

La Lettre du Cabinet

n°1/2010

Editorial

Certaines décisions marquent l'actualité juridique de ce mois, en particulier en droit des sociétés, en droit des entreprises en difficulté ainsi qu'en droit social.

En droit des sociétés, la Cour de cassation a tranché deux questions essentielles en pratique : la chambre commerciale a considéré que la clause de préemption ne s'appliquait pas à l'apport de titres réalisé au profit d'une société ; la troisième chambre civile a décidé que le juge ne pouvait fixer le sens du vote du mandataire ad hoc qu'il avait désigné.

Dans le domaine des entreprises en difficulté, trois décisions importantes sont rendues : la première consacre la validité des prêts de restructuration consentis avant l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ; la deuxième confère aux administrateurs qualité pour agir en extension de procédure ; la troisième décide d'exclure du périmètre de cession les créances fiscales de « carry-back ».

Le droit du travail est également le siège de décisions intéressantes ; elles concernent la requalification du CDD en CDI (la circonstance que les parties aient conclu un CDI ne prive pas le salarié du droit de demander la requalification du contrat et l'indemnité spéciale de requalification), le licenciement d'une salariée en état de grossesse (il doit être justifié par des motifs non liés à la grossesse), et la charge de l'obligation de reclassement lorsque la société fait partie d'un groupe (elle n'incombe qu'à l'employeur et non aux autres sociétés du groupe).

Sommaire	
Libre propos	2
Corporate et Droit des sociétés	3
Droit fiscal	4
Entreprises en difficulté	5
Contrats commerciaux	6
Concurrence et Distribution	7
Personnes et Patrimoine	8
Social et Ressources humaines	9
Immobilier	10
Procédure civile et voies d'exécution	11
Propriété intellectuelle	12
Actualité du Cabinet	13

D'autres décisions importantes sont encore évoquées, notamment en droit des contrats (renonciation à une condition suspensive défaillie), droit fiscal (perquisitions), ou en droit immobilier (qualification du bail en cas de changement partiel d'usage).

Jean-Charles Simon
Avocat associé

François-Luc Simon
Avocat associé

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

LIBRE PROPOS

2010 : Une année de tous les dangers.....

I/ La crise a affecté tous les secteurs

Alors que certains prédisaient une hausse des défaillances à un niveau record, l'année 2009 a montré que les défaillances d'entreprises ont été maîtrisées dans un contexte de crise avérée. C'est ce que révèle l'étude annuelle réalisée par ALTARES. Plus de 63.000 jugements d'ouverture de procédures collectives ont été prononcés en 2009 ; ce chiffre est inférieur à ce qui était attendu. Si l'augmentation des redressements ou liquidations judiciaires sont stables entre 2008 et 2009, les sauvegardes ont plus que doublé. Ces chiffres masquent des tendances très variables selon la taille des entreprises, la nature de l'activité, ou les régions touchées. Les PME ont été les plus vulnérables en 2009 et en particulier les sociétés anonymes (+ 30 %). Les sociétés les plus anciennes ont été atteintes et, là encore, l'augmentation des défaillances est importante. De nombreux secteurs d'activité ont été particulièrement touchés, notamment l'industrie manufacturière (+ 25 %), l'immobilier (+ 25 %), le transport routier des marchandises (+ 20 %). Les régions les plus touchées se situent dans le quart Nord-Ouest de la France ainsi qu'en Alsace et en Rhône-Alpes. Le Sud-ouest a résisté.

II/ L'année 2009 et l'intervention de l'Etat

Cette intervention de l'Etat s'est d'abord voulue juridique avec l'Ordonnance du 18 décembre 2008 et le décret du 12 février 2009 qui ont sensiblement réformé le droit des entreprises en difficulté. Mais l'intervention de l'Etat s'est située également sur le plan économique. En effet, depuis l'automne 2008, une série de mesures exceptionnelles concernant les entreprises et l'activité économique d'une manière plus générale avaient été prises par l'Etat pour surmonter la crise financière et économique. Ces mesures visaient tout d'abord à garantir le financement de l'économie afin d'éviter un arrêt brutal du crédit. Elles ont eu ensuite pour objet de soutenir les filières d'activités les plus fragilisées (le naval ou l'automobile par exemple). Tous les acteurs de l'entreprise en difficulté ont été particulièrement sensibles à l'intervention d'OSEO, tant en matière de cofinancement que de garantie ; son soutien aux entreprises qui s'est accru durant l'année 2009 a été particulièrement remarqué. Enfin, les services de l'Etat ont totalement été mobilisés pour aider les entreprises et faire face à leurs difficultés.

Il faut notamment relever le rôle attribué durant l'année 2009 à la Médiation du Crédit ou au CIRI. Ainsi, la médiation du crédit a accompagné les entreprises pour régler leurs problèmes de financement avec les banques et les assureurs-crédit ; le Comité Interministériel de Restructuration Industrielle (CIRI) a vu ses prérogatives et ses actions considérablement élargies. Il faut citer également les différents dispositifs qui ont été mis en place, qu'il s'agisse du dispositif « Parrain PME », ou encore les mesures fiscales ou sociales (notamment la circulaire du 27 août 2009), le Fond Stratégique d'Investissement (FSI), le Fond de Consolidation et de Développement des Entreprises (FCDE), ou encore d'autres mesures (Crédit d'impôt recherche, le développement de l'activité partielle, le déploiement du CCP de la CRP).

III/ Quelles perspectives pour 2010 ?

Chacun s'accorde à dire que le début de l'année 2010 est assez « mou ». L'Etat devra continuer à soutenir l'activité des entreprises qui seront au bout des effets de leur restructuration interne à la fin du premier semestre 2010. L'intervention d'Oséo sera encore déterminante pour les entreprises. Si l'Etat cesse d'intervenir, il est à craindre que le second semestre 2010 sera difficile pour les entreprises alors que par ailleurs les résultats de l'année 2009 seront connus avec les effets éventuels sur le crédit, l'assurance crédit, et le crédit fournisseur. Dans un tel contexte, l'emprunt national de 35 Milliards d'euros dont 22 Milliards levés sur le marché financier s'impose sans doute comme une évidence, encore qu'il faudra surveiller de près qu'elle sera l'utilisation qui en sera faite. Enfin, il est impératif que l'Etat assure aussi une meilleure coordination du suivi de la restructuration des entreprises. Cette intervention peut se situer à plusieurs niveaux, selon les difficultés rencontrées, la taille de l'entreprise, les enjeux, régionaux ou nationaux. Avec plus de 6.000 aides en France, les entreprises ont le plus grand mal à s'y retrouver et il faut véritablement qu'une coordination intervienne afin que les différentes mesures soient plus efficaces.

Pourquoi pas un ministère de la restructuration des entreprises ? C'est sans doute là aussi qu'il faut chercher la voie du rebond.

Jean-Charles SIMON
Avocat Associé

CORPORATE ET DROIT DES SOCIÉTÉS

Inapplication de la clause de préemption à un apport de titres (Cass. com., 15 décembre 2009, pourvoi n°08-21.037)

De nombreux pactes d'actionnaires prévoient au profit des parties un droit de préemption en cas de cession par l'une d'elles des titres de la société. Cette clause a-t-elle vocation à s'appliquer à l'apport des titres concernés à une autre société ? Pour la première fois, la chambre commerciale de la Cour de cassation a eu l'occasion de se prononcer sur cette question. En l'espèce, les trois actionnaires d'une société se sont, aux termes d'une convention, consentis mutuellement un droit de préemption sur la cession de leurs actions dans la société. Quelques temps plus tard, deux de ces actionnaires ont apporté leurs titres à une société qu'ils ont décidé de constituer. Estimant que ses co-actionnaires auraient dû mettre en œuvre la procédure de préemption, le troisième actionnaire a agi en annulation de l'apport. Ce dernier a obtenu gain de cause devant les juges d'appel. Les juges ont considéré que, dans la mesure où l'apport en société entraîne le transfert à titre onéreux des actions de la société à un tiers, il constitue une cession au sens de la clause de préemption. Il semblerait que les juges aient raisonné par analogie avec les clauses d'agrément qui sont jugées applicables aux apports de titres, quand bien même ces clauses ne viseraient pas expressément les

opérations d'apport (Cass. com., 21/01/1970, Bull. civ. IV, n°28). Cette décision de la Cour d'appel est censurée par la Cour de cassation. Cette solution inédite (jusqu'ici, seules les juridictions du fond s'étaient prononcées) s'explique aisément. En effet, les clauses de préemption constituent des restrictions à la liberté de cession des actions et doivent donc être strictement interprétées. Surtout, comme l'indiquait le pourvoi, les apports de titres ne sauraient constituer une cession dès lors qu'ils ne sont pas rémunérés par le paiement d'un prix mais par l'attribution de droits sociaux. Cette solution déjà adoptée en matière d'apports d'immeubles à une société (Cass. com., 05/03/1951 JCP G 1951, II 6496) est aujourd'hui affirmée dans le cas des apports de titres. Mais, si elle a le mérite de la rigueur juridique elle peut s'avérer quelque peu néfaste dans la pratique car, sauf à prouver la fraude, un actionnaire pourrait contourner le jeu d'une clause de préemption en apportant ses titres à une société au lieu de les lui céder. Pour l'éviter, les praticiens prendront le soin de spécifier dans leurs actes que le droit de préemption s'applique non seulement aux cessions mais également aux apports en société des titres.

Abus de minorité ou d'égalité : le juge ne peut fixer le sens du vote du mandataire *ad hoc* (Cass. civ. 3^{ème}, 16 décembre 2009, pourvoi n°09-10.209)

Lorsque l'abus de minorité, auquel est assimilé l'abus d'égalité, est caractérisé, il peut être demandé au juge de condamner les actionnaires fautifs à des dommages-intérêts. Le juge peut également, pour remédier directement à la situation de blocage, ordonner la convocation d'une nouvelle assemblée générale et désigner un mandataire *ad hoc* chargé d'y représenter les actionnaires à l'origine de l'abus. Sa mission consistera à voter dans le sens des décisions conformes à l'intérêt social et ne portant pas atteinte aux intérêts légitimes des minoritaires (Cass. com., 09/03/1993, n°91-14.685). En revanche, il est de jurisprudence constante interdit au juge de substituer sa décision à celle des organes sociaux. De même, le juge ne peut ni homologuer ni annuler une décision prise par ces organes. De telles décisions seraient une immixtion du juge dans la vie sociale (Cass. com., 31/03/2009, n°08-11.860). Depuis plusieurs années, certains auteurs dénoncent la lourdeur et parfois même « l'hypocrisie » d'une telle

position. Certaines juridictions tentent d'ailleurs de résister à cette jurisprudence. C'est ce à quoi s'est essayée la Cour d'appel de Dijon dont l'arrêt a été censuré par la troisième chambre de la Cour de cassation, le 16 décembre dernier. Dans cette affaire, pour mettre fin à une situation de blocage dans une SCI, les juges du fond avaient confié à un mandataire *ad hoc* la mission de voter, en faveur de l'occupation de l'immeuble de la société par l'associé-gérant, à la place d'associés y étant réfractaires. La Cour de cassation censure cette décision en affirmant que le juge ne peut fixer le sens du vote du mandataire *ad hoc* qu'il désigne. La solution est rendue sous le visa de l'article 1853 du code civil qui dispose que les décisions collectives sont prises par les associés. Pas plus qu'il ne peut prendre de décision à la place de ces derniers, le juge ne peut décider du sens du vote du mandataire qu'il désigne pour représenter certains associés. Le rappel à l'ordre est clair et fondé sur le principe de non-immixtion dans la vie sociale.

DROIT FISCAL

Validation des perquisitions fiscales

(Cass. com., 8 décembre 2009, pourvoi n°08-21.017)

Pour la première fois, dans un arrêt du 8 décembre 2009, la chambre commerciale de la Cour de cassation a validé l'application de la procédure de visite des agents de l'administration fiscale, telle qu'elle est prévue à l'article L16 B du LPF, pour la recherche d'agissements frauduleux en matière d'impôts directs et de TVA.

Cet arrêt fait suite aux nouvelles dispositions issues de la loi du 4 août 2008 et à la création d'un recours contentieux, devant le premier Président de la Cour d'appel, contre les ordonnances d'autorisation de visite. Élément déterminant, il va conduire la Cour de cassation à adopter une nouvelle

position en la matière. Autrefois considérées comme contraire aux dispositions de la Convention Européenne des Droits de l'Homme relatives au droit au respect de la vie privée, à la protection du domicile et au droit à un procès équitable, les perquisitions fiscales sont aujourd'hui, pour la Cour, proportionnées, par principe, avec les nécessités de la lutte contre la fraude et conforme à ladite Convention.

Le juge n'a donc pas à justifier du caractère proportionnel de l'exercice d'une telle mesure. Il doit cependant vérifier s'il existe des présomptions de fraude et motiver son ordonnance.

Aménagement du bouclier fiscal

(Loi de Finances 2010 n°2009/1673 du 30 décembre 2009)

A compter du bouclier 2011 (revenus 2009, impôts directs et prélèvements sociaux payés en 2009 ou 2010), les revenus nets soumis à l'impôt sur le revenu sont majorés :

- 1/ des abattements dont bénéficient les dividendes soumis au barème progressif de l'impôt sur le revenu (abattement de 40 % et abattement forfaitaire annuel) ;
- 2/ des déficits et des moins-values de cession de valeurs mobilières des années antérieures à l'année de référence du bouclier.

Les aménagements ainsi apportés ont pour objet de faire en sorte que seuls les revenus effectivement perçus par le contribuable lors de l'année de référence du bouclier soient pris en compte au dénominateur de la fraction impôts/revenus.

En pratique, ces aménagements conduisent à réduire le montant des impositions à restituer dès lors qu'ils augmentent le montant du revenu de référence et que les règles relatives à l'impôt sur le revenu ne sont pas modifiées.

Reconduction du remboursement anticipé de la créance de Crédit d'Impôt Recherche 2009

(Loi de Finances 2010 n°2009-1673 du 30 décembre 2009)

Pour la deuxième année consécutive, les entreprises bénéficient, en matière de Crédit d'Impôt Recherche, du régime de remboursement anticipé et accéléré mis en place dans le cadre du plan de relance.

En conséquence, les entreprises pourront obtenir, dès 2010, le remboursement de l'excédent de crédit d'impôt recherche sur l'impôt sur les bénéfices afférent aux dépenses de recherche qu'elles ont exposées entre le 1er janvier et le

31 décembre 2009. Elles peuvent dès à présent obtenir de manière anticipée le remboursement d'une estimation de l'excédent de crédit d'impôt recherche sur l'impôt dû au titre de l'année 2009.

Cette mesure devrait permettre d'injecter dans la trésorerie des entreprises innovantes environ 2,5 milliards d'euros supplémentaires et s'inscrit dans la continuité du plan de relance mise en œuvre par le gouvernement.

ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

Validité des prêts de restructuration consentis avant l'ouverture d'un redressement judiciaire (Cass. com., 15 décembre 2009, pourvoi n°08-15159)

Par un arrêt rendu le 15 décembre 2009, la chambre commerciale de la Cour de cassation consacre la validité des prêts de restructuration, opérations déjà courantes en pratique, qui consistent, au moyen de nouveaux concours bancaires, à transformer des ouvertures de crédit (dont la durée est généralement inférieure à un an) en véritables prêts, souvent assortis de garanties et d'une durée plus longue. En l'espèce, le représentant des créanciers (désormais mandataire judiciaire) reprochait à cette pratique les deux irrégularités suivantes : d'une part, elle permettrait d'abord aux prêteurs de contourner l'arrêt du cours des intérêts, prévu à l'ancien article L.621-48 du code de commerce (désormais à l'article L.622-28 du même

code), le prêt « restructuré », d'une durée supérieure à un an, échappant à cette mesure, et d'autre part, elle constituerait, compte tenu de la compensation effectuée, un paiement anormal en période suspecte, sanctionné de nullité par l'ancien article L.621-7 I 4° du code de commerce (désormais l'article L.632-1 du même code). La Cour de cassation a rejeté tous ses griefs autorisant ainsi la conclusion des prêts de restructuration de dettes, même en période suspecte (c'est-à-dire, pour rappel, la période comprise entre la date de cessation des paiements et l'ouverture d'une procédure collective), même s'ils ont pour effet de faire échapper les prêteurs à l'arrêt du cours des intérêts.

Qualité à agir des administrateurs en matière d'extension de procédure (Cass. com., 15 décembre 2009, pourvoi n°08-20.934)

Cet arrêt, rendu avant l'ordonnance de 2008, précise que les administrateurs judiciaires, qui n'ont pourtant pas pour mission la défense des intérêts des créanciers, ont qualité pour agir en extension de procédure, dans l'hypothèse d'une confusion de patrimoine ou d'une personne morale fictive. Cette qualité à agir avait pourtant été refusée, dans un arrêt du 15 mai 2001, aux créanciers.

D'aucuns en avaient déduit - à tort - un monopole des mandataires judiciaires (ex-représentants des créanciers) en la matière. La question ne se pose plus depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, qui a modifié l'article L.621-2 du code de commerce en conférant expressément aux administrateurs, entre autres, qualité à agir en matière d'extension de procédure.

Plan de cession : inaliénabilité des créances fiscales de « carry-back » (Cass. com., 15 décembre 2009, pourvoi n°08-13.419)

L'arrêt rendu le 15 décembre 2009 par la Cour de cassation précise le sort des créances de report en arrière des déficits, dites créances de « carry-back », dans le cadre d'une cession de l'ensemble des actifs d'une entreprise, sous l'empire de la loi de 1985.

En l'espèce, le cessionnaire réclamait en vain au liquidateur judiciaire la somme correspondant à une telle créance de carry back, considérant que cette dernière était un actif de l'entreprise, entrant donc en tant que tel dans le périmètre de la cession : le tribunal de commerce avait en effet

ordonné la cession de la totalité des actifs de l'entreprise.

Cependant, le code général des impôts dispose en son article 220 *quinquies* I, alinéa 6 que cette créance « est inaliénable et incessible, sauf dans les conditions prévues par les articles L.313-23 à L.313-35 du code monétaire et financier », à savoir dans l'hypothèse d'une cession « Dailly ». Au visa de ce texte, la chambre commerciale de la Cour de cassation pose le principe suivant : la créance de carry-back est nécessairement exclue du périmètre de cession.

CONTRATS COMMERCIAUX

Vice caché et clause de non-garantie

(Cass. civ. 3^{ème}, 16 décembre 2009, pourvoi n°09-10.540)

En application des règles du droit commun de la vente, le vendeur est tenu de garantir l'acheteur contre les vices cachés, définis comme « *les défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine, ou qui diminuent tellement cet usage, que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un moindre prix, s'il les avait connus* » (C. civ. art. 1641). Dans ce cas, l'article 1644 du code civil offre le choix à l'acheteur entre l'action rédhibitoire (résolution de la vente) ou l'action estimatoire (diminution du prix).

Les parties peuvent prévoir que le vendeur ne sera pas tenu à garantie. Une telle clause est valable sous réserve que le

vendeur soit de bonne foi, c'est-à-dire, selon une jurisprudence constante, qu'il ignorait légitimement le vice lors de la conclusion du contrat. C'est ce que rappelle l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 16 décembre 2009 en ces termes : « *le vendeur qui, ayant connaissance d'un vice lors de la conclusion du contrat, stipule qui ne le garantira pas, est tenu à garantie, nonobstant cette clause* ».

Rappelons que le vendeur professionnel est présumé connaître les vices et, par conséquent, il ne peut se prévaloir d'une clause évasive de garantie. Cette règle jurisprudentielle reçoit une exception dans le cas où l'acheteur est un professionnel de la même spécialité que le vendeur.

Validité de la renonciation à une condition suspensive défaillie

(Cass. civ. 3^{ème}, 12 janvier 2010, pourvoi n°08-18.624)

L'acquéreur peut-il valablement renoncer au bénéfice d'une condition suspensive qui a défailli lorsque celle-ci est stipulée dans son intérêt exclusif ? La Cour de cassation répond avec force par l'affirmative dans son arrêt du 12 janvier 2010.

En l'espèce, une promesse synallagmatique de vente avait été conclue. La condition suspensive – classique – portait sur l'obtention par l'acquéreur d'un permis de construire. Il était ainsi prévu que si celui-ci ne procédait pas au dépôt de demande d'un tel permis, il ne pouvait se prévaloir d'un défaut d'obtention de ce permis qu'il sera réputé avoir obtenu, pour refuser de régulariser l'acte.

Le vendeur refusa de régulariser l'acte au motif que le bénéficiaire de la promesse n'avait pas déposé de demande de permis de construire. L'acquéreur poursuivit la réalisation forcée de la vente et obtint gain de cause devant la cour d'appel.

Le pourvoi soutenait, d'une part, que la condition n'était pas stipulée dans l'intérêt exclusif de l'acquéreur et, d'autre part, que toute renonciation au bénéfice de la condition est inopérante une fois celle-ci défaillie. Il est rejeté par la Cour de cassation qui estime que la non réalisation de la condition ne pouvait rendre caduque la promesse dès lors que l'acquéreur y a renoncé.

Cession de créance et exception d'inexécution

(Cass. com., 12 janvier 2010, pourvoi n°08-22.000)

Dans cet arrêt, la Cour de cassation énonce « *qu'en cas de cession de créance, le débiteur peut invoquer contre le cessionnaire les exceptions inhérentes à la dette même si elles sont apparues postérieurement à la notification de la cession* ». C'est la règle de l'opposabilité des exceptions par le débiteur cédé.

La solution est logique. Puisque c'est la créance même dont le cédant était titulaire qui est transmise au cessionnaire, elle lui parvient avec tous les vices qui l'affectaient. Le débiteur cédé est donc en droit d'opposer l'exception d'inexécution au cessionnaire dès lors toutefois que son fait générateur est antérieur à la cession.

CONCURRENCE ET DISTRIBUTION

Cas particulier de compétence juridictionnelle dans le cadre d'une rupture de pourparlers (Cass. soc., 15 décembre 2009, pourvoi n°09-11.124)

Il n'est pas exceptionnel que des salariés d'une entreprise franchiseur prennent leur indépendance en devenant franchisés du même franchiseur.

La décision commentée concerne une hypothèse où une telle opération était envisagée.

Alors que les pourparlers à la signature du contrat de franchise étaient en cours, les salariés concernés avaient été licenciés pour faute grave au motif d'une violation de l'obligation de loyauté et d'exécution de bonne foi du contrat de travail et d'un acte de concurrence déloyale. L'employeur les avait alors assignés devant le tribunal de grande instance pour rupture abusive des pourparlers et non-respect d'une obligation de non-concurrence. Or, la cour d'appel, approuvée par le présent arrêt, avait retenu la compétence du conseil de prud'hommes.

Le moyen faisait valoir que la demande indemnitaire formée par l'ancien employeur était relative à la rupture abusive de pourparlers relatifs à la conclusion du contrat de franchise et pour violation de l'obligation de non-concurrence spécifique souscrite dans le cadre de ces pourparlers, et concernait, par conséquent, l'activité de franchise projetée et non la relation de travail des anciens salariés.

Cette argumentation n'a pas été accueillie par la Cour de cassation. Elle énonce que, ayant relevé que les agissements reprochés aux anciens salariés dans l'assignation se confondaient avec les griefs énoncés dans les lettres de licenciement et retenu que la demande indemnitaire était née à l'occasion et pendant l'exécution des contrats de travail, la cour d'appel a fait une exacte application de l'article L.1411-1 du code du travail, qui fixe la compétence du conseil de prud'hommes.

Publication des lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations

L'Autorité de la concurrence a rendu publiques le 16 décembre dernier ses lignes directrices relatives au contrôle des concentrations. Ces lignes directrices comprennent six annexes dont l'une (C) traite spécifiquement des « *questions relatives aux contrats de distribution* ».

Ces questions concernent la notion d'influence déterminante, qui entre dans la définition du contrôle susceptible de constituer une concentration (art. L.430-1 du code de commerce), le calcul du chiffre d'affaires, qui détermine si une opération doit ou non faire l'objet d'un contrôle (art. L.430-2), et l'appréciation du pouvoir de marché (qui entre dans le cadre de l'appréciation des effets de l'opération projetée).

S'agissant de la notion d'influence déterminante, les lignes directrices, conformes en cela à la position de la Commission européenne, posent le principe selon lequel « *la seule conclusion d'un contrat de distribution n'est susceptible de conférer une influence déterminante au sens de l'article L.430-1 du code de commerce, que dans des cas très particuliers* ». Une telle influence peut néanmoins

naître par des clauses du contrat limitant l'autonomie de l'affilié, notamment par le transfert de tout ou partie du risque commercial de l'affilié vers la tête de réseau, ou limitant la possibilité de l'affilié de changer de réseau. Le texte précise en outre que l'opération sera facilement qualifiée de concentration si la tête de réseau prend au capital de l'affilié une participation qui lui donne le contrôle unique ou conjoint de ce dernier ; cette qualification sera également retenue en cas de participation minoritaire lorsque les statuts donnent à l'actionnaire minoritaire une influence déterminante sur l'affilié.

S'agissant du chiffre d'affaires de la tête de réseau, le texte précise qu'il comprend les ventes de ses succursales, les ventes aux affiliés et les redevances, mais ne comprend pas le chiffre d'affaires réalisé par les affiliés.

En revanche, s'agissant de l'appréciation du pouvoir de marché, les lignes directrices précisent que les ventes des affiliés pourront être agrégées avec celles des magasins exploités en propre en fonction du degré d'autonomie de la politique commerciale menée par les affiliés.

PERSONNES ET PATRIMOINE

Donations déguisées et survie de la loi ancienne

(Cass. civ. 1^{ère}, 9 décembre 2009, pourvoi n°08-20.570)

Afin d'obtenir la nullité d'une vente, Monsieur H s'était fondé sur les dispositions de l'ancien article 1099 alinéa 2 du code civil qui prohibait, notamment, les donations déguisées entre époux.

Or, cet article ayant été abrogé par loi du 26 mai 2004, la cour d'appel avait débouté Monsieur H de sa demande, aux motifs que : l'article 1099 alinéa 2 prohibant les donations déguisées entre époux ayant été abrogé par la loi du 26 mai 2004 entrée en vigueur le 1er janvier 2005, il en résultait que la demande de Monsieur H était sans fondement juridique. Cependant, par application des principes traditionnels du droit transitoire, la Haute juridiction

infirmait cette décision en relevant que « *la loi nouvelle ne s'applique pas, sauf rétroactivité expressément décidée par le législateur, aux actes juridiques conclus antérieurement à son entrée en vigueur* ». Dès lors, « *à défaut de mention expresse de rétroactivité, les dispositions de la loi du 26 mai 2004, abrogeant l'article 1099, alinéa 2, du code civil ne sont pas applicables aux donations visées par ce texte et conclues avant le 1er janvier 2005* ».

Il en résulte qu'en raison de la survie de la loi ancienne, toute donation déguisée entre époux consentie avant le 1er janvier 2005, date de l'entrée en vigueur de la loi du 26 mai 2004, sera nulle.

La charge de la dépollution d'un site industriel incombe au dernier exploitant

(Cass. civ. 3^{ème}, 2 décembre 2009, pourvoi n°08-16.563)

La société Semcoda a acquis un terrain qui a révélé la présence de produits polluants. Elle a alors assigné la Société Rhodia chimie, venant aux droits de la Société Gesmo, dernier exploitant, en paiement des coûts de travaux de dépollution de ce dernier.

En l'espèce, la Cour de cassation a confirmé la condamnation de la Société Rhodia, aux motifs que la « *charge de la dépollution d'un site industriel incombe au dernier exploitant et non au vendeur dès lors que cette obligation légale de remise en état n'a pas seulement pour objet la protection de l'acquéreur mais un intérêt collectif touchant à la protection générale de l'environnement* ».

Par l'énonciation de ce principe la Cour se prononce positivement sur la question de savoir si, la Société Gesmo, bénéficiaire d'un apport partiel d'actif placé sous le régime des scissions, pouvait être débitrice de l'obligation d'effectuer les travaux de dépollution. En outre, la Cour précise que le préfet ayant imposé des mesures de remise en état du site à la société Semcoda, en application d'une obligation de police administrative, la Société était fondée à invoquer la responsabilité délictuelle du dernier exploitant, nonobstant la clause de non-recours figurant au contrat de vente. En effet, les stipulations d'un contrat de vente prévoyant une clause « d'exclusion des vices » ne peuvent trouver matière à application, ces stipulations étant étrangères aux prescriptions de l'autorité administrative.

Nature de l'action aux fins d'expulsion du vendeur placé sous curatelle

(Cass. civ. 1^{ère}, 9 décembre 2009, pourvoi n°08-16.836)

La décision de la Cour de cassation qui précise que l'action tendant à obtenir l'expulsion du vendeur d'un immeuble placé sous curatelle est de nature patrimoniale revêt une importance toute particulière, dès lors qu'elle permet d'en déduire l'étendue des pouvoirs du tuteur.

En effet, l'article 504 alinéa 2 du code civil dispose que le tuteur « *agit seul en justice pour faire valoir les droits patrimoniaux de la personne protégée* ». La nature patrimoniale de cette action en fait donc un acte que ce dernier peut accomplir sans autorisation.

SOCIAL ET RESSOURCES HUMAINES

Sur le recours en requalification du contrat à durée déterminée en contrat à durée indéterminée (Cass. soc., 9 décembre 2009, pourvoi n°08-44.429)

Selon l'article L.1242-1 du code du travail, un contrat à durée déterminée ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise, étant précisé que son recours n'est possible que dans les cas limitativement prévus par la loi. Dans le cadre de la poursuite de la relation de travail au-delà du terme prévu, il appartient à l'employeur de conclure un contrat de travail à durée indéterminée. Cependant, la conclusion d'un tel contrat ne supprime pas l'action en

requalification du contrat de travail à durée déterminée jugé irrégulier par le salarié. En l'espèce, la Cour de cassation a rappelé que « *la circonstance que le contrat de travail à durée déterminée ait été poursuivi après l'échéance du terme ou que les parties aient conclu un contrat à durée indéterminée, ne prive pas le salarié du droit de demander la requalification du contrat à durée déterminée initial, qu'il estime irrégulier, en contrat à durée indéterminée et l'indemnité spéciale de requalification (...).* »

Nullité du licenciement économique d'une salariée en état de grossesse (Cass. soc., 6 janvier 2010, pourvoi n°08-44.626)

La salariée en état de grossesse dispose d'une protection particulière à l'égard notamment de la rupture de son contrat de travail. L'article L.1225-4 du code du travail prohibe, en effet, toute rupture du contrat de travail au cours de l'état de grossesse et des périodes de suspension y afférentes (congé maternité ...). Cependant, cette protection n'est pas absolue, l'article L.1225-4 précité prévoyant, par ailleurs, que : « *toutefois, l'employeur peut rompre le contrat s'il justifie d'une faute grave de l'intéressée, non liée à l'état de grossesse, ou de son impossibilité de maintenir ce contrat pour un motif étranger à la grossesse ou à l'accouchement(...)* ». En l'espèce, une salariée en état de grossesse a été licenciée pour un motif, pour le moins confus et imprécis, à savoir l'impossibilité de maintenir le contrat de travail tirée de la nécessité de sauvegarder la

compétitivité de l'entreprise. Au visa des articles L.1232-6 et L.1225-4 du code du travail, la Cour de cassation a confirmé la nullité du licenciement prononcée par les juges du fond : « *l'employeur, lorsqu'il licencie une salariée en état de grossesse médicalement constatée est tenu de préciser, dans la lettre de licenciement, le ou les motifs non liés à la grossesse ou à l'accouchement pour lesquels il se trouve dans l'impossibilité de maintenir le contrat de travail pendant les périodes de protection dont bénéficie la salariée* ».

La Haute juridiction a ainsi estimé que l'existence d'un motif économique de licenciement ne caractérise pas, à lui seul, cette impossibilité.

La charge de l'obligation de reclassement en cas de licenciement pour motif économique (Cass. soc., 13 janvier 2010, pourvoi n°08-15.776)

Conformément à l'article L.1233-4 du code du travail, « *le licenciement pour motif économique d'un salarié ne peut intervenir que lorsque tous les efforts de formation et d'adaptation ont été réalisés et que le reclassement de l'intéressé ne peut être opéré dans l'entreprise ou dans les entreprises du groupe auquel l'entreprise appartient* ». Le respect de l'obligation de reclassement s'apprécie donc au niveau du groupe à laquelle l'entreprise, qui met en œuvre un licenciement économique, appartient. En l'espèce, le

liquidateur judiciaire de la société employeur avait intenté une action contre les autres sociétés du groupe afin que celles-ci lui fournissent les moyens d'établir un plan de sauvegarde de l'emploi satisfaisant en terme, notamment, de mesures de reclassement. La Cour de cassation, infirmant la décision des juges du fond, a précisé que l'obligation de reclassement, si elle s'apprécie au niveau du groupe, n'incombe qu'à l'employeur, les autres sociétés du groupe n'étant nullement débitrices de ladite obligation.

IMMOBILIER

Vente en l'état futur d'achèvement et délai d'action pour les vices apparents

(Cass. civ. 3^{ème}, 16 décembre 2009, pourvoi n°08-19.612)

Voilà un arrêt qui donne lieu à une précision procédurale importante en matière de VEFA et de vices apparents.

En l'espèce, les demandeurs avaient acquis un appartement en l'état futur d'achèvement. La prise de possession du bien eut lieu le 24 juin 2002 ; par lettre du 29 juillet 2002, les acquéreurs dénonçaient les désordres esthétiques affectant les carrelages. La réception des travaux est intervenue le 10 juillet 2002, sans aucune réserve sur le revêtement de sols. Les acquéreurs ont assigné en référé expertise le vendeur le 20 juin 2003 puis ont sollicité une indemnisation. La Cour d'appel a débouté les demandeurs au motif que le désordre allégué était apparent et non réservé dans le délai d'un mois suivant la livraison, soit le 24 juillet 2002, au plus tard.

La Cour de cassation sanctionne les juges du fond d'avoir ainsi statué, en précisant que « *l'acquéreur est recevable pendant un an à compter de la réception des travaux ou de l'expiration du délai d'un mois après la prise de possession des ouvrages à tenter contre le vendeur l'action en garantie des vices apparents, même dénoncés postérieurement à l'écoulement de ce délai d'un mois* ». Ce régime de garantie relatif aux vices apparents a été étendu aux défauts de conformité apparents par la loi de mobilisation pour le logement du 25 mars 2009, permettant ainsi d'unifier le traitement des prescriptions. Toutefois, cette solution ne vaut qu'en matière de VEFA, car en matière de louage d'ouvrage, les vices apparents non dénoncés lors de la réception échappent à toute garantie.

Changement partiel d'usage et qualification du bail d'habitation

(Cass. civ. 3^{ème}, 9 décembre 2009, pourvoi n°08-18.038)

Dans une espèce où le locataire d'un bail d'habitation avait reçu l'autorisation préfectorale d'exploiter un salon de coiffure dans une partie du local qu'il habitait, la Cour de cassation a précisé que l'autorisation accordée en vertu de l'article L.631-7 du code de la construction et de l'habitation, dans sa rédaction applicable antérieurement à l'ordonnance du 8 juin 2005, étant personnelle et limitée dans sa durée, elle n'était pas susceptible de modifier l'affectation principale et originelle des lieux loués.

Le locataire qui s'était vu délivrer un congé pour vendre par son bailleur, sollicitait une requalification de son bail d'habitation en bail commercial, et partant, l'application du statut protecteur des baux commerciaux, en raison de l'activité commerciale exercée dans les lieux, et ce, pour obtenir une indemnité d'éviction. Le locataire a été débouté. La solution retenue est celle résultant de la réforme du 8 juin 2005. Reste qu'une telle solution prive le locataire de toute protection de son activité commerciale ou artisanale.

Usufruit et refus de renouvellement

(Cass. civ. 3^{ème}, 9 décembre 2009, pourvoi n°08-20.512)

Dans une espèce où la propriété d'un local donné à bail était démembrée entre un usufruitier et un nu-propiétaire, la Cour de cassation vient de préciser les pouvoirs de l'usufruitier en matière de refus de renouvellement.

En l'espèce, les locataires dudit local qui avaient sollicité le renouvellement de leur bail commercial, se sont vus refuser le renouvellement par l'usufruitier qui, en contrepartie, leur a offert le paiement d'une indemnité d'éviction.

Les locataires ont assigné l'usufruitier et le nu-propiétaire en paiement de l'indemnité d'éviction. Le nu-propiétaire, approuvé par la cour d'appel, a invoqué la nullité de la demande de renouvellement qui ne lui avait pas été notifiée. La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel, retenant, aux termes d'un raisonnement par analogie, que « *l'usufruitier d'un immeuble à usage commercial donné à bail a le pouvoir de délivrer seul un congé au preneur et que le refus de renouvellement a les mêmes effets qu'un congé* ».

PROCEDURE CIVILE ET VOIES D'EXECUTION

La qualité de partie à l'instance

(Cass. civ. 2^{ème}, 7 janvier 2010, pourvoi n°08-18.619)

Comme l'a rappelé la Cour de cassation dans un arrêt en date du 7 janvier 2010, la société bénéficiaire d'un apport partiel d'actif selon le régime des scissions acquiert de plein droit la qualité de partie aux instances précédemment engagées par la société apporteuse à laquelle elle se trouve ainsi substituée. Il importe donc peu que le jugement ait été rendu au profit de cette société apporteuse après la réalisation de l'apport.

En conséquence, la société bénéficiaire de l'apport ne peut prétendre qu'elle n'avait pas comparu en première instance, pour tenter de se prévaloir des dispositions de l'article 528-1 du code de procédure civile ainsi que celles de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et ainsi échapper au délai d'appel de deux ans suivant le prononcé du jugement qui n'a pas été notifié.

Saisie sur compte bancaire

(Décret n°2009-1694 du 30 décembre 2009, JO du 31 décembre 2009, p. 23110)

L'article 20 de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures prévoit que le titulaire d'un compte faisant l'objet d'une saisie conserve de plein droit la disposition d'une somme égale au montant forfaitaire du revenu garanti par le dispositif du revenu de solidarité active.

Le décret du 30 décembre 2009, relatif à la mise à disposition automatique d'une somme à caractère alimentaire sur un compte saisi, vient de mettre les dispositions réglementaires régissant les saisies des comptes bancaires, en conformité avec la loi de mai 2009, dont l'article 46 du décret du 31 juillet 1992.

Il ressort notamment de ce décret que lorsqu'un compte fait l'objet d'une saisie, le tiers saisi laisse à la disposition du débiteur personne physique, sans qu'aucune demande soit nécessaire, et dans la limite du solde créditeur au jour de la saisie, une somme à caractère alimentaire d'un montant égal au montant forfaitaire, pour un allocataire seul, mentionné à l'article L.262-2 du code de l'action sociale et des familles.

Le tiers saisi doit en avertir aussitôt le débiteur. Il doit également informer l'Huissier du montant laissé à disposition du titulaire du compte ainsi que du ou des comptes sur lesquels est opérée cette mise à disposition.

Mandat de protection future sous seing privé

(Décret n°2009-1628 du 23 décembre 2009, JO du 26 décembre 2009, p.22311)

Le mandat de protection future a pour objectif de protéger les personnes vulnérables.

Ce mandat permet d'organiser à l'avance sa protection, ou celle de son enfant handicapé, en choisissant celui ou celle qui sera chargé de s'occuper de ses affaires le jour où elle ne pourra plus le faire elle-même, en raison de son âge ou de son état de santé.

Il a pour but d'éviter le recours à une mesure judiciaire de curatelle ou de tutelle.

Cet acte, hors les cas visés par l'article 447 alinéa 3 du code civil dans lesquels le recours à l'acte notarié est obligatoire, peut être sous seing privé.

Il doit alors être soit contresigné par un avocat, soit établi selon un modèle défini par décret en Conseil d'Etat (article 492 du code civil).

A ce titre, il convient de préciser que le législateur a publié au Journal officiel du 26 décembre 2009, un nouveau modèle de mandat de protection future.

PROPRIETE INTELLECTUELLE

Contrat de commande d'œuvre publicitaire et présomption de cession

(Cass. civ. 1^{ère}, 8 décembre 2009, pourvoi n°08-18.360)

L'article L.132-31 du code de la propriété intellectuelle prévoit les règles propres au contrat de commande d'une œuvre destinée à un usage publicitaire et dispose : « *Dans le cas d'une œuvre de commande utilisée pour la publicité, le contrat entre le producteur et l'auteur entraîne, sauf clause contraire, cession au producteur des droits d'exploitation de l'œuvre, dès lors que ce contrat précise la rémunération distincte due pour chaque mode d'exploitation de l'œuvre en fonction notamment de la zone géographique, de la durée de l'exploitation, de l'importance du tirage et de la nature du support* ». L'application de ce texte suppose l'existence d'un contrat de commande, concernant une œuvre pour la publicité et ne concerne que les relations entre le producteur et l'«auteur». La Cour apporte les précisions attendues sur cette dernière condition dans une affaire opposant une agence de publicité à son client.

En l'espèce, une société avait confié à une agence de publicité la réalisation d'une campagne publicitaire. Postérieurement à la rupture des relations contractuelles, l'agence avait reproché à l'annonceur d'utiliser les œuvres réalisées sans que les droits d'exploitation aient été cédés et assigna pour obtenir un paiement. Elle reprochait à l'arrêt d'avoir retenu l'existence d'une cession alors que les conditions de la présomption de cession de l'article L.132-31 n'étaient pas réunies, ce qui supposait que le texte eut été applicable. La Cour considère que le texte susvisé ne s'applique pas dans les rapports entre l'annonceur et l'agence de publicité, il régit les seuls contrats consentis par l'auteur personne physique et non ceux que peuvent conclure les cessionnaires ou les personnes investies par la loi sur les œuvres collectives de ce droit d'exploitation, avec des sous-exploitants.

Déchéance de marque par suite d'un usage sous une forme modifiée

(Cass. com., 15 décembre 2009, pourvoi n°08-21.214)

L'article L.714-5 du code de la propriété intellectuelle dispose que le propriétaire d'une marque qui, sans justes motifs, n'en a pas fait un usage sérieux pendant une période ininterrompue de cinq ans, encourt la déchéance de ses droits. Le texte assimile à un usage sérieux de la marque, l'usage sous une forme modifiée n'en altérant pas le caractère distinctif. Lorsque l'exploitation porte sur une forme modifiée du signe, le titulaire encourt la déchéance de ses droits si le caractère distinctif est altéré.

En l'espèce, la cour d'appel avait prononcé la déchéance de la marque prétendument contrefaite, laquelle était composée de chiffres, après avoir relevé que le signe faisait l'objet de nombreuses et différentes déclinaisons, et qu'il était parfois accompagné de dénominations. La Cour de cassation approuve les juges du fond qui ont prononcé la déchéance au motif que les différentes déclinaisons de la marque ne sauraient être considérées comme une forme modifiée du signe n'en altérant pas le caractère distinctif.

Utilisation d'une marque sur un site de paris sportifs

(CA Paris, 11 décembre 2009)

Cette affaire opposait un célèbre club de football italien à un site de paris en ligne lequel utilisait la marque déposée par le club dans le cadre de l'offre de paris pour présenter les matches. Le club tentait de s'opposer à un tel usage en arguant, notamment, de la contrefaçon de la marque. L'arrêt reprend une solution connue fondée sur le fait que le signe n'est pas utilisé à titre de marque pour identifier des produits et services.

La Cour rejette la demande aux motifs que la marque, qui s'identifie au nom du club, est utilisée pour désigner l'équipe de football et permettre à l'internaute de parier, aucun autre terme ne permettant de désigner l'équipe engagée. Elle relève également que la marque est utilisée pour présenter le match sur lequel le pari est organisé et n'est pas associée à la promotion des services. Ce faisant, la contrefaçon de marque n'est pas établie.

ACTUALITÉ DU CABINET

Nouveaux classements de Simon Associés en procédures collectives

Déjà classé parmi les 10 meilleurs cabinets français par le magazine « Option Droit & Affaires », SIMON Associés se distingue à nouveau avec quatre étoiles dans le dernier classement du magazine « Option Finance » établi en collaboration avec le Cercle Montesquieu.

Pour en savoir plus : Option Finance, 4 janvier 2010, [cliquez ici](#)

Partenariats de Simon Associés

SIMON Associés renforce son partenariat avec le Master de droit des affaires et droit économique de l'Université de Paris II Panthéon-Assas, avec lequel des liens étroits ont été noués depuis de nombreuses années.

SIMON Associés inaugure le nouveau site internet Le Monde des Réseaux, dédié aux réseaux de distribution

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

Publications récentes de Simon Associés

Jean-Charles SIMON : « Après la crise, les relations entre les différents acteurs de l'économie ne seront plus jamais les mêmes » - [Les Petites Affiches, 30/12/2009](#)

François-Luc SIMON : « Quelle modernisation du droit de la distribution ? » - [Points de Vente, 25/01/2010](#)

François-Luc SIMON : « Franchiseurs, modernisez votre contrat ! » - [Franchise Magazine, 09/01/2010](#)

Guénola COUSIN : « Du bon usage de la marque patronymique » - [La revue des marques, 01/01/2010](#)

Denis DI LEONARDO : « Défendez vos intérêts face au fisc » - [Le Revenu, 01/01/2010](#)

Denis DI LEONARDO : « Quelle fiscalité pour l'année 2010 ? » - [Points de Vente, 11/01/2010](#)

Sandrine RICHARD : « Les clauses clés du contrat de franchise (partie 1) » - [Observatoire de la franchise, 14/01/2010](#)

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

www.simonassocies.com