai doit être exceptionnel, il « devrait » être admis dès lors notamment que l'amortissement des équipements nécessaires à l'exécution du marché le justifie.

3.2- Cette décision interroge ensuite sur l'appréciation portée par le juge administratif sur les justifications retenues par l'acheteur public.

En l'espèce, il résulte des termes de l'arrêt, que l'acheteur avait calé la durée du marché sur 5 ans en fonction de l'âge des véhicules et de leur durée d'amortissement.

Pour considérer que ce motif ne justifiait pas d'étendre la durée du marché au-delà de 4 ans, le juge a retenu que les véhicules « pouvaient continuer à être amorti, après l'expiration du marché » par d'autres moyens (revente, nouveaux marchés - cf. 20ème considérant).

Mais, dès lors que l'amortissement est précisément une des justifications explicitement visées par le texte, on s'interroge sur les motifs indiqués par le juge qui semble d'une part avoir pris en compte des « potentialités » d'amortissement après le marché, qui, d'autre part, ne semble pas

avoir examiné les cycles et courbes d'amortissement pendant le marché et ce au regard de l'impact prix pour l'acheteur public et qui, enfin, apparaît avoir apprécié la situation au regard d'un amortissement « total » sur la durée du marché prévue sans, là-encore, tenir compte de l'optimisation de l'amortissement en fonction de la combinaison durée/prix pour l'acheteur public.

4- Indépendamment des interrogations (non exhaustives) sus évoquées, il demeure que la solution retenue par la Cour administrative d'appel de Marseille doit nécessairement conduire les opérateurs économiques candidats aux marchés publics à s'interroger sur l'opportunité de soumissionner à un marché à bons de commande dont la durée est supérieure à 4 ans.

Cette interrogation est d'autant plus nécessaire que la Cour a jugé dans cette affaire que toute irrégularité doit être prise en compte, indépendamment de son éventuelle portée vis-à-vis de celui qui l'invoque (cf. 6ème considérant), considérant en cela que la jurisprudence Tarn & Garonne (CE, Ass., 4 juin 2014, Département de Tarn et Garonne, req. n° 325994) ne s'appliquerait pas (ce dont l'auteur de la présente brève doute cependant très fortement).

Au surplus, dans cette affaire, le marché a été annulé alors même qu'il a été admis par la Cour que le concurrent évincé à l'origine du recours n'avait pas disposé de chances sérieuses d'emporter le marché (cf. 39ème considérant).

Alexandre Le Mière
Avocat Associé

Publiée le 18 mai 2015

Marché public : le caractère forfaitaire du marché n'exclut le paiement ni des travaux supplémentaires ni des travaux de sujétions imprévues

Le Conseil d'Etat indique, dans une décision *Sociétés Gallego et Temsol* (CE, 13 mai 2015, *Sociétés Gallego et Temsol*, req. n° 380863) que le titulaire d'un marché à prix forfaitaire a, par principe, droit au paiement :

- des travaux supplémentaires, y compris lorsqu'ils ont été réalisés sans ordre de service du maître d'ouvrage,

à la condition que ces travaux ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage selon les règles de l'art ;

et, par ailleurs,

- des travaux résultant de sujétions imprévues,

à la condition qu'ils aient un caractère exceptionnel, imprévisible, dont la cause est extérieure aux parties et qu'ils bouleversent l'économie générale du contrat.

Dans ce cadre, le juge :

- ne peut pas mélanger les deux catégories de travaux susvisées ;

il commet une erreur de droit en rejetant la demande d'indemnisation au titre de travaux supplémentaires au motif qu'ils ne répondraient pas aux critères des travaux pour sujétions imprévues ;

- a l'obligation de rechercher si des travaux supplémentaires allégués ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage selon les règles de l'art.

Les titulaires de marchés publics de travaux doivent donc bien distinguer, dans leur suivi d'exécution de marché, ce qui relève de travaux supplémentaires (pour lesquels il demeure évidemment préférable d'avoir un ordre de service ou de solliciter un avenant) et ce qui relèverait de travaux pour sujétions imprévues.

La demande d'indemnisation correspondante devrait faire l'objet d'un mémoire de réclamation en cours d'exécution et, en toute hypothèse, être intégrée dans la procédure de décompte par l'entreprise.

Alexandre Le Mière
Avocat Associé

Publiée le 20 mai 2015

Contrat et reprise des relations contractuelles : le référé suspension est fermé après l'expiration du contrat

Le juge administratif dispose, en référé, du pouvoir de geler temporairement une décision de résiliation d'un contrat public et d'obliger les parties à maintenir leur relation contractuelle jusqu'à ce qu'il statue au fond (cf. CE, Sect., 21 mars 2011, Commune de Béziers, req. n° 304806, dit Commune de Béziers II).

Le Conseil d'Etat a cependant déjà précisé que ce pouvoir d'imposer le maintien des relations contractuelles n'est possible qu'à la condition que le contrat puisse encore produire ses effets (cf. CE, 23 mai 2011, Société d'Aménagement d'Isola 2000, req. n° 323468 ; brève Redlink du 24 mai 2011).

Le Conseil d'Etat a récemment triplement confirmé cette règle.

1- Il a d'abord jugé dans une décision Société Alméria (CE, 1er avril 2015, req. n° 380721) que le juge doit prononcer le non-lieu à statuer s'il est constaté que la date normale du contrat était en tout état de cause expirée à la date du jugement.

Si cette décision a été rendue dans le cadre d'un litige relatif à la résiliation d'une convention d'occupation du domaine public, il ne fait aucun doute, eu égard à son libellé générique, qu'elle pose une règle générale (cf. 2ème considérant).

Le recours en reprise des relations contractuelles est donc rejeté dès lors que le contrat est expiré à la date à laquelle le juge est saisi (irrecevable) ou encore en cours de procédure devant le juge (non-lieu).

2- Le Conseil d'Etat a ensuite jugé dans une décision Chambre de commerce et d'industrie territoriale du littoral Normand-Picard (CE, 6 mai 2015, req. n° 388537) que le juge doit être impérativement saisi dans le délai de deux mois suivant la date à laquelle le cocontractant a connaissance de la résiliation.

Là-encore, les termes de la décision sont génériques et implique donc qu'elle pose une règle générale applicable aux contrats publics.

Le recours en reprise des relations contractuelles doit donc être rejeté s'il a été engagé plus de deux mois après la date à

laquelle le cocontractant est informé de la résiliation et ce sans que la personne publique n'ait à notifier les délais et voies de recours.

3- Le Conseil d'Etat a, enfin, confirmé la règle par sa décision Madame B... A... c/ Ville d'Épinay sous Sénart (CE, 6 mai 2015, req. n° 386172), en l'étendant aux décisions de non renouvellement (les décisions précédentes ne portant que sur des litiges de résiliation anticipée de contrat).

En l'espèce, un agent contractuel de droit public n'avait pas vu son engagement renouvelé et avait, en conséquence, saisi le juge en référé suspension (L.521-1 CJA) afin d'obtenir le maintien provisoire de son engagement (dans l'attente de la solution au fond sur sa contestation de la décision de non renouvellement).

Le Conseil d'Etat constate qu'à la date à laquelle le juge a été saisi de la demande de suspension, le contrat considéré, à durée déterminée, était en toute hypothèse expiré. Il juge qu'il était en toute hypothèse impossible d'imposer le maintien des relations contractuelles et il confirme que la demande en référé était donc irrecevable.

Bien que cette décision ait été rendue à l'occasion d'un litige portant sur un contrat de fonction publique, il n'y a là aussi pas de raison de considérer que la solution dégagée ne soit pas applicable à tout contrat (quels que soient sa nature et son objet) ayant une durée déterminée.

Ainsi, et bien qu'il existe peu de contrats administratifs pour lesquels le titulaire disposerait, en « fin de droit », d'un droit au renouvellement, la solution donnée par le Conseil d'Etat permet de savoir que même en cas de non renouvellement (c'est à dire en dehors de l'hypothèse d'une résiliation anticipée) du contrat le juge du référé suspension ne peut pas statuer après la date d'échéance normale (c'est à dire prévue).

Alexandre Le Mière
Avocat Associé

Publiée le 2 juin 2015

La compétence élargie des Préfets en matière de délivrance des autorisations d'urbanisme (décret n° 2015-482 du 27 avril

2015 portant diverses mesures d'application de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové et relatif à certaines actualisations et corrections à apporter en matière d'application du droit des sols).

1- Le décret n° 2015-482 du 27 avril 2015 met en œuvre un certain nombre de dispositions de la loi du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et poursuit la simplification du droit des sols.

Parmi les mesures importantes, le préfet se voit transférer une nouvelle compétence : celle de délivrer les autorisations d'urbanisme (permis de construire, permis de démolir et permis d'aménager) des constructions à usage de logements situées dans les communes en état de carence au regard de leurs obligations issues de l'article 55 de la loi SRU en matière de création de logements sociaux.

A compter du 1^{er} juillet 2015, il n'appartient donc plus aux maires des communes dont la carence a été constatée par arrêté du préfet, de délivrer ces autorisations.

Les préfets disposent ainsi d'un pouvoir de contrainte directe sur les communes qui ne respectent pas leur obligation de constructions de logements sociaux.

Les promoteurs immobiliers doivent être vigilants et s'interroger très en amont, sur la faisabilité de leurs projets au regard des obligations pesant sur les communes de rattraper leur retard relatif à la construction de logements sociaux.

Il est préconisé que les promoteurs immobiliers vérifient très tôt si la commune a été déclarée en situation de carence en matière de construction de logements sociaux (la liste des communes carencées au titre du bilan SRU 2011-2013 est consultable sur <http://www.territoires.gouv.fr/renforcement-de-la-loi-sru>). Cette information peut aussi être sollicitée directement auprès du préfet.

Si la commune fait l'objet d'un constat de carence, le projet de construction devra dédier une partie de ses logements à la création de logements sociaux.

Si la commune ne fait pas l'objet d'un constat de carence, la création de logements sociaux ne sera pas une obligation.

En outre, les promoteurs devront prendre soin d'adresser leur demande d'autorisation d'urbanisme à l'autorité compétente, soit le préfet en cas de carence de la commune, soit au maire.

Toute autorisation délivrée par une autorité compétente est en effet illégale et encourt l'annulation pour ce seul motif.

2- Autre disposition marquante, le décret interdit explicitement à l'autorité délivrant les autorisations d'urbanisme, de solliciter, au stade de l'instruction, des pièces non prévues par les textes.

Est ainsi inséré à l'article R.431-4 b) du code de l'urbanisme l'alinéa suivant: « *Aucune autre information ou pièce ne peut être exigée par l'autorité compétente.* »

Si cette disposition peut paraître évidente pour les praticiens du droit de l'urbanisme, ce rappel répond cependant à une pratique de plus en plus constatée de certains services instructeurs, visant à solliciter la communication de pièces complémentaires non requises par les textes et ainsi allonger la durée des délais d'instruction.

De tels procédés sont illégaux et contraires à la finalité de la loi ALUR dès lors qu'ils ralentissent, voire font obstacle, à la délivrance des permis de construire.

L'Etat manifeste donc ici clairement son intention d'y mettre un terme.

Le décret est d'ailleurs précisément justifié en ce sens :

« Enfin et afin de combattre les pratiques dilatoires et illégales consistant pour certains services instructeurs à demander des pièces qui ne figurent pas au nombre de celles qui doivent entrer dans le contenu d'une demande d'autorisation d'urbanisme, le décret interdit expressément toute pratique en ce sens. »

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000030533994&categorieLien=id>

Relevons que ces pratiques dilatoires émanant de certains services instructeurs ont déjà été fortement soulignées et décrites dans le récent rapport Duport publié le 4 avril 2015. (http://www.territoires.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_duport.pdf)

Ce rapport - qui devrait aboutir à de nouvelles réformes du droit et du contentieux de l'urbanisme - relate en effet certaines pratiques dilatoires des communes pour retarder ou refuser la délivrance des autorisations d'urbanisme.

Une des solutions envisagées pour y remédier avait été de substituer les préfets aux maires qui refuseraient de délivrer les permis de construire pour des motifs illégaux. Cependant, le rapport Duport s'est finalement prononcé en faveur de l'intervention du juge administratif qui pourrait enjoindre le maire, après 2 refus illégaux, à délivrer ledit permis (ce qu'il ne peut pas faire à ce jour, le juge ayant seulement la possibilité d'enjoindre à reprendre l'instruction de la demande).

Lien décret :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000030533994&categorieLien=id>

Lien rapport Duport :

http://www.territoires.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_duport.pdf

Ombeline Soulier-Dugénie
Avocat à la Cour

Publiée le 11 juin 2015

Urbanisme : quand la situation économique du constructeur justifie la suspension de la décision administrative

1- Les constructeurs et promoteurs sont, malheureusement, souvent confrontés à des décisions administratives entravant leur projet immobilier qui peuvent avoir ou ont des conséquences économiques graves.

Compte tenu des enjeux et des contraintes financières et économiques auxquels ils sont confrontés, il est impératif qu'il puisse agir en urgence contre les décisions administratives de refus d'autorisation d'urbanisme.

A cette fin, ils peuvent (concomitamment à un procès au fond) engager une procédure de référé suspension (art. L.521-1 CJA) qui implique, d'abord, de démontrer qu'il y a effectivement urgence à prendre une décision provisoire (et qui nécessite, ensuite, de

démontrer que l'on peut sérieusement douter de la légalité de la décision administrative contestée).

2- Du point de vue du constructeur, le motif le plus fréquent essentiel (et réel), justifiant d'agir en urgence est économique et financier : en effet, le lancement d'un projet immobilier repose très souvent sur des investissements *a priori* qui ne trouveront leur compensation que par la vente du projet.

Il est cependant assez fréquent que le juge administratif minimise cet aspect et refuse de reconnaître l'urgence de la situation, de sorte que de nombreux constructeurs et promoteurs peuvent se retrouver dans une situation critique, voire catastrophique lorsque leur référé est rejeté.

Il appartient cependant au juge administratif de veiller à analyser correctement et précisément la situation au regard de l'urgence à statuer, ainsi qu'une affaire récente (CE, 10 juin 2015, *Société Les Hauts de Martignas*, req. n° 380810) vient le rappeler.

3- En l'espèce, le constructeur s'était vu opposer par la Commune un sursis à statuer sur une demande permis de construire 80 logements, c'est à dire un report de l'instruction de la demande à deux ans.

Il avait alors saisi, en référé suspension, le tribunal administratif de Bordeaux pour obtenir la neutralisation de ce sursis à statuer et qu'il soit, en conséquence, enjoint à la Commune d'instruire sa demande de permis de construire à bref délai.

Mais, le juge du référé a rejeté la requête pour défaut d'urgence en considérant que les pertes liées à cette opération ne seraient que minimes et qu'il n'y avait donc pas lieu de revenir sur la décision de la Commune de reporter à deux ans l'instruction du permis.

En cassation le Conseil d'Etat a annulé l'ordonnance du tribunal administratif en considérant que ce dernier avait dénaturé les pièces du dossier.

Il ressortait en effet des éléments présentés par le requérant que des dépenses importantes avaient été préalablement engagées et que des emprunts importants avaient été contractés par la société (mère de celle portant la demande de permis de construire) de sorte que son équilibre financier se trouvait menacé par le retard

apporté au programme du fait de la décision de sursis à statuer.

Pour le Conseil d'Etat, ces éléments constituaient des circonstances particulières démontrant que la décision de sursis à statuer affectait gravement sa situation et qu'il y avait donc lieu de statuer urgemment sur la demande de référé (l'ordonnance du tribunal administratif a donc été annulée en conséquence).

En l'espèce, le Conseil d'Etat a finalement rejeté la demande du constructeur mais au seul motif que, parallèlement à la procédure, il avait fait une seconde demande de permis de construire (pour un projet différent) sur le même terrain et que celui-ci lui avait été accordé.

4- Les constructeurs et promoteurs ne peuvent ainsi qu'être incités à ne pas négliger les aspects relatifs au montage économique et financier de leurs projets immobiliers.

Ils sont en effet déterminants s'il faut agir en urgence contre une décision administrative défavorable de refus de permis de construire ou, comme en l'espèce, de sursis à statuer.

Car, sur ce point, la décision du Conseil d'Etat est très claire : il appartient au requérant de faire valoir des circonstances précises et particulières qui démontrent que la situation du demandeur au permis de construire est gravement affectée par la décision administrative contestée.

Les aspects économiques et financiers du projet doivent donc non seulement être clairs et objectivement démontrables (à l'aide par exemple d'une note d'un expert-comptable), mais ils doivent également montrer qu'à défaut d'autorisation d'urbanisme la situation ou l'équilibre économique du demandeur au permis de construire est réellement menacé.

Alexandre Le Mière
Avocat Associé

Publiée le 7 juillet 2015

Marché public : le manque de références analogues ne suffit pas pour écarter la candidature

1- Pour accéder aux marchés publics les entreprises doivent montrer qu'elles ont une connaissance du « métier » et qu'elles sauront exécuter les missions et prestations attendues par l'acheteur public. C'est cette connaissance du « métier » qui autorise les entreprises à se porter utilement candidates aux marchés publics.

En effet, les acheteurs publics ont l'obligation de vérifier préalablement les compétences de principe requises pour exécuter le marché projeté (art. 52 CMP). A cette fin ils peuvent demander aux candidats des informations permettant d'évaluer leur expérience, leurs capacités professionnelles, techniques et financières (art. 45 CMP).

2- Cependant, la connaissance « métier » ne signifie évidemment pas que seules les entreprises ayant déjà acquis une expérience équivalente au marché projeté peuvent valablement se porter candidates à un marché public.

En effet, « *l'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat et ne dispense pas le pouvoir adjudicateur d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats.* » (art. 52 CMP).

Cela signifie que toute entreprise qui a la connaissance « métier » correspondant au marché projeté peut prétendre à l'emporter même si elle n'a pas de références analogues, à charge pour elle de démontrer que les capacités dont elle dispose lui permettront de l'exécuter pleinement.

3- Le Conseil d'Etat a rappelé cette règle (CE, 7/2 SSR, 17 juin 2015, *Société Philip Frères*, req. n° 388596) en jugeant que l'acheteur public ne peut se borner à constater que le candidat ne produit pas de références de marchés de même nature pour juger sa candidature irrecevable.

Ainsi, le seul fait de ne pas avoir de références analogues au marché projeté n'autorise pas l'acheteur public à rejeter la candidature de l'entreprise. Toute décision de rejet reposant sur ce seul motif est irrégulière.

L'acheteur public a l'obligation d'examiner et d'apprécier les capacités professionnelles et techniques de la société candidates

indépendamment de l'absence de références analogues.

4- Dans cette même affaire, le Conseil d'Etat a également indiqué que l'acheteur public qui aurait mal motivé sa décision de rejet a droit à une séance de rattrapage.

L'acheteur public qui rejette la candidature d'une entreprise en indiquant seulement qu'elle ne disposait pas de références analogues a la possibilité, après coup, de démontrer qu'il a effectivement examiné et apprécié les capacités du candidat.

Dans ce cas, si la candidature est réellement insuffisante, son rejet reste valable.

En revanche, s'il apparaît que le rejet de la candidature n'est pas justifié dès lors que l'entreprise disposait réellement d'une connaissance « métier » alors la décision est irrégulière.

Les entreprises candidates aux marchés publics doivent cependant avoir à l'esprit que le juge ne contrôle pas dans le détail l'appréciation portée par l'acheteur sur l'adéquation entre l'objet du marché et les capacités présentées par le candidat. En effet, seules les grossières erreurs d'appréciation sont sanctionnées.

5- Au plan pratique, cette décision doit :

- d'abord (et encore), inciter les entreprises candidates à un marché public à être très vigilante sur le contenu de leur dossier de candidature ;

L'absence de référence n'étant pas un obstacle, il leur appartient d'adapter précisément la présentation de leurs capacités à chaque consultation pour convaincre l'acheteur de leurs capacités (étant rappelé que les candidats ne disposant pas d'une séance de rattrapage, ce qui n'est pas dans leur dossier remis « n'existe pas », en ce sens que le dossier ne peut pas être complété *a posteriori*) ;

- ensuite, conduire les entreprises candidates à demander immédiatement aux acheteurs publics les motifs détaillés du rejet de leur candidature lorsqu'elle est rejetée en

raison d'un manque de références analogues ;

Cependant, compte tenu du droit au rattrapage dont bénéficient les acheteurs publics, cette démarche doit être conduite prudemment afin de réduire les possibilités pour l'acheteur public de créer *a posteriori* une motivation juridiquement conforme.

Cette décision permet enfin également aux entreprises d'apprécier plus précisément la situation lorsqu'elles voient leur candidature rejetée.

Au-delà du motif formel retenu et exposé par l'acheteur public, ce qui compte concrètement c'est la capacité effective à exécuter le marché : si l'entreprise estime qu'elle dispose de cette capacité, elle peut alors envisager de contester la décision de l'acheteur public (lequel se prive en réalité d'un candidat valable et du bénéfice d'une meilleure concurrence). A l'inverse, si les capacités sont insuffisantes, toute contestation est inutile.

Alexandre Le Mière
Avocat Associé

Publiée le 8 juillet 2015

Marché public : le sous-traitant ne peut être indemnisé des sujétions imprévues que si l'économie générale du marché public dans son ensemble est bouleversée.

1- Le sous-traitant qui intervient régulièrement dans le cadre d'un marché public a droit au paiement direct de ses prestations (voir nota. Brève Redlink 04/10/2011 : [Le sous-traitant d'un marché public peut être payé directement par l'entreprise principale](#)).

A ce titre, il a également droit au paiement direct des sommes qui lui seraient dues en plus du prix des prestations convenues au marché.

Le sous-traitant peut donc (comme l'entreprise principale titulaire du marché) prétendre à l'indemnisation des dépenses exposées en raison de sujétions imprévues dès lors que le marché public a été conclu à prix

forfaitaire (voir Brève Redlink 18/05/2015 : [Marché public : le caractère forfaitaire du marché n'exclut le paiement ni des travaux supplémentaires ni des travaux de sujétions imprévues](#)).

Le Conseil d'Etat a explicitement confirmé ce principe (CE, 1^{er} juillet 2015, *Communauté de Communes de Terres de Siagnes*, req. n° 383613) en jugeant « *qu'un sous-traitant bénéficiant du paiement direct des prestations sous-traitées a également droit à ce paiement direct pour les dépenses résultant pour lui de sujétions imprévues qui ont bouleversé l'économie générale du marché* ».

2- En effet, lorsque des dépenses imprévues ont dû être exposées par le titulaire d'un marché public à prix forfaitaire pour exécuter la prestation attendue, une indemnisation est possible à la condition que l'économie générale du marché a été bouleversée.

La comparaison entre le prix initialement convenu au marché et le montant des dépenses réellement exposées pour exécuter la prestation permet d'identifier que ce prix ne couvre pas les dépenses et donc l'existence d'un écart entre le prix initial et les dépenses réellement exposées.

Si cet écart est très important, le bouleversement de l'économie générale du marché peut être constaté. Dans ce cas, l'entreprise peut prétendre à une indemnisation des dépenses supplémentaires imprévues exposées.

La question essentielle qui se pose est de savoir sur quelle base s'apprécie cet écart.

Or, sur ce point, le Conseil d'Etat a indiqué (dans la décision précitée) que la base à partir de laquelle s'apprécie l'écart entre le prix initial et les dépenses réellement exposées est le marché public dans son entier.

L'écart ne s'apprécie donc pas au regard de la partie sous-traitée (et du montant correspondant revenant au sous-traitant) mais au regard du montant global du marché.

Par conséquent, le sous-traitant ne peut prétendre à une indemnisation que si la part de dépenses supplémentaires qu'il a exposées en raison de sujétions imprévues présente elle-même un écart très important au regard du

montant total du marché et non au regard du montant sous-traité.

En l'espèce, le montant du marché était de l'ordre de 700.000 €. La part sous-traitée s'élevait à environ 150.000 €. Le montant des dépenses imprévues, exposées par le sous-traitant, était de l'ordre de 90.000 € (venant s'ajouter au montant initial sous-traité).

L'appréciation de l'écart entre le prix initial et le montant des dépenses imprévues a été réalisée au regard de la somme totale du marché, soit 700.000 €, et non au regard de la part sous-traitée (soit 150.000 €).

Le montant des dépenses supplémentaires représentait donc environ 13% du prix du marché, ce qui ne constitue pas un écart substantiel permettant de retenir le bouleversement de l'économie générale du contrat. Il s'ensuit que le sous-traitant n'a eu droit à aucune indemnisation.

3- Les entreprises, titulaire ou sous-traitant, doivent donc être extrêmement prudentes dans la gestion des aspects financiers de leurs marchés à prix forfaitaires.

Indépendamment de l'impérative nécessité de calibrer au mieux leurs offres lors des appels d'offres, l'intervention d'événements imprévus au cours de l'exécution du contrat doit les conduire à la plus grande vigilance pour les traiter en amont.

Il est, en effet, préférable d'interrompre les prestations en cours (en respectant les formalités administratives fixées au marché), de traiter la problématique avec l'acheteur public puis de conclure un avenant de travaux supplémentaires pour faire face aux dépenses imprévues.

Alexandre Le Mière
Avocat Associé

Publiée le 22 septembre 2015

Marché public : le juge du référé précontractuel doit vérifier si la personne publique candidate peut exécuter le contrat.

1- L'intervention des personnes publiques en tant qu'opérateurs économiques candidats aux marchés publics fait l'objet d'une

vigilance et d'un cadre juridique particulier compte tenu du risque - voire de leur propension - à fausser la concurrence.

A ce titre, elles ne peuvent agir que dans le cadre de leur compétence (cf. [CE, Ass. 30 décembre 2014, Société Armor SNC, req. n° 355563](#) et brève Redlink : [Contrat public : les personnes publiques candidates doivent agir dans le cadre de leur compétence \(et ne doivent pas fausser la concurrence\)](#)), telle qu'elle est délimitée par leur texte constitutif.

Cependant, la restriction de l'intervention des personnes publiques en tant qu'opérateur économique dans les limites de leur compétence doit avoir une portée concrète dès le stade de la mise en concurrence.

En effet, du point de vue des opérateurs économiques (privés), cette restriction ne peut être concrètement utile et efficiente que s'il est possible d'empêcher la candidature d'une personne publique avant la signature et avant le commencement de l'exécution du marché.

2- Par une décision du 18 septembre 2015 ([CE, 18 septembre 2015, SARL Sitadin Urbanisme et Paysage, req. n° 390041](#), Tbl), le Conseil d'Etat a clairement indiqué qu'il appartient au juge du référé précontractuel de vérifier si la personne publique peut être candidate à un marché public au regard de son habilitation.

Le contrôle d'une candidature illégale d'une personne publique à un marché public relève donc de l'office du juge du référé précontractuel et entre dans le champ du contrôle des obligations de publicité et de mise en concurrence.

Il incombe ainsi au juge du référé précontractuel de vérifier si l'exécution du contrat projeté relève du champ de la compétence de la personne publique candidate et, s'il s'agit d'un établissement public, de vérifier si cette exécution ne méconnaît pas son principe de spécialité (c'est à dire son objet « social »).

3- Les opérateurs économiques (privés) qui se retrouvent en concurrence avec des personnes publiques disposent ainsi d'un outil juridique clair et efficace leur permettant de contester et de neutraliser la concurrence illégale réalisée des personnes publiques qui n'ont pas vocation à exercer une activité économique.

Ces opérateurs économiques privés peuvent donc intervenir rapidement (puisque le référé précontractuel leur permet d'agir dans un délai très bref, avant la conclusion du marché) et efficacement (puisque le juge du référé doit écarter la candidature d'une personne publique qui n'est pas habilitée à intervenir dans le champ du marché projeté).

Alexandre Le Mière
Avocat Associé

Publiée le 26 octobre 2015

Marché public : le « candidat » sous-traitant « important » peut agir contre le contrat.

1- Si les marchés publics intéressent et concernent de nombreuses entreprises sous-traitantes, les droits directs qu'ils en tirent ou peuvent faire valoir auprès des personnes publiques sont relativement réduits.

Il est ainsi généralement considéré que les sous-traitants ne peuvent pas contester les conditions de la passation des marchés publics au motif qu'ils ne peuvent pas se prévaloir d'un intérêt direct et certain (ne se situant que dans le sillage de l'entreprise principale, elle-même candidate au marché).

Cependant, le refus d'ouvrir aux sous-traitants la possibilité de contester une procédure de passation par le biais, notamment, de la procédure de référé précontractuel, fait l'objet d'une jurisprudence incertaine (dans la mesure où les raisons qui conduisent à refuser au sous-traitant l'accès au juge divergent selon les juridictions - cette question n'ayant pas, à ce jour, été tranchée par le Conseil d'Etat).

2- Le Conseil d'Etat a apporté une précision dans un arrêt du 14 octobre 2015 ([CE, 14/10/2015, Société Pyxise, req. n° 391183](#)) sur la façon d'appréhender la situation du sous-traitant pour déterminer dans quelle mesure il peut contester un marché public.

En effet, le Conseil d'Etat a jugé que lorsque les prestations à exécuter par le sous-traitant dans le projet de marché constituent une partie de l'offre elle-même (sous-traitance de spécialité), alors ledit sous-traitant a un intérêt à agir contre le marché.

Dans l'affaire jugée, le sous-traitant malheureux (puisque l'entreprise principale

candidate pour laquelle il avait été présenté en qualité de sous-traitant a vu son offre rejetée) détenait la technologie sur laquelle reposait l'offre du candidat.

Considérant que le rejet de l'offre de son entreprise principale était irrégulier, le sous-traitant a contesté le contrat (par la voie d'un recours au fond contre le marché qui avait été signé, assorti d'un référé suspension).

Le Conseil d'Etat a confirmé qu'il pouvait valablement contester le marché (au fond et en référé) non « *en sa seule qualité (...) de sous-traitante* » mais parce que « *l'offre (...) reposait sur la technologie que fournit* » ladite société sous-traitante.

3- Un enseignement et une perspective peuvent être tirés de cette décision pour les opérateurs économiques candidats.

3.1- L'enseignement de cet arrêt est que la qualité de sous-traitant ne fait pas obstacle à la contestation d'un marché public (à tout le moins déjà signé).

Du point de vue des sous-traitants d'abord, il leur appartient donc de vérifier la situation pour déterminer, au cas par cas, s'ils peuvent justifier d'un intérêt suffisamment direct et certain pour faire valoir leur droit.

A cet égard, on peut penser que la sous-traitance de spécialité (qui ne sera pas nécessairement toujours un gage d'intérêt à agir) n'est pas la seule à générer un intérêt direct et certain : il est en effet possible qu'une sous-traitance de capacité substantielle (c'est à dire représentant une part importante de l'ensemble de l'offre) confère un tel intérêt direct et certain.

En toute hypothèse, la solution proposée par le Conseil d'Etat apparaît opportune, notamment au regard des contrats globaux et de partenariat (cf. Ordonnance du 23 juillet 2015 n° 2015-899) qui réservent une part de l'exécution aux petites et moyennes entreprises ou aux artisans qui pourront là trouver intérêt à agir au contentieux.

Du point de vue des entreprises qui recourent aux sous-traitants ensuite, on peut se demander si elles pourraient considérer inopportun de laisser un sous-traitant engager un tel contentieux. Dans cette situation, la question d'insérer des clauses de renonciation à recours dans les projets de contrats de sous-

traitance peut se poser (tout comme la portée d'une telle clause).

3.2- La perspective qu'offre cette décision du Conseil d'Etat tient à une évolution possible (probable ?) de la jurisprudence en matière de référé précontractuel.

La décision *Société Pyxise* s'inscrit dans le cadre d'un recours au fond engagé après la signature du contrat en application de la jurisprudence *Tarn et Garonne* (CE, Ass., 4 juin 2014, *Département de Tarn et Garonne*, req. n° 325994) qui ouvre au concurrent évincé la faculté de contester le marché public signé lorsqu'il est « *susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine* ».

Parallèlement, le référé précontractuel est ouvert aux « *personnes (...) qui ont un intérêt à conclure le contrat et qui sont susceptibles d'être lésées par le manquement invoqué* » (art. L.551-10 CJA). De ce point de vue, il apparaît raisonnable de considérer que le sous-traitant « *spécifiquement intéressé* » devrait également avoir intérêt à agir en référé précontractuel.

Cependant, il ne suffit pas d'avoir un tel intérêt *a priori*. Car, en effet, la contestation ouverte par le référé précontractuel au concurrent évincé implique que « *l'entreprise (...) se préva[le] de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente* » (CE Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, req. n° 305420).

Ainsi, l'ouverture à la contestation du marché signé est légèrement différente de l'ouverture à la contestation de la procédure de passation du marché.

En l'état, si la décision *Société Pyxise* ne permet pas de le conclure avec certitude, il semble très probable qu'elle devrait influencer le référé précontractuel qui pourrait ainsi s'ouvrir (dans certaines hypothèses) aux sous-traitants. En revanche, il apparaît totalement impossible à ce stade d'appréhender ou d'anticiper sur la façon dont sera appréhendée et appréciée la recevabilité des manquements pouvant être invoqués au regard du critère de la lésion.

Alexandre Le Mière
Avocat Associé

Publiée le 27 novembre 2015

Marché public : les justifications des opérateurs économiques permettant de soutenir leur offre.

1- Pour sélectionner une offre dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres en vue de la conclusion d'un marché public, l'acheteur doit déterminer et indiquer aux opérateurs économiques les critères à partir desquels il fera cette sélection (cf. art. 53 du Code des marchés publics).

Cependant, pour informer correctement les opérateurs économiques de ses besoins et de ses attentes, il ne suffit pas à l'acheteur public déterminer les critères de sélection des offres et qu'il les indique, encore faut-il d'abord que ces critères correspondent à des caractéristiques déterminées (en rapport avec l'exécution du marché) qu'il aura définies et ensuite que les offres des opérateurs économiques répondent à ces caractéristiques.

Ce n'est, en effet, qu'en confrontant le contenu de l'offre aux caractéristiques énoncées que l'acheteur est censé pouvoir analyser la réponse du candidat à partir des critères de sélection des offres qu'il a annoncés.

2- Il reste qu'il arrive fréquemment à des acheteurs publics de retenir comme un fait existant de façon certaine les seules et simples déclarations et affirmations d'opérateurs économiques, sans que ces derniers n'aient apporté les justificatifs prouvant et confirmant ces déclarations et affirmations.

Une telle situation viole manifestement le principe d'égalité de traitement des candidats, lequel doit animer et sous-tendre toute procédure d'appel d'offres.

Car, en effet, dans ce cas, les opérateurs économiques qui disposent réellement des compétences, moyens et savoir-faire répondant aux caractéristiques pour exécuter le marché et qui, à ce titre, ont produit les justificatifs le prouvant en constituant un dossier de réponse à l'appel d'offres solide et sérieux, se retrouvent défavorisés au regard

d'autres candidats qui se bornent à affirmer qu'ils répondent aux caractéristiques du marché, sans apporter aucune justification le prouvant.

3- Le Conseil d'Etat rappelle qu'il appartient aux acheteurs publics de vérifier l'exactitude des informations données par les opérateurs économiques en exigeant de ces derniers la production des justificatifs correspondants ([CE, 9 novembre 2015, Autocars Roger Ceccaldi, req. n° 392785](#)).

Le rappel est formulé de façon claire et précise : « 5. *Considérant que lorsque, pour fixer un critère d'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur prévoit que la valeur des offres sera examinée au regard d'une caractéristique technique déterminée, il lui incombe d'exiger la production de justificatifs lui permettant de vérifier l'exactitude des informations données par les candidats* ».

4- De ce rappel clair il doit être tiré l'enseignement pour les opérateurs économiques, qu'ils doivent prêter une attention particulière aux caractéristiques (notamment techniques) visées par l'acheteur au titre des critères de sélection des offres.

Une fois ces caractéristiques recensées, les opérateurs économiques doivent d'abord identifier dans le dossier de consultation les éléments demandés par l'acheteur public au titre de la justification de ces caractéristiques.

Ils doivent ensuite identifier les éléments dont ils disposent permettant également de justifier des caractéristiques demandées. En effet, les opérateurs économiques ont la faculté d'insérer dans leur réponse tout élément qu'ils jugent utiles et peuvent (doivent) donc, à ce titre, aller au-delà de ce que l'acheteur public aura mentionné.

Par ailleurs, cette décision claire du Conseil d'Etat confère aussi aux opérateurs économiques un support juridique tangible pour interpellier les acheteurs publics au terme d'une consultation dès lors que l'attributaire retenu ne leur paraît pas disposer des caractéristiques requises par l'appel d'offres.

Plus loin, dans l'hypothèse notamment où l'acheteur public ne donnerait pas de réponse satisfaisante à une demande de précision sur ce point, cette décision du Conseil d'Etat permet d'envisager sérieusement d'engager

une procédure de référé précontractuel afin de vérifier, devant le juge administratif, si l'attributaire détient les caractéristiques qu'il a annoncé et qu'il a produit à l'appui de sa réponse les justificatifs qui auraient permis à l'acheteur de vérifier l'exactitude des informations qu'il a donné.

Alexandre Le Mière
Avocat Associé

Publiée le 1^{er} décembre 2015

Domaine public : les conséquences de la conclusion d'un bail commercial sur le domaine public et la responsabilité de la personne publique.

1- L'occupation du domaine public relève d'un régime spécifique fixé par le Code général de la propriété des personnes publiques (CG3P) excluant, notamment, l'application des règles du droit du bail commercial (art. L.145 et s. du Code de commerce).

Il arrive cependant que le gestionnaire du domaine public et l'occupant concluent un contrat dont les mentions sont celles du bail commercial. La conclusion d'un « bail commercial » sur le domaine public est ainsi irrégulière.

2- En cas de difficultés imputables à la conclusion irrégulière du bail commercial, l'occupant peut rechercher la responsabilité de la personne publique gestionnaire du domaine public en raison de la faute commise par cette dernière en permettant la signature d'un tel bail.

Les conséquences de la conclusion d'un bail commercial sur le domaine public peuvent en effet être radicales et catastrophiques pour un opérateur économique.

Ce dernier peut, par exemple, perdre son droit à l'occupation de façon presque immédiate sans avoir la possibilité de poursuivre son activité ailleurs ou encore sans avoir été en capacité d'amortir les investissements qu'il avait engagé pour l'exercice de son activité (voir en ce sens : [CAA Marseille, 16 décembre 2014, Société Papazian, req. n° 12MA00338](#)).

3- Cependant, les conditions d'engagement de la responsabilité de la personne publique gestionnaire du domaine sont, en la matière, drastiques.

Ainsi, dans une affaire récente ([CE, 2 novembre 2015, SARL Papazian, req. n° 389637](#)), le Conseil d'Etat a suspendu la décision de la Cour administrative d'appel de Marseille (précitée) qui avait fait droit aux conclusions indemnitaires d'un occupant du domaine public, titulaire d'un bail commercial, que la Commune gestionnaire du domaine avait résilié.

Pour suspendre la décision d'appel, le Conseil d'Etat a (par une décision non définitive) considéré que cette dernière n'aurait pas pris en compte la responsabilité de la SARL Papazian occupante. Le Conseil d'Etat considère que ladite société ne pouvait ignorer l'appartenance au domaine public du bien occupé et, partant, le régime juridique qui lui était applicable excluant le droit des baux commerciaux. En bref, le Conseil d'Etat estime qu'il est possible que la situation soit en tout ou partie imputable à la société occupante de sorte que la responsabilité de la Commune pourrait ne pas être engagée.

4- Il faut, naturellement, attendre la décision finale qui sera rendue prochainement par le Conseil d'Etat dans cette affaire.

Cette décision souligne néanmoins que toute activité commerciale sur le domaine public doit reposer sur des bases solides : il appartient donc aux opérateurs économiques, dès lors que leur activité est reposer sur le domaine public ou est « touchée » ou « concernée » par le domaine public de s'assurer des règles applicables.

Les opérateurs économiques doivent en effet d'une part d'être parfaitement conscient de l'environnement juridique dans lequel ils évoluent ainsi que de sa portée et d'autre part de disposer des autorisations et/ou contrats propres à protéger leurs intérêts.

Alexandre Le Mière
Avocat Associé

Publiée le 12 octobre 2015

La démission n'est pas remise en cause par une proposition de rupture conventionnelle ultérieure.

Un salarié peut, après sa démission, convenir avec son ancien employeur d'une rupture conventionnelle.

En effet, la Cour de Cassation avait déjà considéré que la conclusion postérieure d'une rupture conventionnelle valait renonciation à la rupture précédemment intervenue (*Cass. Soc. 3 mars 2015 n° 13-20.549*).

Cependant, qu'en est-il lorsqu'après la démission du salarié, la conclusion d'une rupture conventionnelle lui est proposée, mais n'aboutit pas ?

- La seule proposition de la rupture conventionnelle vaut-elle renonciation du salarié à sa démission ?
- Le contrat de travail du salarié démissionnaire reprend-il vie par la seule proposition par l'employeur d'une rupture conventionnelle, pourtant finalement non acceptée par le salarié ?

La Cour de Cassation **répond par la négative** à ces deux questions, dans une décision du 16 septembre 2015 (*Cass. Soc. 16 septembre 2015 n° 14-10.291*).

Dans cette affaire, un salarié avait démissionné puis avait été convoqué à un entretien en vue d'une rupture conventionnelle auquel il ne s'était pas présenté.

Le salarié avait ensuite saisi les juridictions de diverses demandes et notamment afin d'obtenir la résiliation judiciaire de son contrat de travail, qu'il n'estimait pas rompu car, selon lui, la proposition de rupture conventionnelle qui lui avait été faite devait s'analyser en une rétractation de sa démission.

La Cour de Cassation n'a pas suivi cette analyse et a confirmé l'arrêt d'appel, lequel avait débouté le salarié de l'ensemble de ses demandes.

Ainsi, une convocation à un entretien de rupture conventionnelle auquel le salarié ne se présente pas, et qui n'aboutit pas à la signature d'une rupture conventionnelle, ne peut valoir rétractation du salarié de la démission.

Cette décision vient donc sécuriser les discussions amiables qui pourraient intervenir à la suite de la démission d'un salarié.

Inès Maroie
Avocat à la Cour

Publiée le 19 octobre 2015

Licenciement pour motif économique : Attention aux informations à transmettre au salarié.

La jurisprudence dans une décision du 22 septembre dernier est venue rappeler des principes très importants quant à la procédure de licenciement pour motif économique.

Lorsque vous envisagez de licencier un salarié pour motif économique vous avez l'obligation de lui proposer d'adhérer au contrat de sécurisation professionnelle (« CSP »), un dispositif d'accompagnement spécifique au titre de l'assurance chômage.

La remise des documents afférents au CSP doit se faire **au moment de l'entretien préalable**.

Après la remise de ces documents le salarié aura 21 jours pour décider s'il accepte d'adhérer au CSP (ce qui est très souvent le cas compte-tenu des avantages que présente le CSP en termes d'indemnisation chômage).

Or, la jurisprudence considère que, au plus tard au jour de l'acceptation du CSP, et donc avant la rupture du contrat, le salarié doit avoir été destinataire des deux informations suivantes :

1. Le motif économique de la rupture ;
2. Le droit à bénéficier d'une priorité de réembauchage pendant une durée d'un

an, à compter de la date de rupture du contrat de travail.

A défaut, vous vous exposez à une condamnation par le Conseil de prud'hommes.

En effet, le défaut d'information du salarié concernant le motif économique rend le licenciement automatiquement sans cause réelle et sérieuse. Vous vous exposez dans ce cas à devoir payer au salarié :

- Des dommages et intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse ;
- Le montant de son indemnité compensatrice de préavis (qui aura déjà été versée au Pôle Emploi dans le cadre du CSP).

Le défaut d'information concernant la priorité de réembauchage s'il ne remet pas en cause la validité du licenciement, peut permettre en revanche au salarié d'obtenir des dommages et intérêts supplémentaires sur ce fondement.

Il est donc vivement conseillé de porter ces deux informations à la connaissance du salarié dès la convocation à l'entretien préalable afin d'éviter toute difficulté.

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 21 octobre 2015

Catégories professionnelles - critères d'ordre et PSE : la mauvaise définition entraîne la nullité.

Le 8 octobre 2015 (CAA Versailles, 4^e ch., 8 octobre 2015, n° 15VE02312), la cour administrative d'appel de Versailles a annulé l'homologation du plan de sauvegarde de l'emploi (PSE) de SAP France, considérant que l'employeur n'avait pas défini correctement les catégories professionnelles servant de cadre d'application aux critères d'ordre des licenciements.

Il est de principe que les critères d'ordre des licenciements s'appliquent par « catégorie professionnelle » : c'est parmi les salariés relevant de la même catégorie, que s'opérera le choix, objectif, entre ceux qui quitteront

l'entreprise et ceux qui seront épargnés par la procédure. La notion de catégorie professionnelle, évoquée par le Code du travail ([C. trav., art. L. 1233-5](#), L. 1233-24-2), n'a toutefois pas reçu de définition légale et c'est donc la jurisprudence judiciaire qui s'est, la première, attelée à cette tâche, en liant similitude des fonctions et formation professionnelle commune. Dans cet arrêt du 8 octobre, la cour administrative d'appel (CAA) de Versailles s'approprie la définition du juge judiciaire et fait entrer cet élément dans le contrôle de la Direccte lorsque la procédure de licenciements collectifs nécessite la mise en œuvre d'un PSE. L'employeur doit alors veiller à procéder au bon découpage et à ne pas multiplier artificiellement le nombre de catégories professionnelles, au risque de se voir refuser l'homologation ou, comme en l'espèce, de voir celle-ci annulée par le juge administratif.

Pour la CAA, « appartient à une même catégorie professionnelle, au sens de l'article [L. 1233-5 du Code du travail](#), les salariés qui exercent des fonctions de même nature et qui ont une formation commune ». Au besoin, cette formation commune peut résulter d'une action d'adaptation, l'arrêt ajoutant, en effet, que « doivent être regroupés au sein d'une même catégorie professionnelle tous les emplois accessibles à tous les salariés de l'entreprise moyennant, le cas échéant, une formation d'adaptation ».

Il s'agit d'une reprise des termes de la jurisprudence Samaritaine, selon laquelle « la notion de catégories professionnelles, qui sert de base à l'établissement de l'ordre des licenciements, concerne l'ensemble des salariés qui exercent, au sein de l'entreprise, des fonctions de même nature supposant une formation professionnelle commune » ([Cass. soc., 13 février 1997, n° 95-16.648](#)).

Sur la base de cette définition, la CAA reproche ici à l'employeur d'avoir artificiellement réparti entre plusieurs catégories professionnelles, des emplois qui auraient dû être regroupés au sein d'une même catégorie, empêchant ainsi l'application pleine et entière des critères d'ordre. À titre d'exemple, l'arrêt constate que « les emplois de « business development chief expert » et « business development expert », qui sont classés dans la catégorie « expert support vente », et les emplois de « business development senior specialist » et de « business development specialist » qui relèvent de la catégorie

« support vente », auraient dû, au regard des fonctions et du niveau de formation et d'expérience requis pour chacun d'eux, figurer dans une même catégorie ». Le risque est, en effet, en définissant des catégories professionnelles multiples et réduites, de prédéterminer les salariés à licencier, alors même que le licenciement économique est par définition non inhérent à la personne du salarié (C. trav., art. L. 1233-3).

La sanction d'une définition incorrecte :

« En répartissant les postes impactés par le plan de sauvegarde de l'emploi entre des types d'emplois qui ne répondent pas à la notion de catégorie professionnelle », l'entreprise est considérée comme ayant méconnu les dispositions relatives à l'ordre des licenciements (C. trav., art. L. 1233-5). En conséquence, « le Direccte n'aurait pas dû homologuer le document unilatéral » et sa décision est annulée.

Cet arrêt permet aux salariés licenciés de saisir le juge prud'homal afin d'obtenir des dommages-intérêts.

CAA Versailles, 4^e ch., 8 octobre 2015, n° 15VE02312.

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 26 octobre 2015

Le Transfert conventionnel de contrats de travail, notamment à la suite de la conclusion d'un nouveau marché, ne fait pas obstacle au respect du principe « à travail égal, salaire égal ».

La simple perte de marché n'emporte pas, de principe, le transfert automatique des contrats de travail, au sens de l'article L.1224-1 du Code du travail.

Toutefois, et afin de préserver l'emploi, des conventions collectives organisent des transferts conventionnels des contrats de travail à la suite de la perte de marché, et ce afin de faciliter la passation des marchés. Par conséquent, à la suite de la conclusion d'un marché, les contrats de travail des salariés de l'entreprise ayant « perdu » le marché sont, sous certaines conditions, transférés

conventionnellement au sein de l'entité qui a « remporté » le marché.

La Cour de cassation (Cass. Soc. 16 septembre 2015, n° 13-26.788) a rappelé que le principe d'égalité de traitement s'appliquait entre les salariés présents au sein de l'entreprise ayant remporté le marché avant sa passation et les salariés dont le contrat de travail a été transféré à la suite de la passation de marché.

En effet, dans cette affaire, les salariés dont les contrats de travail ont été conventionnellement transférés au sein de la société ayant remporté le marché bénéficiaient de rémunérations plus avantageuses (prime de poste et prime du dimanche majorées) que celles versées aux salariés, exerçant des fonctions identiques, au sein de la société ayant remporté le marché.

Les « anciens » salariés présents au sein de la société ayant remporté le marché ont donc sollicité des rappels de rémunération fondés sur le principe d'égalité de traitement.

La Cour de cassation a donné droit à leur demande dans la mesure où :

- Le transfert des contrats de travail était intervenu en dehors du cadre légal visé par l'article L.1224-1 du Code du travail,
- Les inégalités de traitement mises en œuvre n'étaient pas destinées à compenser un préjudice spécifique à cette catégorie de travailleur.

Il s'agit de la confirmation d'une décision similaire rendue antérieurement (Cass. Soc. 15 janvier 2014, 12-25.402).

Par conséquent, les employeurs remportant des marchés et intégrant, dans leurs effectifs, des salariés dont le contrat de travail est transféré conventionnellement, notamment en application d'une convention collective, doivent veiller à harmoniser le statut social applicable notamment concernant le respect du principe « à travail égal, salaire égal ».

Deborah Fallik
Avocat à la Cour

Publiée le 6 novembre 2015

Pas plus de 15% de stagiaires !

Le décret fixant le quota maximum de stagiaires est publié au *JO* du 28 octobre.

Le nombre maximum de stagiaire dans l'entreprise :

Le nombre de stagiaires dont la convention de stage est en cours pendant une même semaine civile au sein de l'organisme d'accueil ne peut excéder :

- 15 % de l'effectif dans les organismes d'accueil employant au moins 20 personnes (la proportion de stagiaires par rapport à l'effectif est arrondie à l'entier supérieur) ;
- 3 stagiaires pour les organismes d'accueil dont l'effectif est inférieur à 20.

Pour apprécier le respect de ces plafonds, l'effectif pris en compte est égal :

- soit au nombre des personnes physiques employées dans l'organisme d'accueil au dernier jour du mois civil précédant la période considérée ;
- soit, si elle est supérieure, à la moyenne du nombre des personnes physiques employées sur les 12 derniers mois précédant cette même période.

Enfin : pas plus de 3 stagiaires par tuteur.

Très peu de dérogation :

Pour les périodes de formation en milieu professionnel, l'autorité académique peut déterminer un nombre de stagiaires supérieur aux plafonds de droit commun détaillés ci-dessus.

Le contrôle et sanctions administratives : l'inspection du travail viendra vous voir.

L'organisme d'accueil s'expose à une amende administrative dont le montant est fixé par le Direccte en cas de non-respect des règles encadrant le recours aux stagiaires (quota de stagiaires dans l'organisme, désignation d'un tuteur, durée maximale quotidienne et hebdomadaire de présence, présence de nuit, repos quotidien et hebdomadaire, jours fériés et interdiction de travaux dangereux).

Le montant de l'amende administrative est fixé, notamment, en fonction des éléments transmis par l'inspection du travail et du

caractère réitéré du manquement ou la commission d'autres infractions.

Il est prévu que les agents de contrôle de l'inspection du travail puissent obtenir une copie des conventions de stage sur demande à l'organisme d'accueil ou l'établissement d'enseignement.

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 13 novembre 2015

CHSCT et PSE : le CHSCT ne peut pas contester mais s'il est mal consulté, le PSE est invalidé.

Dans un arrêt du **21 octobre 2015**, le Conseil d'État se prononce en faveur de l'absence de qualité à agir du CHSCT en vue de la contestation d'une décision d'homologation ou de validation d'un PSE.

Le CHSCT peut être amené à intervenir au cours de la procédure d'élaboration du plan de sauvegarde de l'emploi (PSE), s'agissant d'un projet important modifiant les conditions de travail des salariés (*C. trav., art. L. 4612-8-1*). Pour autant, a-t-il qualité pour contester la décision d'homologation ou de validation délivrée par la Direccte ?

Le Conseil d'État lui ferme cette voie, dans une décision rendue le 21 octobre.

Pour autant, le rôle du CHSCT ne doit pas être négligé, le Conseil d'État ayant décidé, dans cet arrêt, d'annuler la décision de validation de l'accord collectif portant PSE, en raison d'une irrégularité dans la consultation des CHSCT concernés. Il a ainsi fait droit au recours intenté à cette fin par des syndicats et plusieurs salariés.

L'arrêt du 21 octobre pose ainsi pour principe « *qu'il résulte des dispositions de l'article L. 1235-7-1 du Code du travail que les comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, pour lesquels l'article L. 1233-57-4 du même code ne prévoit pas que soient portées à leur connaissance les décisions de validation ou d'homologation, n'ont pas qualité pour agir contre ces décisions* ».

Dans ce même arrêt, le Conseil d'État confirme que le contrôle opéré par la Direccte, préalablement à l'homologation ou

à la validation du PSE, doit d'une part, porter sur la procédure d'information-consultation du CHSCT (comme le prévoit l'article L. 1233-57-2 du Code du travail) et d'autre part, déboucher sur une décision de refus en cas de constat d'une irrégularité. Il est ainsi précisé que « *lorsque l'autorité administrative est saisie d'une demande de validation d'un accord collectif fixant le contenu d'un plan de sauvegarde de l'emploi pour une opération qui, parce qu'elle modifie de manière importante les conditions de santé et de sécurité ou les conditions de travail des salariés de l'entreprise, requiert la consultation du ou des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail concernés, elle ne peut légalement accorder la validation demandée que si cette consultation a été régulière* ».

Si le CHSCT n'a pas été consulté alors qu'il aurait dû l'être au regard de l'importance des conséquences du projet, l'homologation ou la validation devra être refusée.

Il en sera de même si la consultation est insuffisante.

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 20 novembre 2015

Convention de forfait-jours : l'écrit clair et précis est obligatoire, pas de simple mention sur le bulletin de paie.

L'instauration d'un forfait annuel en jours suppose à la fois un accord collectif autorisant le recours à ce dispositif et comportant des garanties (C. trav., art. L. 3121-39), ainsi qu'une convention individuelle de forfait constatant l'accord du salarié.

Celle-ci doit faire, impérativement, l'objet d'un écrit (C. trav., art. L. 3121-40).

À défaut, le forfait est inopposable au salarié qui peut alors prétendre au paiement d'heures supplémentaires.

Dans un arrêt publié du 4 novembre 2015, la Cour de cassation précise que la simple mention du forfait-jours sur le bulletin de paie n'est pas suffisante pour caractériser l'écrit requis.

Un salarié demandait un rappel de salaire pour la période de mai 2005 à décembre 2007, arguant du fait qu'il n'avait pas bénéficié des minima conventionnels applicables aux cadres sous forfait-jours. Pour s'opposer à cette demande, l'employeur faisait valoir qu'aucune convention individuelle de forfait n'avait été signée entre eux.

La cour d'appel avait finalement donné raison au salarié au motif que ses bulletins de paie faisaient état d'une convention de forfait. Sans surprise, la Cour de cassation censure ce raisonnement.

Le simple fait que le bulletin de paie indique que le salarié est au forfait ne permet pas d'en déduire l'existence d'une convention individuelle dûment signée par le salarié.

Le contrat de travail ou un avenant est le seul support juridique permettant de formaliser l'accord du salarié.

Mais encore faut-il qu'il soit rédigé avec précision :

- le seul renvoi général fait dans le contrat de travail à l'accord collectif régissant le forfait jours ne peut constituer l'écrit requis,
- l'avenant doit être précis sur le nombre de jours (pas de mention du type «...un nombre maximum de XX jours » mais : « le nombre de jours annuels de travail sera de XX jours »),
- l'avenant doit être signé.

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 30 novembre 2015

L'indemnité pour violation du statut protecteur des salariés protégés reste due en cas de prise d'acte, même en présence d'une autorisation de licenciement.

Lorsqu'un salarié prend acte de la rupture de son contrat de travail, cette rupture produit les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse si les griefs invoqués par le salarié sont justifiés.

Lorsque cette prise d'acte est invoquée par un salarié protégé, elle produit cette fois les effets d'un licenciement nul pour violation du

statut protecteur, aucune autorisation de licenciement n'ayant par hypothèse pu être demandée à l'administration.

Dans ce cas, les conséquences financières sont lourdes : le salarié peut percevoir une indemnité supplémentaire pour violation du statut protecteur égale aux salaires qu'il aurait dû percevoir jusqu'à la fin de la période de protection en cours, plafonnée à 30 mois.

La Cour de Cassation a eu à se prononcer, dans un arrêt du 12 novembre 2015 (n° 14-16.369), sur la possibilité pour le salarié de solliciter le versement d'une indemnité pour violation du statut protecteur alors que l'employeur avait sollicité une autorisation administrative de licenciement avant la prise d'acte.

La chronologie était, dans cette affaire, la suivante :

- Après que se soit tenu l'entretien préalable à un éventuel licenciement, l'employeur a sollicité une autorisation administrative de licenciement le 23 mai 2009.
- Le salarié a pris acte de la rupture de son contrat de travail le 30 juin 2009.
- L'autorisation administrative de licenciement a néanmoins été accordée le 3 juillet 2009, alors pourtant qu'à la date de délivrance de cette autorisation, le contrat de travail était déjà rompu par la prise d'acte du 30 juin 2009.

Il convenait donc de décider si l'indemnité pour violation du statut protecteur était due bien que l'employeur ait sollicité une autorisation administrative de licenciement avant la prise d'acte, celle-ci ayant été obtenue juste après la prise d'acte.

Pour la Cour de Cassation, l'engagement d'une procédure administrative est indifférent : le salarié peut prétendre à une indemnité pour violation du statut protecteur, **quand bien même l'administration du travail, saisie antérieurement à la prise d'acte du salarié, a autorisé le licenciement prononcé ultérieurement à cette prise d'acte.**

La prise d'acte ayant été reconnue comme étant justifiée et l'existence d'une fraude commise par le salarié ayant été écartée, l'employeur a été condamné au versement

d'une indemnité pour violation du statut protecteur.

Inès Maroie
Avocat à la Cour

Publiée le 1^{er} décembre 2015

Les agissements sexistes entrent dans le Code du travail, il est impératif de mettre en place des outils de prévention pour protéger la responsabilité de l'entreprise.

Issu de la loi 2015-994 du 17 août 2015 dite « loi Rebsamen, l'article L 1142-2-1 indique :
« Nul ne doit subir d'agissement sexiste, défini comme tout agissement lié au sexe d'une personne, ayant pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant. »

Il est rappelé que l'employeur est tenu, envers ses salariés, d'une obligation de sécurité de résultat. Selon l'article L 4121-1 du Code du travail, «l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs».

Il est donc impératif de pouvoir montrer, en cas de litige avec un salarié par exemple, que l'entreprise a mis en place des moyens de prévention de ces comportements. A défaut les risques sont importants (prise d'acte de rupture, responsabilité civile et pénale de l'entreprise, etc.)

Voici quelques pistes que nous conseillons :

- Reportez-vous à l'ANI du 26 mars 2010 relatif au harcèlement et à la violence au travail. Cet accord apporte les bases nécessaires et les moyens à mettre en œuvre pour éviter que ces phénomènes s'installent dans l'entreprise :
 - une formation adéquate des responsables hiérarchiques,
 - une procédure appropriée peut être mise en place pour identifier, comprendre et traiter les phénomènes de harcèlement et de violence au travail,
 - préciser les sanctions applicables dans son règlement intérieur,
 - organiser une procédure de médiation, prévoir des mesures de soutien pour le

maintien ou le retour au travail du salarié agressé et à proposer un accompagnement psychologique et juridique, etc.

- L'employeur pourra également établir, ou compléter si elle existe déjà, une charte éthique en y mentionnant spécifiquement l'interdiction des agissements sexistes ainsi que les dispositifs existants pour les salariées s'estimant victimes de tels comportements. Ces dispositions pourront également prendre place dans une note de service le cas échéant.

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 9 décembre 2015

Le seuil d'exonération des indemnités versées aux dirigeants et mandataires sociaux même salariés est revu par le PLFSS 2016 : la baisse est importante.

- En effet, s'agissant du régime fiscal de ces indemnités, l'article 2 bis du Projet de Loi de Finances adopté en 1^{ère} lecture par l'Assemblée Nationale prévoit une modification de l'article 80 duodecies du CGI :

Selon cette modification, le plafond d'exonération fiscale des indemnités versées à l'occasion de la cessation forcée des fonctions des mandataires sociaux, dirigeants et personnes visées à l'article 80 ter du CGI serait ramené de 6 PASS à 3 PASS.

Si le PASS 2016 est fixé comme annoncé à 38.616 euros, cela signifie que les indemnités d'un montant supérieur à 115.848 euros seront imposables en totalité, contre 231.696 euros auparavant.

- S'agissant du régime social de ces indemnités, les articles L.136-2 et L.242-1 du Code de la sécurité sociale seront également modifiés, le plafond d'exonération au-delà duquel les indemnités sont assujetties à cotisations en totalité étant ramené de 10 PASS à 5 PASS.

Si le PASS 2016 est bien fixé à 38.616 euros, les indemnités d'un montant supérieur à

193.080 euros seront assujetties à cotisations sociales et CSG / CRDS dès le premier euro, contre 386.160 euros auparavant.

Le projet de loi précise que le plafond de 5 PASS va s'appliquer :

- aux ruptures ou cessations forcées notifiées à compter du 1^{er} janvier 2016,
- aux indemnités de rupture conventionnelle lorsque la demande d'homologation a été transmise à compter de cette date.

Ce plafond ne sera pas applicable aux indemnités versées dans le cadre d'un projet de licenciement économique collectif (moins de 10 salariés ou au moins 10 salariés) lorsque la réunion des représentants du personnel en application des articles L.1233-8 ou L.1233-29 et L.1233-30 du Code du travail est intervenue le 31 décembre 2015 au plus tard.

* *

Ces mesures concernent dans les deux cas les dirigeants de sociétés visés à l'article 80 ter du CGI, c'est-à-dire les dirigeants, de droit ou de fait, soumis au régime fiscal des salariés, en cas de cessation forcée des fonctions. Il s'agit plus précisément :

- Dans les sociétés anonymes : du président du conseil d'administration, du directeur général, de l'administrateur provisoirement délégué, des membres du directoire, de tout administrateur ou membre du conseil de surveillance chargé de fonctions spéciales ;
- Dans les sociétés à responsabilité limitée : des gérants minoritaires ;
- Dans les autres entreprises ou établissements passibles de l'impôt sur les sociétés : des dirigeants soumis au régime fiscal des salariés ;
- Dans toute entreprise : de toute personne occupant un **emploi salarié** aux deux conditions cumulatives suivantes :
 - Sa rémunération totale excède la plus faible des rémunérations allouées aux dirigeants de cette entreprise (hors rémunérations versées aux administrateurs ou aux membres du conseil de surveillance chargés de fonctions spéciales).

- Le salarié est assimilable à un dirigeant de fait et participe donc en pratique à la gestion de la société. Dans le cas contraire, les salariés ne sont pas concernés, même s'ils perçoivent une rémunération supérieure à celle du dirigeant de droit qui assume seul la direction de la société et que la faiblesse de sa rémunération s'explique par un contexte particulier.

L'ensemble de ces points fera l'objet de précisions par circulaires ultérieures et tout ceci reste à confirmer dans le cadre de la loi finale.

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 11 décembre 2015

Obligation de sécurité résultat: les employeurs ont un moyen de défense très efficace depuis le 25 novembre 2015.

Dans un arrêt du 25 novembre 2015 (*Cour de cassation, Chambre sociale, Arrêt n° 2121 du 25 novembre 2015, Pourvoi n° 14-24.444*), la chambre sociale de la Cour de cassation permet à l'employeur de se défendre lorsqu'il est poursuivi pour manquement à son obligation générale de sécurité : **il peut s'exonérer de sa responsabilité en démontrant avoir pris toutes les mesures nécessaires pour éviter le dommage subi par le salarié.**

Son moyen efficace de défense est : la prévention.

Le Code du travail oblige l'employeur à prendre « *les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs* », à savoir prévenir les risques, former et informer les salariés, mettre en place une organisation et des moyens adaptés tenant compte de l'évolution des circonstances (*C. trav., art. L. 4121-1*), le tout dans le respect des principes généraux de prévention (*C. trav., art. L. 4121-2*).

Depuis 2002, les juges considèrent que dès lors que le résultat n'a pas été obtenu (empêcher l'atteinte à la santé des salariés),

la responsabilité de l'employeur est engagée au titre du manquement à son obligation de sécurité.

Ce n'est plus le cas depuis cet arrêt « Air France » du 25 novembre 2015 : l'employeur échappe à la condamnation malgré la survenance du dommage car il a démontré qu'il avait pris toutes les mesures nécessaires pour tenter de l'empêcher.

En plus, dans cette affaire la Haute Cour vous donne les arguments nécessaires à une défense efficace.

Il s'agissait d'un chef de cabine en escale à New York lorsque sont survenus les attentats du World Trade Center, en 2001.

Plusieurs années après (2006), il a développé un syndrome anxio-dépressif majeur ayant débouché sur un arrêt de travail qui durera jusqu'à son licenciement en 2011.

Il a attaqué la société pour manquement à son obligation de sécurité de résultat, faute d'avoir prévu un suivi psychologique suffisant après les attentats.

Il est débouté car la société a :

- fait accueillir celui-ci, comme tout l'équipage, par l'ensemble du personnel médical mobilisé pour assurer une présence jour et nuit et orienter éventuellement les intéressés vers des consultations psychiatriques,
- le salarié avait été déclaré apte lors de quatre visites médicales intervenues entre 2002 et 2005,
- qu'il avait exercé ses fonctions « sans difficulté » jusqu'en avril 2006,
- que les éléments médicaux produits, datés de 2008, notamment un certificat du médecin généraliste, étaient dépourvus de lien avec les événements dont il avait été témoin.

En conséquence, si vous voulez vous protéger contre le harcèlement moral, notamment, la prévention est l'unique moyen.

Les outils de prévention sont nombreux, simples à mettre en place et peu coûteux.

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 28 décembre 2015

La convocation du CE et CHSCT par email est valable.

Le 25 novembre 2015 (Cass. soc., 25 novembre 2015, n° 14-16.067 FS-PB), la Cour de cassation a précisé que l'envoi de la convocation des membres du CHSCT par email, au moyen d'une liste de distribution collective, est un mode de transmission parfaitement valable.

En effet, si le Code de travail prévoit que le CHSCT se réunit chaque trimestre, au moins, « à l'initiative de l'employeur » (C. trav., art. L. 4614-7), rien n'est dit sur la forme que doit prendre la convocation des élus.

Les dispositions réglementaires imposent simplement le respect d'un délai minimum de 15 jours (trois jours en cas de projet de restructuration) entre la transmission de l'ordre du jour par l'employeur, président du CHSCT, et la tenue de la réunion (C. trav., art. R. 4614-3).

En l'espèce, l'employeur avait transmis aux élus la convocation à la réunion ainsi que l'ordre du jour, par courriel au moyen d'une liste de distribution collective portant l'intitulé « chsct », mais ne faisant pas directement apparaître le nom de chaque personne convoquée.

La Cour de cassation a validé la convocation.

L'arrêt prend soin de souligner que la convocation doit être transmise « à tous les membres du comité ».

Si la transmission par courriel est autorisée dans son principe, l'employeur devra donc veiller, en cas de litige, à pouvoir établir :

- **que la convocation a bien été remise à chacun d'eux,**
- **et donc à conserver les accusés de remise ou de lecture correspondants.**

Cet attendu de principe peut tout aussi bien concerner la convocation des membres du CE ou encore celle des DP, en l'absence de dispositions prévoyant davantage de formalisme les concernant.

En pratique, la question du mode de transmission de la convocation aux réunions

devra être utilement abordée dans le règlement intérieur du CHSCT.

Ce document qui détermine les modalités de fonctionnement et l'organisation des travaux du comité est d'ailleurs devenu obligatoire depuis la loi « Rebsamen » n° 2015-994 du 17 août 2015 (C. trav., art. L. 4614).

Benjamin Louzier
Avocat Associé

Publiée le 15 janvier 2015

Loi relative à l'Economie sociale et solidaire : des précisions complémentaires sur l'obligation d'information préalable des salariés en cas de cession d'entreprise

Les cessions - ce terme étant entendu au sens large - de fonds de commerce ou de participations majoritaires d'une société employant moins de 250 salariés, sauf exceptions, doivent donner lieu depuis le 1^{er} novembre 2014 à une information préalable des salariés en application des dispositions de la loi du 31 juillet 2014 relative à l'Economie sociale et solidaire, et de son décret d'application paru le 29 octobre 2014, afin d'indiquer qu'ils peuvent faire une offre de rachat.

Pour mémoire, la cession projetée ne peut avoir lieu avant l'expiration d'un délai de 2 mois à compter de cette information, sauf à ce que tous les salariés aient expressément renoncé entre temps à présenter une offre lorsqu'une telle renonciation est possible (cette faculté est prévue par la loi uniquement pour les sociétés n'ayant pas de comité d'entreprise).

Le ministère de l'Economie a mis en ligne sur son site un document Questions/Réponses, sous le lien <http://www.economie.gouv.fr/droit-d-information-prealable-salaries-cas-cession-entreprise>, complétant ou confirmant les informations sur l'application de ce dispositif qui figuraient dans le « Guide pratique à destination des salariés et des chefs d'entreprises » paru fin octobre 2014.

Sylvie Hamel
Avocat à la Cour

Publiée le 10 février 2015

Actionnariat dirigeant/salarié : les députés adoptent les mesures favorables du projet de Loi Macron

Dans la nuit de vendredi à samedi, les députés ont adopté les mesures du projet de

loi Macron visant à développer l'actionnariat dirigeant/salarié.

Deux dispositifs sont modifiés par le projet de loi : les Bons de Souscription de Parts de Créateurs d'Entreprises (**BSPCE**) et les Attributions Gratuites d'Actions (**AGA**).

1. Vers un assouplissement des conditions d'attribution des BSPCE

Le BSPCE bénéficie d'une fiscalité avantageuse qui en fait l'un des outils d'actionnariat des salariés les plus prisés. Les conditions à respecter pour les attribuer sont en revanche nombreuses (âge de la société émettrice, répartition de son capital, qualité des bénéficiaires, etc.)

Le projet adopté par l'Assemblée Nationale en première lecture permet notamment d'élargir l'attribution de BSPCE aux dirigeants/salariés de filiales détenues à 75%. En présence d'une société cotée, la capitalisation boursière cumulée de la mère et de la filiale ne doit toutefois pas dépasser le seuil de 150 millions d'euros.

Par ailleurs, la condition selon laquelle la société émettrice ne peut être créée dans le cadre d'une concentration, d'une restructuration, d'une extension ou d'une reprise d'activités préexistantes est écartée, à condition toutefois de respecter les autres conditions, et notamment celle pour la société émettrice d'être immatriculée depuis moins de 15 ans.

• Vers un dispositif plus attractif pour les AGA

Concernant les AGA, celles-ci deviendraient plus attractives du fait de l'adoption de mesures concernant la réduction des périodes d'acquisition et de conservation des actions, la modification de l'imposition du gain d'acquisition ou encore la réduction des charges sociales.

Le projet de loi réduit notamment la durée minimale d'acquisition à 1 an, et rend facultative la période de conservation, sans que le cumul des deux périodes puisse toutefois être inférieur à 2 ans.

En outre, l'avantage tiré de l'attribution gratuite des actions ne serait plus imposé

dans la catégorie des traitements et salaires mais soumis au régime d'imposition des plus-values sur valeurs mobilières et droits sociaux. Le gain d'acquisition serait donc, à l'instar de la plus-value de cession, soumis au barème progressif de l'impôt sur le revenu après application, le cas échéant, des abattements prévus au 1 de l'article 150-0 D du code général des impôts et à l'article 150-0 D ter.

Cette imposition du gain d'acquisition entraînerait l'application des prélèvements sociaux sur les revenus du patrimoine au taux global de 15,5%.

Concernant la réduction des charges sociales sur les AGA, les députés ont adopté une exemption de la contribution patronale spécifique pour les PME n'ayant jamais distribué de dividendes depuis leur création, dans la limite, par salarié, du plafond annuel de la sécurité sociale.

Le taux de cette contribution patronale serait en outre ramené de 30% à 20%, et son exigibilité décalée du mois suivant l'attribution au mois suivant l'acquisition des actions par le bénéficiaire.

Ces modifications du régime fiscal et social concerneraient les attributions gratuites d'actions autorisées par une décision extraordinaire des associés postérieure à la publication de la loi.

Rémi Dias
Avocat à la Cour

Publiée le 11 mai 2015

Une société mère française ne peut imputer les pertes subies par une filiale étrangère sur le résultat d'ensemble du groupe fiscal intégré

Il résulte d'un arrêt du Conseil d'Etat du 15 avril 2015, n°368135, que les pertes subies par une filiale établie dans un Etat membre ne peuvent être imputées sur le résultat d'ensemble du groupe fiscal intégré en France, alors même que ces pertes ne peuvent être déduites par les filiales dans leur pays de résidence, en vertu des législations applicables dans ces pays.

En effet, après avoir rappelé que le dispositif d'intégration fiscale prévu à l'article 223 A du code général des impôts ne permettait qu'à des sociétés soumises à l'impôt en France d'être membres du groupe fiscal, la Haute juridiction a souligné que les dispositions nationales en question n'étaient pas contraires aux articles 49 et 54 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Dès lors, il n'incombe pas à l'Etat de résidence de la société mère d'assurer la neutralisation de la charge fiscale que la société filiale supporte du fait de la décision de l'Etat membre où elle réside elle-même, au titre de l'exercice de sa compétence fiscale, de limiter le droit d'imputer les pertes subies.

Le Conseil d'Etat n'a en outre pas estimé utile de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle sur ce point.

Lien vers la décision :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETA TEXT000030484863&fastReqId=518269646&fastPos=1>

Rémi Dias
Avocat à la Cour

Publiée le 3 juillet 2015

Suppression de l'enregistrement préalable des actes constitutifs des sociétés.

Il convient de rappeler que depuis le 1er juillet 2015, les actes constatant la formation d'une société n'ont plus l'obligation d'être soumis à l'enregistrement aux services des impôts des entreprises (article 635 du Code général des impôts).

Cet allègement de formalisme résulte de la loi n°2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises (article 24 I); à noter toutefois qu'il ne s'étend pas aux groupements d'intérêt économique (GIE), qui restent donc soumis à l'enregistrement lors de leur formation.

Rémi Dias
Avocat à la Cour

Publiée le 22 septembre 2015

Dispositif Dutreil / Exonération partielle de droits de succession -La loi n'exige pas de l'héritier qu'il poursuive à titre principal l'exploitation de l'entreprise qui lui est transmise

Le dispositif Dutreil de l'article 787 C du code général des impôts prévoit, à condition notamment de poursuivre l'exploitation de l'entreprise, une exonération partielle des droits de succession lors de la transmission d'une entreprise individuelle.

En l'espèce, un héritier avait repris l'activité (il s'agissait d'un domaine viticole), mais en avait notamment confié l'entretien à un régisseur. A cet égard, le fisc avait considéré que la condition tenant à la poursuite effective de l'exploitation de l'entreprise n'était pas remplie faute de gestion professionnelle à titre principal de l'entreprise par l'héritier, ce dernier ayant une activité de notaire, par ailleurs éloignée géographiquement du domaine à exploiter.

Contrairement à la position de la doctrine administrative (BOI-ENR-DMTG-10-20-40-40 n° 90) qui prévoit que la poursuite de l'activité de l'entreprise soit exercée à titre principal, la Cour d'appel de Grenoble a considéré au contraire, par un arrêt du 8 septembre 2015 n°13-00609, que la loi ne prévoyait pas ce critère, et que, par conséquent, le poursuite de l'activité de l'entreprise individuelle pouvait ne pas être exercée à titre principal.

Cet arrêt fait suite à une décision de la Cour d'appel de Pau (CA Pau 10-1-2013 n° 11/03410 : BPAT 2/13 inf. 63) ayant jugé dans le même sens.

Rémi Dias
Avocat à la Cour

Publiée le 7 octobre 2015

Convention Franco-Monégasque - Absence de droits de succession en France sur la transmission de parts de sociétés immobilières monégasques possédant des immeubles en France.

L'assemblée plénière de la Cour de cassation (Cass. Ass. Plén., 02-10-2015, n°14-14.256, P + B + R + I) vient de décider par un

arrêt du 2 octobre 2015 que la transmission à des héritiers résidents français par un résident de Monaco, de parts sociales d'une société monégasque à prépondérance immobilière, propriétaire d'immeubles situés en France, ne pouvait être soumise aux droits de succession en France.

A cet égard, la Convention Franco-Monégasque du 1^{er} avril 1950 tendant à éviter les doubles impositions et codifier les règles d'assistance en matière successorale, traite, en son article 2, des immeubles et droits immobiliers, tandis que l'article 6, lui, vise les actions et parts sociales. Le premier article implique le paiement des droits de succession dans l'Etat de situation de l'immeuble, alors que le second, stipule une imposition dans l'Etat de résidence du *de cujus* au moment de son décès.

Pour l'administration fiscale française l'article 2 de la Convention bilatérale devait prévaloir. Celle-ci avançait notamment qu'il devait être pris en compte un échange de lettres entre les deux gouvernements des Etats français et monégasque, qui faisait dépendre du régime des immeubles les parts sociales de sociétés ayant pour objet la construction ou l'acquisition d'immeubles en vue de leur division par fractions destinées à être attribués aux associés en propriété ou en jouissance.

En faisant prévaloir la Convention, au titre du respect de la hiérarchie des normes, et par une interprétation nécessairement stricte de celle-ci, l'assemblée plénière a confirmé un arrêt de la cour d'appel d'Aix-en-Provence (rendu sur renvoi après cassation) qui avait considéré que l'échange de lettres restreignait la portée de l'article 2, qui ne devait ainsi s'appliquer qu'aux seuls immeubles et droits immobiliers représentés par des actions ou parts sociales de sociétés de construction ou d'attribution.

En conséquence, il a été décidé par la Haute Cour que les parts sociales de la société monégasque constituaient des biens incorporels de nature mobilière, impliquant l'application de l'article 6 de la Convention et, de ce fait, que « *l'imposition des parts sociales transmises par le décès de leur titulaire résidant à Monaco relevait de cet Etat et non de la France* ».

En conclusion, faute pour la Convention franco-monégasque de préciser que l'expression « *bien immobiliers* » vise

également les actions ou parts d'une personne morale dont l'actif est principalement constitué d'immeubles en France ou de droit y afférent, comme c'est le cas dans la Convention franco-italienne du 20 décembre 1990, il ne peut être fait application de l'article visant les immeubles, aux parts sociales de sociétés immobilières monégasques détenues par un résident de Monaco au moment de son décès.

Lien vers l'arrêt :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEX T000031264664&fastReqId=357666206&fastPos=1>

Rémi Dias
Avocat à la Cour

Publiée le 8 octobre 2015

PLFSS 2016 - Le texte du projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2016 est publié.

Le projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2016 (**PLFSS 2016**) a été publié le 7 octobre 2015. Il envisage notamment la question des personnes non-assujetties à un régime français de sécurité sociale ayant acquitté des prélèvements sociaux sur les revenus du capital perçus.

En effet, selon l'exposé des motifs de l'article 15 du PLFSS : le gouvernement tire les conséquences d'un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 26 février 2015, qui a remis en cause la faculté d'assujettir aux prélèvements sociaux les revenus du capital perçus par des personnes rattachées à un régime de sécurité sociale d'un autre Etat-membre de l'Union européenne.

En conséquence, le projet prévoit de modifier l'affectation des prélèvements concernés afin qu'ils ne soient plus dirigés vers le financement des prestations de sécurité sociale.

Lien vers le texte : <http://www.assemblee-nationale.fr/14/projets/pl3106.asp>

Rémi Dias
Avocat à la Cour

Publiée le 17 juin 2015

Redlink News - Réforme INPI - Changement significatif des procédures.

Redlink a développé depuis une activité de gestion de portefeuilles de marques fondée sur la transparence des coûts, la présentation systématique de devis, et le conseil visant à rationaliser les portefeuilles afin de donner visibilité à ses clients sur les budgets autant qu'assurer une protection efficace sans excès inutile aux marques de ses clients.

Dans ce contexte, nous attirons votre attention sur les évolutions sensibles intervenues dans les procédures de l'INPI.

Le principe dans les relations de l'administration avec les citoyens est : « *Le silence gardé pendant deux mois par l'autorité administrative sur une demande vaut décision d'acceptation* » (article 21 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000).

Des exceptions à ce principe peuvent être créées par décret, ce qui a notamment été le cas pour certaines décisions de l'Institut national de la propriété intellectuelle (voir décret n° 2014-1280 du 23 octobre 2014). Le décret n° 2015-511 du 7 mai 2015 va dans ce sens.

Sont désormais concernées les demandes d'enregistrement et de prorogation d'un enregistrement d'un dessin ou modèle, les requêtes en renonciation, en limitation ou en déchéance d'un brevet, les demandes d'enregistrement ou de renouvellement de l'enregistrement d'une marque, les demandes de brevet et les oppositions à l'encontre d'une demande d'enregistrement d'une marque.

▪ **PRÉCISIONS EN MATIÈRE DE MARQUES, DE DESSINS ET DE MODÈLES :**

A partir du 9 novembre 2015, les demandes d'enregistrement de marques et de dessins et modèles qui n'auront pas donné lieu à notification de la part de l'INPI à l'issue d'un délai de 6 mois depuis la date de leur dépôt, seront réputées rejetées à défaut d'avoir été enregistrées. Le déposant disposera ensuite d'un mois à compter de la décision implicite

de rejet pour former un recours contre cette décision de rejet devant la Cour d'appel territorialement compétente.

Pour les demandes en cours (en ce compris celles antérieures à la publication du décret), ce délai de 6 mois commence à courir à compter de la date d'entrée du vigueur du décret (à savoir le 9 mai 2015) et expirera 6 mois plus tard soit le 9 novembre 2015.

Ce texte oblige le déposant à la plus grande prudence à la suite du dépôt de sa demande d'enregistrement de marque ou de dessins et modèle auprès de l'INPI. Ce dernier doit en effet surveiller attentivement si sa demande d'enregistrement a abouti favorablement et, dans la négative, saisir rapidement la Cour d'appel à l'issue de l'expiration du délai de 6 mois. Dans le cas contraire, sa demande sera définitivement rejetée.

A noter qu'en cas d'objection par un tiers ou de notification d'irrégularité par l'INPI, ce délai de 6 mois est désormais interrompu.

▪ **PRÉCISIONS EN MATIÈRE DE BREVETS :**

Le décret n° 2015-511 du 7 mai 2015 supprime le délai de 4 mois de rejet implicite en cas de délivrance d'un brevet, prévue à l'annexe du décret n° 2014-1280 du 23 octobre 2014.

Cette nouveauté est en cohérence avec l'article L. 411-5 du code de la propriété intellectuelle qui impose que les décisions de rejet prononcées par le Directeur de l'INPI à l'occasion de la délivrance, du rejet ou du maintien des titres de propriété industrielle, soient motivées et notifiées au demandeur.

Frédéric Fournier
Avocat Associé

Publiée le 17 juin 2015

Redlink News - French Trademark Office: Significant change in the INPI procedures.

Redlink offers a trademark portfolio management based costs transparency, systematic estimated fee proposal and advice for dieting useless or erratic TM applications and registrations. This aims at giving clients budget visibility and predictability and ensuring effective protection in a cost-killing mode.

In this context, we draw attention on sensitive evolutions in the procedures of the INPI.

The principle in relations between the administrative entities is: « *The silence maintained for two months by the administrative authorities on an application is acceptance decisions* » (Article 21 of Law No 2000-321 of 12 April 2000).

Exceptions to this principle can be created by decree, which is the case for certain decisions of the French National Institute of Intellectual Property (INPI) (see Decree No. 2014-1280 of 23 October 2014). Decree No 2015-511 of May 7, 2015).

Are now concerned applications for registration and extension of registration of a design, the waiver requests for limitation or revocation of a patent, registration or renewal of registration a trademark, patent applications and oppositions against an application for registration of a mark.

▪ **CLARIFICATION REGARDING TRADEMARKS, DESIGNS AND MODELS:**

As of November 9, 2015, applications for registration of trademarks and designs that have not resulted in notification by the INPI at the end of a period of six months from the date of their application shall be deemed dismissed. The applicant will then have one month from the implied rejection to appeal against this decision before the territorially competent Appeals Court.

For pending applications (including those prior to the publication of the Decree), the period of six months shall run from the enforcement date of the Decree (ie 9 May 2015) and will expire six months later on November 9, 2015.

This text implies the applicant's utmost caution after filing the trademark application or drawings and models with INPI. This must indeed carefully monitor whether its

application for registration resulted favorably and, if not, lodge appeal. Otherwise, the application will be definitively rejected. Note that in case of objection by one-third or irregularity notified by the INPI, the period of 6 months is now interrupted.

▪ **PATENTS:**

Decree No 2015-511 of May 7, 2015 cancels the 4-month implicit rejection in case of issuance of a patent, provided for in Annex of Decree No. 2014-1280 of October 23, 2014.

This innovation is in line with Article L. 411-5 of the Code of intellectual property requires that the rejections made by the Director of the INPI on the occasion of the granting, rejecting or maintaining securities industrial property are justified and communicated to the applicant.

Frédéric Fournier
Partner

Publiée le 22 octobre 2015

Safe Harbor : le G29 donne trois mois pour agir.

A la suite de la décision de la CJUE invalidant le Safe Harbor, la CNIL et ses homologues européens (le G29) se sont réunis pour en analyser les conséquences.

Pour mémoire, le 6 octobre 2015, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a jugé que la décision de la Commission 2000/52 du 26 juillet 2000 reconnaissant les Etats-Unis comme « sphère de sécurité » en cas de transfert de données personnelles était invalide. Elle juge que ces transferts doivent être suspendus comme ne répondant pas aux exigences de garantie de protection adéquate requis par la directive européenne n°95/06/EC, à la suite d'une question préjudicielle de la High Court irlandaise dans une affaire initiée par un utilisateur de Facebook se plaignant du transfert de ses données vers les serveurs américains. Le transfert de données personnelles à partir de l'Europe vers les Etats-Unis basée sur l'équivalence de protection du fait de l'adhésion de la société américaine au Safe Harbor ne sera plus possible à ce stade.

Du fait de l'incertitude actuelle, le G29 demande aux Etats Membres et aux institutions européennes d'engager au plus vite des discussions avec les autorités américaines afin de trouver des solutions politiques, juridiques et techniques permettant de transférer des données vers les Etats Unis tout en respectant les impératifs imposés par la réglementation européenne.

En attendant, le G29 estime que les autres outils de transfert (Binding Corporate Rules ou clauses contractuelles types) peuvent encore être utilisés. Le Groupe confirme que les transferts qui s'opéreraient aujourd'hui sur la base du Safe Harbor de 2000 sont illégaux.

Emmanuelle Behr
Avocat Associée