

La Lettre du Cabinet

n 6/2009

Editorial

L'actualité juridique de ces dernières semaines aura été plus que féconde.

En droit des sociétés, il nous faut revenir sur deux décisions essentielles. La première concerne la nullité de la cession de titres d'une société absorbée ; l'autre détaille les conditions d'application de l'article 1858 du code civil qui impose aux créanciers d'une société agissant en paiement des dettes sociales à l'encontre des associés de la société débitrice d'avoir préalablement poursuivi cette dernière en vain. En droit fiscal, on reviendra sur le crédit d'impôt recherche, les conditions de l'intégration fiscale en cas d'augmentation de capital d'une filiale, et la création de la Commission nationale des impôts directs et des taxes sur le CA. En droit des entreprises en difficulté, on retiendra notamment le régime de la conversion d'un redressement judiciaire en liquidation judiciaire, suite à la résolution du plan due au non-respect de ses engagements par le débiteur.

Dans les autres domaines de notre activité, bon nombre de décisions présentent l'intérêt de rappeler des solutions anciennes mais néanmoins fondamentales, en particulier sur des questions aussi essentielles que le devoir de conseil du banquier, le devoir de conseil du notaire, la reconduction tacite des contrats, et la responsabilité décennale des constructeurs, pour ne citer que ces exemples.

Sommaire	
Libre propos	2
Corporate	4
Droit fiscal	5
Entreprises en difficulté	6
Contrats commerciaux	7
Concurrence et Distribution	8
Personnes et Patrimoine	9
Social et Ressources humaines	10
Immobilier	11
Procédure civile et voies d'exécution	12
Propriété intellectuelle	13
Actualité du Cabinet	14

On retiendra aussi, en droit de la distribution, la position amorcée par la nouvelle autorité de la concurrence en matière de vente en ligne, en droit social, les mesures sociales issues de la Loi de simplification du droit et, en baux commerciaux, les enseignements issus d'une très récente réponse ministérielle relative au délai de préavis de l'article L.145-9 du code de commerce.

Jean-Charles Simon
Avocat associé

François-Luc Simon
Avocat associé

Simon Associés est partenaire de **lextenso.fr**

LIBRE PROPOS

La survivance de l'exception de nullité en cas d'exécution partielle de l'acte

(Cass. civ. 1^{ère}, 20 mai 2009, pourvoi n 08-13.018)

L'exception de nullité, règle d'origine prétorienne qui remonte au droit romain, permet au débiteur, actionné en exécution de son obligation par son cocontractant, d'exciper de la nullité de l'acte pour s'y opposer et ce, malgré la prescription de l'action en nullité. En effet, selon l'adage « *quae temporalia sunt ad agendum perpetua sunt ad excipendum* » l'exception est perpétuelle et survit à la prescription de l'action. Son fondement est d'empêcher la mise en œuvre d'un contrat nul.

La jurisprudence a considérablement réduit le champ d'application de la maxime et a ruiné son utilité en décidant que « *l'exception de nullité peut seulement jouer pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte juridique qui n'a pas encore été exécuté totalement ou en partie* ». En effet, en matière de contrats à exécution successive, l'exception de nullité ne pourra que rarement être invoquée puisque, dans la plupart des cas, le contrat aura déjà été exécuté avant l'expiration du délai de prescription de cinq ans.

L'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 20 mai dernier est remarquable en ce qu'il censure une cour d'appel en ces termes : « *qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si la nullité invoquée était une nullité relative alors que seule une telle qualification la rendait inopposable en cas d'exécution de l'obligation découlant de l'acte, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

Ce faisant, sans remettre en cause le principe jurisprudentiel susvisé (1), la Haute juridiction lui apporte un tempérament qui redonne force au jeu de l'exception de nullité (2).

1/ Le maintien du principe

Le principe selon lequel « *l'exception de nullité peut seulement jouer pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte juridique qui n'a pas encore été exécuté* » a été énoncé à de très nombreuses reprises.

La solution vaut, quelle que soit la prescription et pour tous les contrats spéciaux (voir pour des applications à un contrat de prêt : Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} décembre 1998, Bull. civ.

2001, Bull. civ. I, n 70 ; 25 mars 2003, Bull. civ. I, n 88 ; Cass. com., 6 juin 2001, Bull. civ. IV, n 113 – à un contrat de vente : Cass. civ. 3^{ème}, 10 mai 2001, Bull. civ. III, n 61 ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 décembre 2005, Bull. civ. I, n 470 – à un contrat de crédit bail : Cass. civ. 3^{ème}, 30 janvier 2002, Bull. civ. III, n 24 - à un contrat de bail : Cass. civ. 3^{ème}, 14 mai 2003, Bull. civ. III, n 103 ; 9 juillet 2003, Bull. civ. III, n 149 ; 8 février 2006, Bull. civ. III, n 30 – à un contrat de cession de parts sociales : Cass. civ. 1^{ère}, 13 février 2007, pourvoi n 06-10.880 ; à un contrat d'assurance : Cass. civ. 2^{ème}, 19 octobre 2006, pourvoi n 05-17.599 – à un contrat de cautionnement : Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 2006, pourvoi n 05-12.080).

Ainsi, il ressort de ces décisions que l'exception de nullité est écartée lorsque celui qui l'invoque a lui-même exécuté tout ou partie de l'obligation découlant de l'acte dont il invoque la nullité par voie d'exception.

Jusqu'à l'arrêt commenté, les raisons pour lesquelles l'exception de nullité ne peut être admise qu'en cas d'inexécution du contrat demeuraient incertaines et controversées. Les auteurs ont essentiellement avancé la consolidation des situations acquises : un contrat, fût-il irrégulier, qui a reçu un commencement d'exécution ne doit pas être remis en cause passé le délai de prescription, afin de ne pas revenir sur des prestations que les parties se sont réciproquement fournies.

Pour autant, cette position de la Cour de cassation a suscité des critiques, notamment parce qu'elle revient à moins bien traiter la partie qui s'est exécutée - souvent de bonne foi, ignorant la nullité de l'acte - que celle qui est restée totalement passive. C'est pourquoi, nombre d'auteurs ont appelé de leurs vœux son abandon ou, à tout le moins, son exclusion dans un cas bien précis : celui d'une « *exécution partielle équilibrée* », définie comme l'exécution réciproque et régulière, pendant un certain laps de temps, des prestations périodiques d'un contrat à exécution successive.

Mais la généralité des attendus de la Cour de cassation conduisait à penser que le principe ne souffrait aucune restriction : l'exécution partielle de tout acte, quel que soit le type de nullité l'affectant (relative ou absolue), exclut la

recevabilité de l'exception de nullité.

Par l'arrêt ici commenté, la Haute juridiction nuance sa position et cantonne, aux seuls cas de nullité relative, le principe selon lequel l'exception de nullité est irrecevable en cas d'exécution partielle.

2/ Le cantonnement du principe

En l'espèce, l'un des moyens du pourvoi faisait valoir que si l'exception de nullité n'est pas recevable à l'endroit d'un acte atteint de nullité relative ayant déjà reçu exécution, il n'en va pas ainsi lorsque la nullité invoquée est absolue. Le pourvoi obligeait donc la Cour de cassation à prendre expressément position sur cette question.

Les juges du fond avaient fait une application strict du principe en déclarant irrecevable l'exception de nullité après avoir constaté que la convention avait reçu un commencement d'exécution. Pourtant, ils sont censurés par la Haute juridiction, au visa des articles 1304 et 2262 du code civil (relatifs à la prescription), ensemble les articles 1131 (relatif à la cause) et 1321-1 du même code (relatif à la dissimulation de prix), aux motifs qu'ils auraient dû « *rechercher si la nullité invoquée était une nullité relative* » car, poursuit la Cour, « *seule une telle qualification la rendait inopposable en cas d'exécution de l'obligation découlant de l'acte* ».

Le message semble donc clair : l'exécution de la convention n'interdit pas de soulever une exception de nullité absolue.

La décision rendue repose sur le raisonnement suivant : si la nullité encourue est relative, l'exécution de l'acte, même partielle, s'analyse en une confirmation, de sorte que l'exception de nullité est inopposable ; en revanche, un acte nul de nullité absolue, n'étant pas susceptible de confirmation, l'exception de nullité peut toujours être invoquée même en cas d'exécution .

Jusqu'à cet arrêt, la Cour de cassation ne s'était jamais placée sur le terrain de la confirmation : l'irrecevabilité était purement objective.

Son apport est donc majeur car il précise enfin le fondement du principe selon lequel l'exception de nullité est irrecevable en présence d'un commencement d'exécution (la confirmation) et, ce faisant, limite son champ d'application aux seules nullités relatives.

La solution n'est pas pour autant pleinement satisfaisante car, si l'on veut bien admettre que l'exécution de l'acte traduise sa confirmation, encore faut-il que le contractant ait eu connaissance du vice et ait eu l'intention de régulariser. Notons toutefois que la Cour de cassation n'avait pas à se prononcer sur ces questions pour répondre au moyen qui lui était soumis et il appartiendra à la cour d'appel de renvoi de procéder à ces recherches.

On précisera qu'un autre arrêt récent de la cour de cassation (*Cass. civ. 2^{ème}, 4 décembre 2008, pourvoi n 07-20.717*), apporte une précision intéressante qui contribue également à cantonner le principe, donc à élargir le jeu de l'exception de nullité. La Cour de cassation énonce que « *la nullité fondée sur les dispositions de l'article L.113-8 du code des assurances peut être soulevée par voie d'exception pendant le délai de la prescription biennale, nonobstant l'exécution du contrat d'assurance* ».

La solution, bien que rendue en droit des assurances, a une portée plus large et a vocation à s'appliquer à tous les contrats : l'exception de nullité demeure recevable en dépit d'un commencement d'exécution de l'acte dès lors qu'elle est invoquée dans le délai de prescription. Ainsi, l'exécution du contrat est indifférente si l'on se situe encore dans le délai de prescription : le défendeur peut légitimement opposer l'exception de nullité.

La solution doit être pleinement approuvée mais on soulignera qu'elle a perdu de son intérêt avec la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile puisque, désormais, que la nullité soit relative ou absolue, le délai pour agir est de cinq ans (C. civ. art. 1304 et 2224) alors qu'il était de trente ans pour les nullités absolues (C. civ. ancien art. 2262).

On remarquera d'ailleurs que c'est le jeu même de l'exception de nullité qui se trouve affecté par la réforme de la prescription. En effet, la justification première de l'adage – qui est plus pratique que juridique – est de prémunir le débiteur contre la mauvaise foi d'un créancier qui, pour échapper à la nullité, attendrait l'expiration du délai de prescription avant d'agir en exécution. Cette hypothèse va nécessairement se raréfier car, désormais, le délai de droit commun pour agir en exécution est de cinq ans, à l'instar du délai pour agir en nullité.

Sonia VECCHIONE
Avocat au Barreau de PARIS

CORPORATE ET DROIT DES SOCIÉTÉS

La nullité de la cession des titres d'une société absorbée (Cass. com., 26 mai 2009, pourvoi n 08-12.691)

Par un arrêt en date du 26 mai 2009, la Cour de cassation affirme pour la première fois « *qu'est nulle pour défaut d'objet toute cession de parts, d'actions, ou de droits conférés par ces titres, d'une société ayant disparu par l'effet d'une opération de fusion par absorption* ».

En l'espèce, à la suite d'une opération de fusion-absorption, certains actionnaires de la société absorbée ont décidé de céder les titres de la société absorbée. L'acquéreur à la cession litigieuse opposa, devant les juges, que la fusion par absorption conférait aux actionnaires de la société absorbée un droit d'échange de leurs titres et que « *tant que [les titres] demeuraient échangeables, ils n'avaient pas disparu, pas plus qu'ils n'avaient péri* ».

La Haute juridiction balaie le raisonnement du cessionnaire et confirme la décision des juges d'appel. Elle se réfère,

pour ce faire, implicitement à l'article L.236-3 du code de commerce qui pose, en cas de fusion-absorption, le principe de la transmission universelle de patrimoine au profit de la société absorbante et la disparition corrélative de la société absorbée. S'agissant des titres de cette dernière, ils sont, en raison de la fusion-absorption, simultanément et automatiquement échangés contre les titres de la société absorbante (ensemble C. com, art. L.236-1 et L.236-3). Dès lors, au moment de la transmission universelle de patrimoine, les titres de la société absorbée n'existent plus en tant que tels. La Cour de cassation ne pouvait donc conclure qu'à la nullité pour défaut d'objet des cessions ainsi intervenues.

Satisfaisante sur le plan juridique, cette solution inédite l'est aussi sur un plan pratique puisqu'elle permettra d'empêcher l'émergence d'un marché des titres de sociétés absorbées.

Précisions sur la notion de vaines poursuites préalables de la personne morale (Cass. civ. 3ème, 4 juin 2009, pourvoi n 08-12.805)

Dans son arrêt du 4 juin 2009, la Cour de cassation apporte quelques précisions sur la notion de « *vaines poursuites préalables de la personne morale* » prévue à l'article 1858 du code civil. A titre de rappel, ce texte impose aux créanciers d'une société qui entendent agir en paiement des dettes sociales à l'encontre des associés de leur débitrice, d'avoir, au préalable, vainement poursuivi cette dernière.

En l'espèce, un entrepreneur chargé de réaliser des travaux pour le compte d'une société civile immobilière (SCI) avait réussi à faire condamner cette dernière à lui fournir, sous astreinte, une garantie. Par la suite, deux jugements ont, d'une part, liquidé l'astreinte et, d'autre part, condamné la SCI à régler le montant des travaux réalisés.

L'entrepreneur a ensuite assigné les associés de la SCI en paiement des dettes sociales sur le fondement de l'article 1858 du code civil. L'entrepreneur justifia son action par le fait qu'il n'avait pu faire exécuter les différentes condamnations à l'encontre de la société puisque toutes ses

tentatives de signification avaient échoué. Pour en justifier, il communiqua l'ensemble des procès-verbaux de recherches infructueuses et fit valoir que ceux-ci suffisaient à caractériser l'existence de poursuites préalables restées vaines.

La Cour de cassation rejoint les juges du fond et affirme que ces procès-verbaux de recherches infructueuses n'ont eu pour objet que de constater que la SCI n'avait pas d'adresse connue et ne suffisaient pas à démontrer l'insolvabilité de cette dernière. La Haute Cour ajoute que, faute pour lui d'avoir entrepris d'autres démarches, le créancier ne peut établir l'existence de vaines poursuites préalables.

La solution ne surprend pas dans la mesure où le caractère infructueux des démarches du créancier doit résulter non de leur inefficacité mais de l'insuffisance du patrimoine social de la société débitrice. Les associés ne doivent en effet pouvoir être actionnés que s'il a été démontré que la société ne peut régler ses dettes.

DROIT FISCAL

Création d'une Commission nationale des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires (Instruction du 28 mai 2009 / BOI 13 L-6-09, 4 juin 2009)

Une Commission nationale des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires (TCA) a été créée pour remplacer les Commissions départementales des impôts directs et des taxes sur le chiffre d'affaires dans certaines situations, à compter des propositions de rectification notifiées depuis le 1er juillet 2008 (CGI art. 1651 H à 1651 L). Elle est compétente pour les entreprises dont le chiffre d'affaires excède cinquante millions d'euros vente ou fourniture de

logements) ou vingt cinq millions d'euros (prestations de services). Pour ces sociétés, cette Commission se substitue aux commissions départementales et intervient, à ce titre, dans les mêmes conditions que ces dernières.

Une instruction en date du 28 mai 2009 a commenté le fonctionnement de cette nouvelle Institution.

Intégration fiscale et augmentation du capital d'une filiale (Rescrit n 2009/34 FE du 19 mai 2009)

En matière d'intégration fiscale, il est admis, depuis quelques années et sous certaines conditions, que, dans l'hypothèse où une filiale est cédée le premier jour de l'exercice et que cette cession entraîne sa sortie du groupe cédant, la filiale puisse entrer dans le groupe auquel appartient la société cessionnaire dès l'exercice ayant enregistré la cession. Le passage d'une filiale d'un groupe cédant à un groupe cessionnaire sans exercice intercalaire pour la filiale était donc déjà autorisé.

Dans un Rescrit en date du 19 mai 2009 (n 2009/34 FE), l'administration fiscale a raisonné par analogie et prévu la possibilité d'étendre cette solution au cas où une filiale

quitte le groupe à la suite d'une augmentation de son capital, qui entraîne la détention de son capital à moins de 95% par la société mère, et forme immédiatement un nouveau groupe en tant que société mère avec les filiales qu'elle détient. Ces opérations doivent cependant être réalisées le premier jour de l'exercice de constitution du groupe.

Par ailleurs, il est indispensable que les conditions d'appartenance à un groupe prévues à l'article 223 A du CGI soient satisfaites et que ladite société exerce l'option dans le délai prévu au 1 de l'article 223 du CGI soit, au plus tard; lors du dépôt de la déclaration de résultat de l'exercice précédent.

Crédit d'Impôt Recherche : précisions relatives aux inventions brevetées (JO AN du 17 mars 2009 / Question n 37202)

Suite à une question de M. Philippe Houillon à Mme la Ministre de l'Enseignement Supérieur et de la Recherche, en date du 17 mars 2009 et relative à la définition des critères d'éligibilité au mécanisme du Crédit d'Impôt Recherche, l'administration a précisé qu'entrent dans le champ d'application du Crédit d'Impôt Recherche, les opérations effectuées dans le domaine de la recherche fondamentale, de la recherche appliquée et du développement expérimental. S'agissant de ce dernier, le Code général des impôts précise que les travaux doivent être

réalisés dans le but de l'amélioration substantielle des produits, cette amélioration se situant au-delà de la simple utilisation de l'état des techniques existantes. Par conséquent, le fait qu'une invention soit brevetée ne rend pas automatiquement éligibles au Crédit d'Impôt Recherche les dépenses engagées pour sa réalisation. Il en est de même pour la création d'un produit nouveau. En effet, le Crédit d'Impôt Recherche ne récompense pas une innovation, aussi ingénieuse soit-elle, mais l'effort de recherche et de développement entrepris pour sa réalisation.

ENTREPRISES EN DIFFICULTE

Défaut de déclaration de créance et absence de reprise de l'instance en cours (Cour de cassation, avis du 8 juin 2009, n 0090002P)

L'avis du 8 juin 2009 nous rappelle l'importance pour les créanciers de la déclaration de créances, véritable sésame leur permettant d'accéder à la procédure collective ouverte à l'encontre de leur débiteur. La nouvelle sanction de l'absence de déclaration, l'inopposabilité de la créance à la procédure et non plus, selon le régime de la loi de 1985, son extinction, nous invite à considérer le sort de l'instance en cours au moment de l'ouverture de la procédure. L'article L.622-22 du code de commerce dispose que le jugement d'ouverture interrompt les instances en cours, qui seront reprises de plein droit dès l'accomplissement des formalités de déclaration par le créancier, mais auront pour seul but la constatation de la créance et la fixation de son montant. En l'absence d'une telle déclaration, le délai de forclusion étant échu, et la créance survivant désormais, se posait la

question du sort de l'instance. Dans son avis du 8 juin 2009, la Cour a livré une interprétation à la lettre de l'article L.622-22 du code de commerce en affirmant qu'en l'absence de déclaration de créance, les conditions de reprise de l'instance n'étant pas réunies, l'instance demeurait interrompue jusqu'à la clôture de la procédure collective. Il convient d'apprécier la portée de cet avis en fonction de la forme de ladite clôture : il n'a que peu d'intérêt dans l'hypothèse d'une seconde procédure, le créancier pouvant désormais procéder à une nouvelle déclaration. Une clôture pour insuffisance d'actif ou la fin d'un plan respecté interdisent par ailleurs - hors quelques exceptions et pour des raisons différentes - la reprise des actions individuelles. Finalement, la reprise n'aura de sens que dans la seule hypothèse d'une clôture pour extinction du passif déclaré.

Inopposabilité de la forclusion à un créancier muni d'une sûreté publiée non personnellement averti (Cass. com., 3 juin 2009, pourvoi n 08-15.376)

La loi du 26 juillet 2005 a repris, en le complétant, le dispositif de protection des créanciers munis de sûretés publiées instauré par la loi du 10 juillet 1994.

L'ancien article L.621-43 du code de commerce dispose que ces créanciers doivent être avertis personnellement par le mandataire judiciaire de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de leur débiteur, et donc de la nécessité pour eux de procéder à la déclaration de leur créance. Cet arrêt du 3 juin 2009 complète le dispositif, en

précisant qu'en l'absence d'une telle notification, la forclusion est inopposable aux créanciers qui bénéficient d'une présomption irréfragable de méconnaissance de l'ouverture de la procédure collective, quand bien même ils seraient incontestablement conscients de l'ouverture de ladite procédure. Le mécanisme des protections des créanciers munis de sûretés publiées a changé en 2005 : désormais, le délai de déclaration court à compter dudit avertissement (article L.622-24 du code de commerce). Cette protection est moins piégeuse pour le créancier.

Résolution du plan de redressement et ouverture d'une liquidation judiciaire (Cass. com., 3 juin 2009, pourvoi n 08-13.589)

L'arrêt précité met en lumière une différence entre les lois de 1985 et 2005 quant au régime de la conversion d'un redressement judiciaire en liquidation judiciaire, suite à la résolution du plan due au non-respect de ses engagements par le débiteur. Alors que l'ancien article L.621-82 ne subordonnait cette conversion qu'au simple non-respect des dispositions du plan, laissant dès lors le tribunal libre de prononcer l'ouverture de la liquidation, l'article L.626-27,

issue de la loi de 2005, applicable aux procédures en cours, pose une condition supplémentaire : la cessation des paiements du débiteur doit être constatée au cours de l'exécution du plan. Sera donc cassé l'arrêt qui, pour prononcer l'ouverture d'une liquidation judiciaire, se borne à constater le non-respect des dispositions du plan sans constater de l'état de cessation des paiements. Qu'advient-il, le cas échéant, du débiteur ? La question reste en suspens.

CONTRATS COMMERCIAUX

Les modalités du contrat tacitement reconduit (Cass. civ. 1ère, 4 juin 2009, pourvoi n 08-14.481)

La reconduction tacite d'un contrat à durée déterminée a pour effet de donner naissance à un nouveau contrat, à durée indéterminée, si les parties n'ont pas fixé une durée à la période de renouvellement ; étant ici rappelé que le basculement dans le régime du contrat à durée indéterminée a pour effet de redonner à chaque partie, à tout moment et sans motif - sous réserve de respecter un préavis raisonnable - une faculté de résiliation unilatérale.

L'on considère habituellement que les modalités du contrat reconduit sont, à l'exception de sa durée, identiques à celles du contrat initial. Toutefois, un arrêt du 15 novembre 2005 (pourvoi n 02-21.366) est venu modifier cette solution en énonçant que les « autres éléments (du nouveau contrat) ne sont pas nécessairement identiques ». L'arrêt commenté du 4 juin 2009 confirme cette jurisprudence.

En l'espèce, le nouveau prestataire, qui s'était substitué au précédent à la suite du redressement judiciaire de ce dernier, réclamait à son cocontractant un complément de rémunération en arguant du fait qu'il n'y avait pas eu d'accord des parties sur la reconduction de la réduction de tarif consentie par son prédécesseur.

Débouté en appel, son pourvoi est rejeté. La Cour de cassation relève que les conditions tarifaires étaient connues du nouveau prestataire, qu'elles n'avaient pas fait l'objet d'une négociation à l'occasion de la reconduction tacite du contrat et qu'elles n'avaient été contestées qu'un an plus tard. La Haute juridiction en déduit que « si le silence ne vaut pas à lui seul acceptation, il n'en est pas de même lorsque les circonstances permettent de donner à ce silence la signification d'une acceptation ».

Devoir de conseil du banquier (Cass. com., 16 juin 2009, pourvoi n 08-11.618)

En l'espèce, la requérante reprochait à la banque un manquement à son devoir de conseil sur le montage proposé par cette dernière, lequel devait permettre, par le moyen d'un prêt in fine adossé à un contrat d'assurance vie, de couvrir tout ou partie de l'amortissement du capital grâce au rendement procuré par le placement de la somme empruntée. Sa demande est rejetée par la cour d'appel qui retient qu'un tel placement implique une prise de risque et que la cliente a choisi le profil « Croissance » procurant le plus fort potentiel de valorisation et comportant le plus fort risque de perte. L'arrêt relève encore que la proposition d'assurance précise que la valorisation de l'épargne souscrite

dans tous profil de gestion en unités de compte sera liée à l'évolution de la valeur liquidative du profil. Il retient enfin que le devoir du banquier est de porter à la connaissance de son client les données lui permettant de prendre la mesure du risque auquel son choix expose son placement, ce qui est fait en l'espèce par description, dans les documents contractuels, des caractéristiques des options offertes au souscripteur. Au vu de ces constatations, la Haute juridiction a estimé que la cliente avait été exactement et complètement informée des risques inhérents au placement qui lui avait été proposé et qui constituaient la contrepartie des gains espérés par elle.

Point de départ des dommages et intérêts moratoires (Cass. civ. 1ère, 4 juin 2009, pourvoi n 08-12.658)

En l'espèce, la question posée était celle de savoir si le point de départ des intérêts résultant du retard dans l'exécution devait être fixé au jour de la saisine du Tribunal ou au jour de la signification des conclusions en ouverture du rapport d'expertise déposées par le demandeur.

Au visa de l'article 1153 du code civil, la Cour de cassation énonce que les dommages et intérêts résultant du retard dans l'exécution sont dus à compter du jour de la sommation de payer ou d'un acte équivalent, quand bien même le juge saisi de la contestation évaluerait la créance après expertise.

CONCURRENCE ET DISTRIBUTION

Vol d'un bien confié à un distributeur sélectif et montant du préjudice

(Cass. com., 3 juin 2009, pourvoi n 07-21.510)

La Cour de cassation vient de censurer partiellement l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris dans une affaire concernant un contrat de distribution sélective.

En l'espèce, un distributeur sélectif s'était vu confier en dépôt par le fournisseur deux montres de luxe. En violation du contrat de distribution sélective, le distributeur avait sorti ces marchandises de son établissement pour les vendre en Italie. Or, au cours de ce voyage, son représentant avait été victime d'un vol à main armée.

La compagnie d'assurance avait refusé d'indemniser le fournisseur, en raison d'une négligence commise par le distributeur dans le cadre de la négociation du contrat d'assurance. La Cour d'appel avait donc condamné le distributeur à réparer le préjudice du fournisseur, évalué au montant des deux montres, TVA incluse. La Cour de cassation sanctionne ce raisonnement : la Cour d'appel, qui y était invitée, aurait dû rechercher si le fournisseur aurait à payer le montant de cette taxe et serait ou non en mesure de la récupérer.

Premier Rendez-vous de l'Autorité de la concurrence

(15 juin 2009)

L'Autorité de la concurrence organise des rendez-vous réunissant des professionnels et des praticiens, aux fins de débattre de questions d'actualité.

Pour son premier rendez-vous, qui s'est tenu le 15 juin dernier, l'Autorité de la concurrence a choisi de se pencher sur le thème de la vente en ligne.

Les thèmes sélectionnés étaient regroupés en trois grandes questions : « *Quels acteurs pour la vente en ligne ?* », « *Peut-on tout vendre sur Internet ?* » et « *Internet, un commerce sans frontières ?* ».

Devaient ainsi être abordées, notamment, la contrefaçon et les difficultés relatives à la distribution exclusive.

Recherche de la responsabilité des acteurs de la signature du bail du franchisé

(Cass. civ. 3^{ème}, 26 mai 2009, pourvoi n 08-13.623)

Un arrêt rendu récemment par la troisième chambre civile de la Cour de cassation concerne, d'une part, la responsabilité du bailleur du franchisé et, d'autre part, celle du mandataire du franchisé et du notaire dans le cadre de la signature du bail.

Le franchisé reprochait au bailleur, propriétaire de la galerie marchande au sein de laquelle était implanté son point de vente, d'avoir failli à son obligation d'animer la galerie, et d'avoir favorisé l'implantation d'un concurrent à proximité directe dudit point de vente.

La Cour approuve les juges du fond d'avoir rejeté cette demande, aucune clause d'exclusivité n'étant prévue, et la

moindre fréquentation de la galerie n'étant pas prouvée.

Le franchisé tentait par ailleurs d'engager la responsabilité de son mandataire à la signature du bail et du notaire y ayant assisté, au motif que ces derniers n'avaient pas tenu compte de la mention manuscrite ajoutée au mandat, aux termes de laquelle le mandataire devait signer un bail lui permettant d'exercer, outre l'activité objet de la franchise, un activité annexe.

Néanmoins, la preuve de l'accord du franchiseur à l'exercice de cette activité annexe n'étant pas rapportée, et l'exercice de l'activité sous l'enseigne du franchiseur étant une condition du bail, la demande du franchisé est rejetée.

PERSONNES ET PATRIMOINE

Séparation de biens et saisie d'un compte commun

(Cass. civ. 1^{ère}, 20 mai 2009, pourvoi n 08-12.922)

En l'espèce, une banque fait pratiquer deux saisies-attributions sur le compte joint d'un couple, mariés sous le régime de la séparation de biens, aux fins de recouvrer le solde du prêt contracté par le mari. La Cour d'appel valide la saisie, après avoir visé l'article 1415 du code civil applicable en régime de communauté, en énonçant qu'il incombait à l'épouse, qui n'est tenue d'aucune solidarité avec le débiteur saisi, d'établir que les sommes figurant au compte joint lui appartenaient.

La Haute Cour infirme l'arrêt d'appel pour violation de la loi au visa des articles 1315 et 1538, alinéa 1^{er} et 3, du code civil, ensemble l'article 620, alinéa 2, du code de procédure civile en rappelant qu'« *il incombait à la banque de démontrer que les fonds déposés sur le compte ouvert au nom des époux, séparés de biens, étaient personnels à son débiteur* ». Cette solution est, en pratique, critiquable dans la mesure où le créancier pourra difficilement prouver qu'il est propriétaire des fonds sur le compte joint.

Changement de régime matrimonial et publicité

(Rép.min. n 23745, JOAN Q 26 mai 2009)

Après deux ans d'application de leur régime matrimonial conventionnel ou légal, les époux peuvent le modifier. Le Garde des Sceaux a été consulté par un parlementaire sur la question de la suppression de la publicité du changement de régime matrimonial au répertoire civil du tribunal de grande instance opérée par le décret n 2006-1805 du 23 décembre 2006. Par la réponse ministérielle commentée, elle estime que le dispositif actuel sauvegarde « *la liberté contractuelle des époux et les droits des tiers* ». En effet, elle précise que le nouvel article 1397 du code civil, issu de la loi n 2006-728

du 23 juin 2006, prévoit que les enfants majeurs et les personnes qui ont été parties au contrat sont personnellement informés du projet de changement, et les créanciers des époux sont informés par la publication d'un avis dans un journal habilité à recevoir des annonces légales. Enfin, elle indique que la mention du changement de régime matrimonial est portée en marge de l'acte de mariage, soit après expiration du délai de 3 mois dont disposent les créanciers et les enfants majeurs pour faire opposition, soit après homologation par le tribunal.

Le devoir de conseil du notaire est indépendant de la qualité du client

(Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 2009, pourvoi n 08-12.093)

En l'espèce, des époux ont fait l'acquisition d'un appartement en l'état futur d'achèvement auprès d'une SCI suivant un acte établi par un notaire. En exécution d'un arrêté municipal, les travaux de construction ont été interrompus au motif qu'ils n'étaient pas conformes au permis de construire délivré. Les acquéreurs assignent la SCI et le notaire en résolution de la vente et en réparation de leurs préjudices. La Cour d'appel condamne le vendeur (la SCI), *in solidum* avec le notaire ayant instrumenté la vente, à payer aux acquéreurs de l'immeuble la somme de 95 000 euros en réparation des préjudices financiers subis par eux en conséquence de la résolution de la vente. La Cour d'appel considère d'une part, que le notaire avait manqué à son devoir de conseil à l'égard de la SCI en

indiquant à cette dernière que l'opération ne méconnaissait pas le permis de construire et, d'autre part, que la SCI, professionnel de l'immobilier, aurait également dû s'assurer de la conformité du projet aux règles de l'urbanisme. La Haute juridiction censure l'arrêt d'appel au visa de l'article 1382 du code civil et réaffirme une jurisprudence désormais bien établie selon laquelle « *le notaire n'est pas dispensé de son devoir de conseil par les compétences ou connaissances personnelles de son client* » (Cass. civ 1^{ère}, 12 juillet 2005, pourvoi n 03-19.321). Une jurisprudence constante reconnaît le caractère impératif et absolu de ce devoir de conseil. Le notaire est tenu du devoir de conseil même si son client est compétent ou est assisté par un autre professionnel.

SOCIAL ET RESSOURCES HUMAINES

Point de départ du délai de renonciation par l'employeur à la clause de non-concurrence (Cass. soc., 6 mai 2009, pourvoi n 07-44.692)

Lorsque l'employeur a la faculté de renoncer au bénéfice de la clause de non concurrence, celui-ci doit respecter le délai qui lui est imparti par le contrat de travail pour que cette renonciation soit effective. A défaut, il est tenu de verser la contrepartie financière de l'obligation imposée au salarié.

Le contrat prévoit, en général, que le délai court à compter de la notification de la rupture, ce qui pose problème lorsque celle-ci intervient par résiliation judiciaire.

En l'espèce, l'employeur, demandeur au pourvoi, estimait que le point de départ du délai de renonciation était la date de la notification du jugement et non de son prononcé.

La Cour, a estimé, au contraire, que le délai devait être décompté à partir du prononcé du jugement et que la renonciation tardive de l'employeur étant sans effet, celui-ci devait s'acquitter de la contrepartie financière due au salarié.

Les mesures sociales prévues par la Loi de simplification du droit (Loi n 2009-526 du 12 mai 2009, JO du 13/05/2009)

En premier lieu, la loi de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures comble un vide juridique qui existait en matière de négociation collective depuis le 1^{er} janvier 2009, en application de la loi du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale, qui soumettait la validité des accords d'entreprise ou d'établissement à sa signature par un ou plusieurs syndicats ayant recueilli 30% des suffrages exprimés au premier tour des élections professionnelles et à l'absence d'opposition des syndicats ayant obtenu 50% des suffrages. La validité des accords posait donc problème en cas de carence d'élections. Désormais, la loi du 12 mai 2009 prévoit que dans ce cas de carence, jusqu'aux résultats des premières élections professionnelles dans l'entreprise ou l'établissement pour laquelle la date fixée pour la première

réunion du protocole d'accord préélectoral est postérieure au 21 août 2008, la validité de l'accord d'entreprise ou d'établissement est subordonnée à son approbation par les salariés de la majorité exprimée.

En second lieu, la loi prévoit la possibilité pour l'employeur d'envoyer à ses salariés un bulletin de paie sous forme électronique, sous réserve que cette remise garantisse l'intégrité des données et que ces bulletins soient conservés par l'employeur pendant cinq ans.

Enfin, les stagiaires à des postes présentant des risques pour leur santé, bénéficieront d'une formation renforcée à la sécurité, d'un accueil et d'une information adaptés.

Convention de reclassement personnalisé et énonciation du motif économique de la rupture (Cass. soc., 27 mai 2009, pourvoi n 08-43.137)

Depuis un arrêt rendu le 5 mai 2008 par la chambre sociale de la Cour de Cassation, le salarié qui avait accepté la convention de reclassement personnalisé pouvait néanmoins contester le motif économique de la rupture de son contrat de travail.

Dans le prolongement de cette décision, la Cour estime, aux termes de son arrêt du 27 mai 2009, que la rupture du contrat de travail résultant de l'acceptation par le salarié

d'une convention de reclassement personnalisé doit avoir une cause réelle et sérieuse et que l'appréciation de cette cause par le juge du fond ne peut résulter que des motifs énoncés par l'employeur.

L'employeur est donc tenu de notifier, par écrit, au salarié ayant accepté la convention de reclassement personnalisé, le motif de la rupture, sous peine de priver celle-ci de cause réelle et sérieuse.

IMMOBILIER

Assurance dommage-ouvrage et responsabilité décennale

(Cass. civ. 3^{ème}, 4 juin 2009 pourvoi n 08-12.661)

Cet arrêt rappelle la distinction existant entre l'assurance dommage-ouvrage et la responsabilité décennale des constructeurs et la nécessité d'activer chacune de ces assurances indépendamment l'une de l'autre.

En l'espèce, l'assureur de dommage ouvrage qui était également l'assureur de responsabilité du constructeur, a indemnisé le Maître d'Ouvrage, à la suite à sa déclaration de sinistre, faite dans le délai de 10 ans. Le Maître d'ouvrage réclamait l'indemnisation de son préjudice, non couvert par son assurance, au titre de la garantie décennale du constructeur. La Cour cassation a estimé que l'action en responsabilité du Maître d'ouvrage à l'encontre du constructeur était prescrite, faute pour lui d'avoir engagé la responsabilité décennale de ce dernier dans le délai de 10 ans.

Ainsi, la reconnaissance de la responsabilité de l'assureur dommage-ouvrage ne vaut pas reconnaissance de sa garantie au titre de la responsabilité décennale du constructeur. Le Maître d'Ouvrage aurait dû engager la responsabilité décennale du constructeur dans le délai de 10 ans, parallèlement à sa déclaration à son assureur dommage-ouvrage. L'assurance dommage-ouvrage, souscrite par le Maître d'Ouvrage, est en effet une assurance de chose obligatoire qui a pour objet d'assurer le préfinancement des travaux de réparation des dommages de nature décennale. Les constructeurs sont, quant à eux, légalement tenus à une garantie décennale envers le Maître d'Ouvrage afin de couvrir les dommages de nature décennale. Ces assurances couvrent un même dommage (les désordres de nature décennale) mais ne sont pas souscrites par les mêmes personnes.

Indivision et servitude sur le fonds indivis

(Cass. civ. 3^{ème}, 27 mai 2009 pourvoi n 08-14.376)

A l'occasion d'une espèce où deux indivisaires, propriétaires en propre de leur fonds, sollicitaient la reconnaissance d'une servitude de passage sur un fonds dont ils étaient également propriétaires en indivision, la Cour de cassation a réaffirmé le principe selon lequel nul ne peut avoir de servitude sur son propre bien.

Cette décision s'inscrit parfaitement dans la jurisprudence relative aux servitudes en matière de copropriété.

En effet, la Cour de cassation, dans un arrêt du 30 juin 2004, avait accepté la validité d'une servitude entre deux lots privatifs. Pour autant, elle refuse toujours de valider une servitude entre une partie privative et une partie commune au motif que le copropriétaire, propriétaire de la partie privative est également propriétaire (indivis) des parties communes. Or, en vertu des articles 637 et 705 du code civil, la servitude ne peut se concevoir qu'entre fonds appartenant à des propriétaires différents.

Attention à la computation du délai de préavis en matière de baux commerciaux

(Réponse ministérielle n 43709, JOAN Q 5 mai 2009)

La loi n 2008-776 du 4 août 2008 relative à la modernisation de l'économie, a modifié l'article L.145-9 du code de commerce qui dispose désormais que les baux de locaux commerciaux « ne cessent que par l'effet d'un congé donné pour le dernier jour du trimestre civil et au moins six mois à l'avance ». Cette formulation qui a fait l'objet de controverses doctrinales, donne aujourd'hui lieu à un éclaircissement. En effet, la réponse ministérielle précise

que « l'expression congé donné pour le dernier jour d'un trimestre civil et au moins six mois à l'avance doit s'entendre de la manière suivante : le délai de six mois, constitué de deux trimestres, doit, au minimum, toujours être respecté. À ce délai minimum de six mois s'ajoute le délai nécessaire pour atteindre la fin du trimestre. » Ainsi, si un congé est signifié le 14 janvier 2010, il produira effet le 31 septembre 2010 et non le 14 juillet 2010.

PROCEDURE CIVILE ET VOIES D'EXECUTION

La hiérarchie des moyens

(Cass. Ass. Plén., 29 mai 2009, pourvoi n 07-20.913)

Conformément au principe de la hiérarchie des moyens, « un subsidiaire n'est destiné à prendre le relais de la demande principale que si celle-ci est rejetée » (Professeur Perrot – Procédures 2007, comm. 57, La portée d'un subsidiaire).

C'est en application de ce principe que, par un arrêt en date du 29 mai 2009, l'Assemblée plénière a énoncé que ne peuvent constituer un aveu des conclusions par lesquelles, après avoir invoqué la prescription, une partie conteste, à titre subsidiaire, l'existence ou le montant d'une créance.

Dans cette affaire, une Société a opposé à titre principal la prescription de l'article 2273 du code civil ancien (applicable en l'espèce) et a soutenu subsidiairement que la demande était injustifiée.

L'Assemblée plénière, qui a été saisie aux fins de savoir si la contestation par la société du montant des dépens avancée à titre subsidiaire pouvait être considérée comme un aveu permettant d'écarter la prescription de l'article 2273 ancien, a répondu par la négative, faisant ainsi prévaloir le principe de la hiérarchie des moyens.

Vaine poursuite des personnes morales

(Cass. civ. 3^{ème}, 4 juin 2009, pourvoi n 08-12.805)

Selon l'article 1858 du code civil, les créanciers d'une société civile ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale.

Ainsi, l'associé de société civile est protégé contre les actions des créanciers sociaux par l'obligation qui est faite à ces derniers d'agir préalablement et vainement contre la société débitrice principale.

Or, les termes ambigus de la notion de « vaine poursuite » ont soulevé une controverse doctrinale entre les tenants d'une conception stricte, ceux d'une conception libérale et ceux d'une conception intermédiaire.

La jurisprudence a été amenée à de nombreuses reprises à se prononcer sur la notion de « vaine poursuite », notamment en matière de procédure collective où elle est au cœur des débats.

Cette notion est une nouvelle fois au cœur de l'actualité juridique. Il s'agit dans le cas d'espèce de savoir si un procès-verbal de recherche infructueuse suffit à caractériser la poursuite vaine et préalable.

Selon la cour de cassation, le fait d'avoir tenté en vain de retrouver une société ne suffit pas à caractériser l'existence de poursuites vaines et préalables. Le créancier aurait dû diligenter d'autres démarches.

Prétentions et moyens des parties

(Cass. civ. 3^{ème}, 27 mai 2009, pourvoi n 08-15.732)

Conformément aux dispositions des articles 455, alinéa 1^{er}, et 458 du code de procédure civile, le jugement doit, à peine de nullité, exposer succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Il suffit que cette mention résulte, même succinctement, des énonciations de la décision (Cass. com., 5 janv. 1976, no 74-12.585).

C'est en application de ce principe que, la cour de cassation a, par arrêt du 27 mai 2009, cassé un jugement du tribunal d'instance de Bastia, rendu en dernier ressort dans un litige relatif à la résiliation d'un bail verbal, qui n'exposait ni les prétentions ni les moyens de la défenderesse, alors qu'il avait constaté qu'elle était représentée à l'instance.

PROPRIETE INTELLECTUELLE

Censure partielle de la loi HADOPI par le Conseil constitutionnel (Décision n 2009-580 DC du 10 juin 2009)

Nous avons consacré une rubrique de la précédente lettre du cabinet à la présentation de la loi HADOPI, en annonçant de prochains rebondissements. Ceux-ci n'ont pas tardé puisque, dans sa décision du 10 juin 2009, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur cette loi en censurant certaines de ses dispositions, parmi les plus controversées.

La loi HADOPI confiait à l'autorité administrative éponyme un pouvoir de sanction : dans le système de la riposte graduée, elle était investie du pouvoir de prononcer la suspension de l'accès à internet. Le Conseil constitutionnel considère qu'une telle mesure porte atteinte au principe de la liberté de communication et d'expression de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme, lequel implique la liberté d'accéder aux services de communication en ligne. La sanction ne pourra donc être prononcée que par le juge judiciaire.

La seconde disposition censurée par le Conseil constitutionnel porte sur le manquement à l'obligation de surveillance, instituée par la loi à la charge du titulaire de l'abonnement d'accès à internet. La seule constatation d'un acte de contrefaçon, établissait le manquement à cette obligation, à charge pour le titulaire de l'abonnement d'établir l'un des cas prévus par la loi pour s'exonérer de sa responsabilité.

Le Conseil constitutionnel voit dans ces dispositions une présomption de culpabilité contraire aux droits de la défense.

Ce qu'il reste de la loi HADOPI a été promulgué ; gageons que toutes ces questions ne manqueront pas de revenir sur le devant de la scène notamment lorsque la question des sanctions sera de nouveau discutée.

Application de la loi dans le temps (Cass. com., 9 juin 2009, pourvoi n 08-12.904)

Le décret du 6 février 2007 a institué un régime spécifique pour les noms de domaine français, modifiant l'article R.20-44-45 du code des postes et des communications électronique, prévoyant qu'un nom de domaine susceptible d'être confondu avec un nom sur lequel est conféré un droit de propriété intellectuelle ne peut être choisi pour nom de domaine, sauf si le demandeur a un droit ou un intérêt légitime à faire valoir sur ce nom et agit de bonne foi. En l'espèce, la Cour d'appel avait ordonné le transfert du nom de domaine litigieux, composé de la marque du demandeur, considérant que sa réservation ne procédait d'aucun droit

ou intérêt légitime. La Cour censure l'arrêt qui avait appliqué le texte susvisé considérant que « *la loi nouvelle (...) ne peut remettre en cause la validité d'une situation régulièrement constituée à cette date* ». Dès lors, l'article ne saurait s'appliquer aux noms de domaine enregistrés avant le décret. L'arrêt évoque aussi la question de la compétence du juge des référés pour prononcer le transfert du nom de domaine : cette mesure ne constituant ni une mesure conservatoire, ni une mesure de remise en état, elle ne peut être prononcée par le juge des référés qui ne dispose pas de ce pouvoir, contrairement au juge du fond.

Contrefaçon de droit d'auteur : compétence des Tribunaux de grande instance (Trib.com., Paris, 13 mai 2009, RG n 2008-034838)

Le jugement susvisé est l'occasion de revenir sur la question de la compétence des tribunaux de grande instance pour connaître des litiges relativement à la propriété intellectuelle, depuis les lois du 29 octobre 2007 et du 4 août 2009.

Peu important que le décret désignant les TGI appelés à connaître de ces actions n'ait pas été publié, chaque TGI est compétent pour connaître de ces actions dans son ressort. Pour cette raison, le Tribunal de commerce se déclare incompétent au profit du TGI de Paris.

ACTUALITÉ DU CABINET

Événement Club de la presse

A l'occasion du Club de la presse qui s'est tenu le 16 juin 2009, Christophe THÉVENOT (Président de l'Association Syndicale Professionnelle d'Administrateurs Judiciaires) et Jean-Charles SIMON ont confronté leur analyse de la situation actuelle et des mois à venir sur le retournement des entreprises, et ce en présence de nombreux participants et de journalistes

pour en savoir plus :

Lawinfrance.com, 18 juin 2009 – [cliquez ici](#)
Le Village de la justice, 19 juin 2009 – [cliquez ici](#)
La Lettre A , 19 juin 2009 – [cliquez ici](#)

Dossier du mois

« *Ecrire : un goût, une discipline* »

Tel est l'un des messages à retenir de l'interview de François-Luc SIMON réalisée par *Le Monde du Droit* dans un dossier spécial intitulé « *Ces avocats qui écrivent* », paru dans le numéro du 1er juin 2009

Pour en savoir plus : [cliquez ici](#)

Publications récentes

Stéphane CAVET : « Réflexions théoriques et pratiques sur la situation des créanciers en cas de résolution du plan »
Première partie (Revue Lamy Droit des affaires – Juin 2009)

Stéphane CAVET : « Réflexions théoriques et pratiques sur la situation des créanciers en cas de résolution du plan »
Seconde partie (Revue Lamy Droit des affaires – Juin 2009)

Katy BONIXE : « Bail : comment refuser le renouvellement ? (Points de vente – 29 Juin 2009)

Pour recevoir l'actualité du Cabinet, les numéros précédents de notre Lettre :

www.simonassocies.com