

La Lettre du Cabinet

n°2/2010

Editorial

Le droit des sociétés fait l'objet d'une activité législative importante marquée par l'adoption de deux projets de lois : le premier institue l'Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée (EIRL), nouveau statut destiné à permettre de protéger les biens personnels de l'entrepreneur en cas de faillite et qui devrait être applicable dès le 1^{er} janvier 2011 ; le second vise à instaurer une représentation paritaire des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration et de surveillance des sociétés anonymes.

En droit fiscal, on retiendra notamment la nouvelle procédure dite de « question prioritaire de constitutionnalité » qui constitue une innovation majeure dans notre système judiciaire et le rapport de la Commission des finances sur la réforme de la TVA immobilière.

En droit immobilier, trois décisions importantes sont rendues : la validité d'une clause d'échelle mobile stipulée uniquement à la hausse est reconnue, les obligations de l'entrepreneur à l'égard du maître de l'ouvrage avant réception sont précisées ainsi que les cas dans lesquels un syndic est recevable à agir en justice.

Les évolutions touchent les autres domaines du droit. On songe à l'arrêt de la CJUE sur le caractère universel de la procédure principale d'insolvabilité (Entreprises en difficulté), au décret du 10 février dernier qui fixe le nouveau taux de l'intérêt légal à 0,65% et à la loi du 27 janvier exonérant le secteur du livre des délais de paiement institués par la LME (Concurrence et distribution).

Sommaire

| | |
|---------------------------------------|-----------|
| Libre propos | 2 |
| Corporate et Droit des sociétés | 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 songe également à la décision de la Cour de cassation qui précise utilement les conséquences de la prise d'acte de la rupture du contrat de travail (Social et Ressources humaines), et à l'arrêt de la première chambre civile qui consacre et définit la notion, encore peu connue, d'estoppel (Procédure civile et voies d'exécution).

Bonne lecture.

Jean-Charles Simon
Avocat associé

François-Luc Simon
Avocat associé

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

LIBRE PROPOS

Procès Vivendi : de la « class action » à « l'abus de forum shopping »

(TGI Paris, 13 janvier 2010, RG n°09/15408)

Depuis 2002, une action collective dénommée « *class action* » a été engagée aux Etats-Unis à l'encontre de la Société VIVENDI au nom de tous les actionnaires ayant acquis ou cédé des actions VIVENDI entre le 30 octobre 2000 et le 14 août 2002 ; ces actionnaires prétendant que la Société VIVENDI aurait violé les règles de droit boursier américain et dissimulé la réalité de sa situation financière.

Le 25 janvier dernier, un jury populaire du Tribunal fédéral de New York a retenu la faute de la société VIVENDI et ouvert le principe d'une indemnisation pour l'ensemble de ses actionnaires ayant acheté des actions Vivendi entre le 30 octobre 2000 et le 14 août 2002. La Société VIVENDI a interjeté appel de cette décision.

Parallèlement, la Société VIVENDI, considérant que le recours par les actionnaires français au juge américain dans le cadre d'une action non reconnue en France et à propos d'un litige qui relèverait de la compétence d'un juge français, constitue un abus de « *forum shopping* » et donc une faute au sens de l'article 1382 du code civil, a décidé d'assigner devant le Tribunal de grande instance de Paris les représentants français des demandeurs à la « *class action* ».

Par Jugement en date du 13 janvier 2010, le Tribunal de grande instance de Paris a débouté la Société VIVENDI de ses demandes.

Sans revenir sur l'ensemble des demandes et prétentions soulevées par les parties dans le cadre de ces diverses procédures, le présent libre propos vise à présenter les procédures de « *class action* » (1) et « *d'abus de forum shopping* » (2).

1/ La procédure de « class action »

La procédure de « class action » ou d'action de groupe n'est pas connue en droit français mais existe dans divers pays tels que les Etats-Unis, le Canada, le Royaume-Uni.

En effet, selon un célèbre adage français, « *nul ne plaide par procureur* », ce qui signifie que nul ne peut engager une action à la place de quelqu'un d'autre.

Certes, des associations de consommateurs agréées peuvent exercer des actions dans l'intérêt collectif des consommateurs mais ces actions ne permettent d'assurer que la réparation du préjudice subi collectivement par les consommateurs et non celle du préjudice subi par chacun d'eux.

De plus, les articles L.421-1 et suivants du code de la consommation prévoient la possibilité pour des associations régulièrement déclarées, ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs, d'agir en réparation pour le compte de consommateurs identifiés, à la condition qu'elles aient été agréées à cette fin.

Il ne s'agit cependant pas d'actions de groupes à proprement parler.

En effet, la procédure de « class action » vise à permettre à diverses victimes de se regrouper pour faire valoir collectivement leurs droits à dommages et intérêts à l'encontre d'une seule et même personne réputée être l'auteur d'un ou plusieurs préjudices subis par chacun d'entre eux. Cette procédure peut être engagée à la demande d'une personne ou d'une association qui prend seule l'initiative de saisir un juge pour le compte d'un groupe ; les membres du groupe n'étant pas tenus de se faire connaître par avance ou de donner mandat. La « class action » permet ainsi le règlement de plusieurs litiges individuels dans le cadre d'une même instance.

Il convient de noter qu'en 2005, le Président de la République française alors en exercice avait demandé au Gouvernement « *de proposer une modification de la législation pour permettre à des groupes de consommateurs et à leurs associations d'intenter des actions collectives contre les pratiques abusives rencontrées sur certains marchés* ». De même, le Gouvernement de Monsieur FILLON a également été saisi de cette question. Néanmoins, à ce jour, cette procédure n'a toujours pas été adoptée en droit français.

La France risque cependant de se voir imposer une procédure européenne, deux projets de directives devant être débattus à Bruxelles dans les prochains mois.

2/ L'abus de « forum shopping »

L'expression « forum shopping » désigne la faculté pour un requérant de choisir parmi les juridictions potentiellement compétentes celle qui répondra le plus favorablement à sa demande.

Il existe en effet des cas où le requérant est amené à sélectionner un tribunal pour y porter son procès, parmi plusieurs tribunaux dépendant de pays différents et dont la compétence peut valablement être retenue. Le demandeur doit alors apprécier les conséquences favorables ou défavorables du choix de chacun des tribunaux possibles.

Le « forum shopping » est d'ailleurs consacré par le droit communautaire, lequel tend, par la multiplicité et le caractère alternatif des chefs de compétence retenus par les divers règlements communautaires, à l'institutionnaliser.

Cette notion de « forum shopping » est donc à rapprocher du droit d'ester en justice lequel constitue, en droit français, un droit fondamental.

Cependant, et comme l'a rappelé le Tribunal de grande instance de Paris dans son jugement en date du 3 février 2010, le droit d'ester en justice (et ainsi le « forum shopping ») peut dégénérer en abus et donner lieu à des dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1382 du code civil « *en cas de malice, de mauvaise foi ou d'erreurs grossières équipollentes au dol* ».

Deux situations doivent donc être distinguées selon que l'intéressé crée ou modifie une situation internationale (ou communautaire) ou qu'il exploite une situation internationale préexistante ; seul le premier cas étant constitutif d'un abus.

En effet, commet une fraude à la juridiction, le demandeur qui, préalablement à la saisine de l'autorité étatique devant laquelle se réalise le forum shopping, a artificiellement créé le chef de compétence de l'autorité saisie.

Cet abus de « forum shopping » peut également, dans certains cas, réaliser une véritable fraude à la loi, notamment lorsqu'il s'identifie à la recherche « *d'une autorité complaisante (...) en vue d'obtenir ce qui ne pourrait l'être selon la loi applicable, et donc la fraude aux lois étrangères* » (B. Audit, Droit international privé : Economica, 2006, 4e éd., n° 261).

Dans ces circonstances, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a été amenée à développer depuis quelques années une jurisprudence dans le domaine de « l'abus de forum shopping » ou de « forum shopping malus », en définissant les éléments constitutifs de la fraude à la compétence dans l'espace judiciaire européen et en développant un test de proportionnalité destiné à débusquer les cas d'abus de droit (Petites affiches, 14 avril 2005, n° 74, p. 51).

Par ailleurs, afin de lutter contre l'utilisation frauduleuse ou abusive des libertés communautaires, la CJCE préconise aux États membres une plus grande coopération.

Les juridictions françaises ont également été amenées à se prononcer sur la question d'abus de « forum shopping ».

A ce titre, elles considèrent notamment que le « forum shopping » constitue un abus lorsqu'il est établi que le demandeur a artificiellement localisé un chef de compétence judiciaire (son domicile, sa résidence...) dans un État étranger en vue de fonder la compétence internationale des tribunaux de cet État.

Ainsi, notamment, dans l'affaire Garret, la Cour d'appel de Montpellier a considéré que les juridictions françaises sont incompétentes pour connaître d'un litige portant sur l'exécution d'un contrat international dès lorsqu'il apparaît que la cession de créance faite par un étranger à une société française avait pour seul but de donner artificiellement compétence aux juridictions françaises sur le fondement de l'article 14 du code civil (CA Montpellier, 2 mai 1985, Juris-Data n°1985-034194).

L'abus de « forum shopping » n'a toutefois pas été retenu par le Tribunal de grande instance de Paris dans l'affaire VIVENDI. Le Tribunal a considéré qu'« *il n'appartient pas au juge français de se prononcer par avance et hors procédure d'exequatur sur le rattachement du litige au juge étranger saisi et sur le caractère conforme ou non à l'ordre public international français d'une décision judiciaire étrangère non encore rendue* ».

Sophie NAYROLLES
Avocat au Barreau de Paris

CORPORATE ET DROIT DES SOCIÉTÉS

Projet de Loi : Création du statut de l'Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée (EIRL) (Communiqué Minefe du 18 février 2010)

Le projet de loi proposant d'instituer l'Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée (EIRL) déposé fin janvier a été adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 17 février dernier. Ce projet de loi, soumis à la procédure accélérée, vise principalement à permettre aux entrepreneurs individuels de séparer leur patrimoine professionnel de leur patrimoine personnel. Aujourd'hui, en effet, l'entrepreneur qui exploite son activité à titre individuel dispose d'un seul et même patrimoine sur lequel peuvent agir aussi bien les créanciers personnels que les créanciers professionnels. Afin que les biens personnels de l'entrepreneur individuel puissent être protégés en cas de faillite, le projet de loi permet à ce dernier de constituer un patrimoine professionnel, dit « patrimoine affecté » par simple déclaration au greffe et ce, sans création d'une personne morale. Ce statut sera ouvert à tout entrepreneur personne physique, quelle que soit son activité, étant précisé qu'un seul patrimoine affecté pourra être constitué par entrepreneur. Le patrimoine affecté sera composé des biens professionnels, sûretés et droits visés dans la déclaration de patrimoine. La déclaration n'aura d'effet qu'à l'égard des créanciers dont les droits seront

nés postérieurement à la publication de la déclaration. Du fait de l'affectation, les créanciers professionnels ne pourront plus poursuivre l'entrepreneur que sur ses biens professionnels. Les créanciers personnels, quant à eux, pourront agir sur le patrimoine non affecté, et si celui-ci ne suffit pas, sur les bénéfices éventuellement générés par l'activité professionnelle lors du dernier exercice clos. L'affectation ne sera toutefois pas opposable aux créanciers en cas de fraude ou de non-respect de la séparation des patrimoines. Sur le plan comptable, l'EIRL devra tenir une comptabilité autonome et déposer des comptes annuels. Fiscalement et à l'instar de l'EURL, il pourra opter pour l'impôt sur les sociétés. Ce dispositif, s'il est adopté, remplacera celui de l'insaisissabilité actuellement prévu par le code de commerce, lequel disparaîtra six mois après la publication de la loi. Au lendemain de l'adoption du projet de loi par les députés, Hervé Novelli, initiateur de cette réforme et OSEO ont annoncé que, pour assurer l'effectivité de ce dispositif, les banques qui accepteront de consentir des concours bancaires aux EIRL, sans condition de caution sur le patrimoine personnel, pourront bénéficier de certaines garanties offertes par OSEO.

S.A. : Parité hommes-femmes dans les Conseils d'administration et de surveillance (Prop. Loi AN, 1^{ère} lecture, TA n°394, 20 janvier 2010)

S'inspirant des législations norvégiennes et belges, Jean-François Copé (Président du Groupe UMP à l'Assemblée nationale) et Marie-Jo ZIMMERMANN (Présidente UMP de la délégation des droits aux femmes) ont déposé une proposition de loi relative à la représentation équilibrée des femmes et des hommes au sein des conseils d'administration (et conseils de surveillance) des sociétés anonymes. Cette proposition a été adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale, le 20 janvier dernier. Le but est d'augmenter progressivement la part des femmes dans ces organes qui n'est que de 10 % dans les sociétés cotées. La proposition prévoit tout d'abord de préciser à l'article L.225-17 que le conseil d'administration sera composé « *en recherchant une représentation équilibrée des femmes et des hommes* ». Il est surtout prévu que dans les sociétés dont les actions sont admises à la négociation sur un marché réglementé, la part des administrateurs de chaque sexe ne pourra être inférieure à 40 %. En outre,

dans les conseils composés de plus de 8 membres, l'écart entre le nombre d'administrateurs de chaque sexe ne pourra être supérieur à deux. Le représentant permanent de la personne morale administrateur devra être pris en compte dans ce calcul. Toutes nominations intervenues en violation de ces dispositions seraient nulles. Cette nullité n'entraînerait toutefois pas la nullité des délibérations prises par le conseil. Tout intéressé pourra par ailleurs faire désigner en justice un mandataire chargé de convoquer l'assemblée devant procéder aux nominations requises en cas de carence du conseil. Le dispositif entrera en vigueur en deux étapes. La part de chaque sexe au conseil ne pourra être inférieure à 20 %, trois ans après la promulgation de la loi, et à 40 % six ans après cette promulgation. Toutefois, si à l'issue des six mois qui suivent la promulgation de la loi, un des deux sexes n'est pas représenté au conseil, au moins un représentant de ce sexe devra être désigné par les actionnaires lors du prochain renouvellement du conseil.

DROIT FISCAL

Nature des plus-values de cession de titres en cas de recapitalisation de la société cédée (Conseil d'Etat, 22 janvier 2010, n°311339)

Le Conseil d'Etat fait suite à un arrêt en date du 26 mars 2008 (CE, 26 mars 2008, n°301413) et vient de se prononcer, à nouveau, sur les modalités de détermination de la fraction à court ou long terme d'une plus value de cession de titres, dès lors que la société cédée a été préalablement recapitalisée via un mécanisme qualifié de « coup d'accordéon » en ce qu'il est caractérisé par des opérations consécutives de réduction.

A ce titre, la Haute juridiction administrative confirme sa position initiale et considère que la cession de titres doit être appréciée comme portant à la fois sur des titres détenus depuis plus de deux ans et sur des titres détenus depuis moins de deux ans, à proportion des rapports existant entre les apports versés lors des souscriptions intervenues respectivement plus et moins de deux ans avant la cession des titres et le prix de revient total.

La procédure dite de « question prioritaire de constitutionnalité » (Loi constitutionnelle 2008-724 du 23/07/2008 ; Loi organique 2009-1523 du 10/12/2009)

A partir du 1^{er} mars 2010, tout justiciable pourra invoquer, à tout moment de la procédure, y compris pour la première fois en appel ou en cassation, l'inconstitutionnalité d'une disposition législative dès lors qu'elle porte atteinte aux droits et libertés garantis par l'article 61-1 de la Constitution.

Ainsi, en droit fiscal, une taxe pourra être déclarée illégale par l'action d'un seul citoyen. Ensuite, tous les contribuables intéressés pourront agir afin d'obtenir le remboursement de cette taxe sur le fondement de la décision du Conseil constitutionnel.

Cette réforme permet tout d'abord au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation de décider si le Conseil constitutionnel doit être saisi de cette question de constitutionnalité et ensuite réserve à ce dernier le pouvoir d'abroger la disposition législative jugée contraire à la Constitution.

Selon nous et de prime abord, les principes constitutionnels qui pourront être invoqués dans le cadre des litiges fiscaux sont assurément le principe de non-discrimination, le principe de la nécessaire intelligibilité et accessibilité de la Loi ainsi que le principe de sécurité juridique.

L'avancement de la réforme de la TVA immobilière (Rapport du sénateur Marini en date du 10 février 2010/Commission des Finances du Sénat)

En vue d'éviter à la France une condamnation plus que probable pour la non-conformité de sa réglementation nationale en matière de TVA immobilière, la Commission des finances, dans son Rapport en date du 10 février 2010, estime qu'il convient d'agir plus rapidement que prévu et de ne pas attendre le 1^{er} juillet 2010.

Aussi, le gouvernement va proposer d'introduire, par voie d'amendement, son projet de réforme au sein de la loi de Finance rectificative pour 2010 afin d'assurer son entrée en vigueur au 1^{er} mars 2010.

Selon Monsieur le sénateur Marini, auteur dudit Rapport, une entrée en vigueur de la réforme fin février ou début mars serait une option plus convenable.

Cette réforme passe par cinq points : la modification de la définition du terrain à bâtir, l'inversion du redevable de la TVA, la fin de l'exonération de TVA pour les terrains à bâtir, la modification du régime des marchands de biens et l'exigibilité de la taxe dans le cadre d'une VEFA.

ENTREPRISES EN DIFFICULTÉ

L'effet universel de la procédure principale d'insolvabilité

(CJUE, 21 janvier 2010, C-444/07)

Par un arrêt rendu sur question préjudicielle le 21 janvier 2010, la Cour de Justice de l'Union Européenne précise la portée de l'ouverture dans un état membre d'une procédure principale d'insolvabilité, selon les termes du Règlement n°1346/2000 du 29 mai 2000, et affirme clairement son caractère universel. En l'espèce, une procédure d'insolvabilité avait été ouverte en Pologne, à l'encontre d'une société de droit polonais, qui se trouvait avoir une succursale en Allemagne. Deux jours après l'ouverture de cette procédure collective, l'administration douanière allemande obtenait une saisie-arrêt des avoirs en banque du débiteur, ainsi qu'une saisie conservatoire de créances détenues par le débiteur sur ses cocontractants allemands. Or, le droit polonais des procédures collectives interdit de telles mesures d'exécution postérieurement à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité.

Le raisonnement de la CJUE est limpide. En l'absence de motifs de non reconnaissance du jugement d'ouverture (atteinte aux libertés individuelles, violation du secret postal, ou contrariété à l'ordre public), ce jugement doit être immédiatement reconnu dans les autres états membres et a une portée universelle. La procédure principale d'insolvabilité ainsi ouverte dans l'état d'origine inclut donc tous les actifs du débiteur, y compris ceux situés dans d'autres états membres. Hors les cas spécifiquement énumérés par le Règlement (tel le contrat de travail), c'est la loi de l'état d'ouverture qui est appelée à régir cette procédure et son déroulement. En l'espèce, le droit polonais interdisant les mesures d'exécution postérieurement à l'ouverture d'une procédure collective, de telles mesures ne pouvaient être ordonnées sur les biens du débiteur, y compris ceux situés en Allemagne.

Conversion d'un règlement en liquidation judiciaire : modalités de la saisine d'office du tribunal

(Cass. com., 9 février 2010, pourvoi n°09-10.925)

Dans cet arrêt, rendu au visa de l'article 16 du code de procédure civile, la Cour de cassation précise la portée du respect des formalités de convocation du débiteur dans l'hypothèse d'une saisine d'office du tribunal en vue de la conversion du redressement judiciaire en liquidation. Les articles R.631-3 et R.631-24, alinéa 1er, du code de commerce précisent que, lorsque le tribunal se saisit d'office en vue d'une conversion de la procédure en

liquidation judiciaire, il doit faire convoquer le débiteur par acte d'huissier de justice, et joindre à cette convocation une note par laquelle le président expose les faits motivant cette saisine d'office. La Cour de cassation affirme le caractère impératif du respect de cette formalité. Quand bien même, comme en l'espèce, le débiteur a pu être entendu par le tribunal, la procédure doit être annulée, faute pour le débiteur d'avoir été dûment convoqué.

Relevé de forclusion : défaillance du créancier due à une omission volontaire du débiteur

(Cass. com., 12 janvier 2010, pourvoi n°09-12.133)

L'article L.622-26 du code de commerce permet au créancier qui n'aurait pas déclaré sa créance dans le délai de deux mois à compter de la publication du jugement d'ouverture, d'être relevé de sa forclusion s'il établit que sa défaillance est due à une omission volontaire du débiteur lors de l'établissement de la liste de ses créanciers, du montant de ses dettes et des principaux contrats en cours. Dans son arrêt du 12 janvier 2010, la Cour de cassation

vient affirmer qu'il s'agit d'un cas de relevé de forclusion de droit, qui sera ordonné dès que sera rapportée la preuve du caractère volontaire de l'omission. Cette preuve sera cependant difficile à établir. En l'espèce, le créancier détenait cette preuve, le débiteur ayant, par un aveu judiciaire, déclaré qu'il ne procéderait pas à l'établissement d'une liste de ses créanciers, puisqu'il ne se reconnaissait débiteur d'aucune somme.

CONTRATS COMMERCIAUX

Le remboursement du prêt d'argent sans terme fixe (Cass. com., 26 janvier 2010, pourvoi n°08-12.591)

En l'espèce, un établissement de crédit avait remis à un avocat un chèque en exécution d'un prêt destiné à financer l'acquisition d'un droit au bail par ses clients, à charge pour l'avocat de recueillir l'accord de ces derniers sur l'acte de prêt. L'acte de cession a été signé et les fonds versés au vendeur. Toutefois, l'acte de prêt n'ayant pas été signé par les acquéreurs, la banque les a assignés à payer le montant des échéances impayées et le capital exigible après déchéance du terme.

Pour rejeter les demandes de la banque, la cour d'appel retient qu'elle « ne justifie ni de l'offre de prêt ni d'un acte de prêt signé par l'emprunteur ou les emprunteurs, ni même d'une copie de l'acte transmis pour régularisation à l'avocat et qu'elle n'est pas fondée à agir en paiement en se

prévalant d'échéances impayées, faute de pouvoir justifier d'un engagement de l'emprunteur sur les modalités de remboursement, et d'une clause de déchéance du terme, dès lors que la stipulation de cette clause n'est pas établie, de sorte que la demande de la (banque) ne peut s'analyser comme une demande en fixation judiciaire d'un terme ».

Au visa de l'article 1900 du code civil, la Cour de cassation casse l'arrêt et énonce la solution suivante : « lorsqu'un prêt d'argent a été consenti sans qu'un terme ait été fixé, il appartient au juge, saisi d'une demande en remboursement, de fixer, eu égard aux circonstances et, notamment, à la commune intention des parties, la date du terme de l'engagement, qui doit se situer à une date postérieure à celle de la demande en justice ».

La « cession Dailly » à titre de garantie (Cass. com., 9 février 2010, pourvoi n° 09-10.119)

Il est fréquent, dans les cessions de créances à titre de garantie, que le montant de la créance garantie soit inférieur au montant de la créance cédée à titre de garantie par voie de bordereau Dailly. Dans ce cas, le débiteur cédé à qui la cession a été notifiée doit-il, pour se libérer valablement, verser le montant intégral de la créance cédée entre les mains du cessionnaire ? Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt commenté, les juges du fond avaient répondu par l'affirmative en précisant qu'il appartient au cessionnaire de restituer au cédant, la quote-part excédant le montant de la créance garantie.

L'arrêt est censuré au visa de l'article L.313-24 du code monétaire et financier. La Cour de cassation énonce que « la cession de créance effectuée à titre de garantie prend fin sans formalité particulière pour les sommes qui restent due à la banque cessionnaire par le cédant ».

Ainsi, le débiteur cédé est-il tenu de payer directement au cédant la quote-part excédant le montant de la créance garantie, ce qui sera sans doute source de difficulté pour lui, notamment s'il ne connaît pas le montant de la créance impayée du cessionnaire sur le cédant.

Rééchelonnement du crédit, solidarité et forclusion biennal (Cass. civ. 1^{ère}, 11 février 2009, pourvoi n° 08-20.800)

Cet arrêt rendu le 11 février dernier par la Cour de cassation mérite d'être souligné, tant en raison de sa large diffusion (FS-P+B+I) que de l'intérêt de la question qu'il tranche, semble-t-il, pour la première fois. La Haute juridiction estime qu'en cas de réaménagement ou de rééchelonnement des modalités de règlement des échéances impayées d'un

crédit à la consommation consenti à deux emprunteurs tenus solidairement, le report du point de départ du délai biennal de forclusion n'est pas opposable à celui des emprunteurs qui n'a pas signé l'acte de réaménagement ou de rééchelonnement, à moins qu'il ait manifesté la volonté d'en bénéficier.

CONCURRENCE ET DISTRIBUTION

La conclusion d'un contrat de distribution susceptible de constituer une concentration (Décision n°09-DCC-64 de l'Autorité de la concurrence)

L'Autorité de la concurrence a considéré, dans une affaire concernant le secteur de la grande distribution, que la conclusion d'un contrat de distribution, couplée à une participation minoritaire dans le capital du distributeur pouvait, sous certaines circonstances, constituer une concentration imposant une notification de l'opération.

En l'espèce, l'Autorité de la concurrence précise que la tête de réseau est réputée détenir le contrôle conjoint de son distributeur, lequel résulte de l'influence déterminante conférée à la tête de réseau sur l'activité du distributeur dont elle détient une partie du capital, même minoritaire.

Lorsqu'elle acquiert un tel contrôle conjoint, le renforce ou prend ensuite le contrôle exclusif de son distributeur, la tête de réseau peut être contrainte de notifier une concentration, si les conditions en sont remplies (notamment celles relatives aux seuils de chiffres d'affaires).

Dans cette affaire, le contrôle de la tête de réseau ressortait du contrat de distribution qui prévoyait notamment un droit de préférence au profit de la tête de réseau pour une durée supérieure à dix ans, combiné aux statuts de la société membre du réseau qui l'autorisaient à s'opposer à certaines décisions stratégiques de son distributeur.

Baisse substantielle du taux d'intérêt légal pour 2010 (Décret n°2010-127 du 10 février 2010, JORF n°0035 du 11/02/2010)

Le 11 février dernier a été publié le nouveau taux d'intérêt légal pour 2010. Celui-ci s'élève à 0,65 %, alors même qu'il s'élevait à 3,79 % en 2009. Cette baisse entraîne différentes conséquences pratiques. Elle impacte le montant minimum des pénalités dues en cas de retard de paiement : le taux minimum de pénalités, égal à trois fois le taux d'intérêt

légal, passe de 11,37% en 2009 à 1,95% en 2010, diminuant ainsi substantiellement le montant minimum dû en cas de retard de paiement. De même, s'agissant des contentieux, les sommes dues par une partie générant des intérêts au taux légal, le montant de ces intérêts sera considérablement réduit en 2010.

Exonération définitive des délais de paiement légaux pour le secteur du livre (Loi n°2010-97 du 27 janvier 2010)

La loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 (LME) a imposé des délais maxima de paiement : 45 jours fin de mois, et 60 jours à compter de la date d'émission de la facture. De nombreux secteurs d'activité ont été autorisés, par la conclusion d'accords interprofessionnels entérinés par décrets, à déroger temporairement aux délais de paiement légaux, afin de leur permettre une adaptation progressive aux nouveaux délais.

Néanmoins, la LME prévoyait qu'à compter du 1^{er} janvier 2012, tous les opérateurs économiques seraient contraints de respecter ces délais de paiement (à l'exception toutefois de certains secteurs dans lesquels les délais sont plus courts).

Une loi du 27 janvier 2010 a remis en cause le principe posé par la LME en accordant au secteur du livre une exonération totale et définitive des délais de paiements légaux.

Désormais, pour les opérations d'achat, de vente, de livraison, de commission ou de façon concourant à la fabrication de livres, ainsi que pour la fourniture de papier et autres consommables dédiés à une activité d'impression, de brochage, de reliure ou d'édition de livres, le délai de paiement des factures sera fixé librement par les parties. Si ce délai doit en principe être « défini conventionnellement entre les parties », en pratique il sera généralement prévu dans les conditions générales de vente du fournisseur.

PERSONNES ET PATRIMOINE

La patrimonialisation du droit à l'image

(Cass. civ. 1^{ère}, 28 janvier 2010, pourvoi n°08-70.248)

Par le biais d'un contrat de cession un mannequin avait cédé à un photographe le droit d'utiliser son image. Ledit contrat accordait au photographe un droit d'utilisation sans limitation ni temporelle, ni géographique, ni quantitative, et sans même préciser le mode d'exploitation des clichés. Seule était prohibée l'utilisation préjudicielle des photographies du mannequin. Le photographe auquel avait été accordé cette utilisation quasi illimitée a cédé ce droit d'utilisation à une société. Le modèle attaque alors le photographe et la société, nouvellement titulaire des droits, afin de voir annuler le contrat. Celle-ci soutenait que l'autorisation de cession consentie étant illimitée, le contrat devait à ce titre être annulé. En effet, la Haute juridiction a dans un arrêt

du 11/12/2008 (07-19.494) considéré qu'une cession était valide dès lors que, « *les parties avaient stipulé de façon suffisamment claire les limites de l'autorisation donnée quant à la durée, son domaine géographique, la nature des supports et l'exclusion de certains contextes* ». Or, en l'espèce, la Cour rejette cette argumentation aux motifs que le modèle « *avait librement consenti à la reproduction des clichés de son image précisément identifiés, de sorte que l'autorisation ainsi donnée à l'exploitation n'était pas illimitée* ». Dès lors, seul semble compter le fait que les photographies étaient identifiées de façon précise. Ainsi, par cet arrêt, la Cour semble s'orienter vers l'admission de la patrimonialisation du droit à l'image.

L'exclusion du jeu de la clause d'exonération en cas de mauvaise foi du vendeur

(Cass. civ. 3^{ème}, 13 janvier 2010, pourvoi n°08-21.677)

Monsieur Y a vendu aux époux X un immeuble par un acte authentique auquel était annexé un état parasitaire constatant l'absence de termites dans l'immeuble. Cependant, après la vente, les époux ayant constaté la présence de termites, ces derniers ont assigné le vendeur, le diagnostiqueur et son assureur. Afin de s'exonérer de sa responsabilité, le vendeur a invoqué l'existence de la clause d'exonération de garantie inscrite au contrat. La Haute juridiction a écarté ce moyen aux motifs qu'une telle clause ne peut exonérer le vendeur de sa garantie des vices cachés, que lorsque ce dernier est de bonne foi.

Or, en l'espèce, il résultait de travaux grossièrement réalisés, par le vendeur, que celui-ci avait parfaitement connaissance de la présence de termites. Dès lors, la clause d'exonération ne pouvait recevoir application. Par ailleurs, la Cour a refusé de procéder à une recherche de l'incidence, pour le vendeur, de l'état parasitaire erroné réalisé par le diagnostiqueur, aux motifs que le vendeur connaissait l'existence des parasites et « *avait commis une réticence dolosive en faisant insérer à l'acte la mention d'un état parasitaire négatif* ». Ainsi, la mauvaise foi du vendeur le prive, de surcroît, d'un éventuel partage des responsabilités.

Le concubinage, un obstacle à la qualification de la société créée de fait

(Cass. civ. 1^{ère}, 20 janvier 2010, pourvois n°08-13.200, 08-16.105 et 08-13-400)

Selon la Cour de cassation, l'existence d'une société créée de fait entre concubins, « *exige la réunion des éléments caractérisant tout contrat de société, (...) l'existence d'apports, l'intention de collaborer sur un pied d'égalité à la réalisation d'un projet commun et l'intention de participer aux bénéfices ou aux économies ainsi qu'aux pertes ; (...) ces éléments cumulatifs doivent être établis*

séparément et ne peuvent se déduire les uns des autres ». Ainsi, l'affectio societatis devra être reconnu en tant que tel, et ne pourra se déduire de l'existence des autres éléments constitutifs et par exemple, de la participation financière à un projet. Or, cette difficulté pour des concubins d'établir la réalité de l'affectio societatis constitue un obstacle majeur à la qualification de société de fait.

SOCIAL ET RESSOURCES HUMAINES

Preuve du surclassement accordé par l'employeur (Cass. soc., 12 janvier 2010, pourvoi n°08-42.835)

En principe, la qualification du salarié, telle qu'indiquée sur son bulletin de paie, correspond aux fonctions réellement exercées par lui.

En l'espèce, la salariée qui se prévalait de son bulletin de paie mentionnant une qualification supérieure à celle qu'elle exerçait, pour faire valoir son reclassement, avait été déboutée de sa demande par les juges du fond au motif que la simple mention sur le bulletin de paie ne suffisait pas

à établir la volonté non équivoque de l'employeur de la surclasser.

La Cour de cassation a censuré cette décision en estimant que la Cour d'appel aurait dû rechercher si la volonté de l'employeur ne résultait pas des correspondances adressées à la salariée, confortées par ses bulletins de paie, ceux-ci ne constituant donc qu'un indice de la volonté claire et non équivoque de l'employeur.

Formalisme de l'avis d'inaptitude en cas de danger immédiat (Cass. soc., 20 janvier 2010, pourvoi n°08-45.270)

En application de l'article R. 4624-31 du code du travail, le médecin ne peut constater l'inaptitude du salarié à son poste qu'après deux avis médicaux espacés de deux semaines, excepté lorsque le maintien du salarié à son poste de travail entraîne un danger immédiat pour sa santé ou celle des tiers, cas dans lequel l'inaptitude peut être déclarée au terme d'un seul examen médical.

La Cour de cassation rappelle, aux termes du présent arrêt, qu'en cas de danger immédiat, l'avis médical doit expressément mentionner soit de façon explicite « la situation de danger immédiat », soit, outre la référence à l'article R.4624-31, qu'une seule visite a été effectuée. A défaut de respect de ce formalisme, le licenciement pour inaptitude prononcé à la suite d'un seul examen est nul.

Prise d'acte de la rupture : précisions sur le droit à l'indemnité de préavis (Cass. soc. 20 janvier 2010, pourvois n°08-43.471 et n°08-43.476)

La prise d'acte de la rupture du contrat de travail par un salarié en raison des faits qu'il reproche à son employeur produit, si les faits invoqués le justifient, les effets d'un licenciement sans cause réelle et sérieuse et le salarié peut prétendre à l'indemnité de préavis et les congés payés afférents, à des dommages et intérêts et à l'indemnité de licenciement.

Dans le cas contraire, c'est-à-dire si les manquements imputés par le salarié à son employeur ne sont pas réels ou pas suffisamment graves pour justifier la rupture aux torts de ce dernier, la prise d'acte de la rupture du contrat de travail produit les effets d'une démission.

Aux termes de deux arrêts rendus le 20 janvier 2010, la Cour de cassation précise que l'indemnité compensatrice de préavis est due par l'employeur même lorsque le salarié a demandé à être dispensé de son préavis ou s'il n'a pu l'exécuter en raison d'un arrêt maladie.

Cette solution s'explique par le fait que, comme le rappelle la Cour de cassation, la prise d'acte de la rupture entraîne la cessation immédiate du contrat de travail en raison du manquement par l'employeur à ses obligations. L'inexécution du préavis par le salarié étant imputable au comportement de l'employeur, ce dernier devra donc l'indemniser à ce titre.

IMMOBILIER

Portée d'une clause d'échelle mobile stipulée uniquement à la hausse

(CA Douai, ch. 2, sect 2, 21 janvier 2010, RG n°08/08568)

Voilà un arrêt qui risque fort de marquer les esprits tant les circonstances qui ont donné lieu à cette solution sont légions en pratique.

En l'espèce, un bailleur avait assigné son locataire, en vue d'obtenir la révision prévue à l'article L. 145-39 du code de commerce. Débouté en première instance, le bailleur a saisi la Cour d'appel de DOUAI qui a confirmé le jugement au motif que « *si l'indexation annuelle du loyer en référence à l'indice du coût de la construction publié par l'INSEE mais uniquement à la hausse, est licite et conforme à la liberté contractuelle, elle ne revêt toutefois pas l'exigence de variation positive ou négative posée par l'article L. 145-39 précité pour entrer dans le champ d'application de la révision autorisée* ».

La Cour d'appel de DOUAI a donc estimé que la clause d'échelle mobile stipulée uniquement en cas de hausse de l'indice est valable, dès lors qu'elle ressort de la liberté contractuelle (certaines juridictions avaient toutefois considéré que cette stipulation était nulle). Pour autant, le bailleur ne sera pas en droit de solliciter l'application de la révision de l'article L.145-39 précité dans la mesure où ladite clause n'entre pas dans le champ d'application de l'article, faute d'en respecter les conditions.

La décision mérite approbation en ce qu'elle réalise un bon compromis entre liberté contractuelle et le statut protecteur. Les bailleurs devront donc choisir entre une indexation uniquement à la hausse et la révision de l'article L 145-39, à moins qu'ils ne préfèrent plafonner la baisse de la variation.

Obligations de tout entrepreneur à l'égard du maître d'ouvrage avant réception

(Cass. civ. 3^{ème}, 27 janvier 2010, pourvoi n°08-18.026)

Des époux avaient confié la réalisation de leur maison à un entrepreneur et les plans de construction à un architecte. Le permis de construire obtenu ayant fait l'objet d'un recours au motif que l'implantation de la maison n'était pas conforme au plan d'occupation des sols, les travaux ont été suspendus. Assigné en responsabilité avec l'architecte, l'entrepreneur a été condamné à réparer le préjudice subi par les époux du fait de la mauvaise implantation.

Saisi du recours de l'entrepreneur qui estimait que les juges du fond avaient requalifié le contrat d'entreprise en contrat de construction de maison individuelle avec fourniture de plan, la Cour de cassation rejette le pourvoi estimant que « *quelle que soit la qualification du contrat, tout professionnel de la construction était tenu avant réception d'une obligation de conseil et de résultat envers le maître de l'ouvrage* ».

Copropriété et autorisation d'agir en justice postérieure

(Cass. civ. 3^{ème}, 13 janvier 2010, pourvoi n°09-10.398)

Dans une espèce où un syndic avait agi en justice sans habilitation du syndicat, la Cour de cassation a estimé que l'action du syndic était irrecevable alors même que le syndicat avait ratifié *a posteriori* l'action du syndic.

En l'espèce, le syndic avait engagé la responsabilité de l'administrateur du précédent syndicat pour avoir dissimulé la situation financière de ce dernier, action qui se prescrit par 3 ans à compter de la découverte du fait dommageable.

Le syndic qui avait eu connaissance de la dissimulation le 27 avril 2004, a assigné le liquidateur le 27 juin 2005. Le syndicat n'ayant habilité le syndic à agir en justice que le 26 juillet 2008, la Cour de cassation a estimé que l'habilitation du syndicat était intervenue postérieurement à l'expiration du délai de prescription de l'action, de sorte que le syndic était irrecevable à agir. La solution qui ne remet pas en cause la validité des habilitations à agir en justice données *a posteriori*, est juridiquement fondée.

PROCEDURE CIVILE ET VOIES D'EXECUTION

Sur la notion d'estoppel

(Cass. civ. 1^{ère}, 3 février 2010, pourvoi n°08-21.288)

La théorie de l'estoppel a été régulièrement consacrée en matière d'arbitrage mais son application reste timide devant les juridictions étatiques. Ce principe, connu par les juristes de droit anglo-américain et inspiré par les obligations procédurales de loyauté et de bonne foi, interdit à toute partie à un litige de se contredire au détriment d'autrui.

Par arrêt en date du 3 février 2010, la Cour de cassation a proposé une définition générale de l'estoppel comme « *le comportement procédural [d'une des parties] constitutif d'un changement de position, en droit, de nature à induire [l'autre partie] en erreur sur ses intentions* ».

Dans cette affaire, la Cour de cassation a cassé l'arrêt qui avait qualifié d'estoppel l'attitude procédurale d'une des parties à la convention d'arbitrage et, ainsi déclaré irrecevable le recours en annulation d'une sentence arbitrale. Aux termes de cet arrêt, la Cour de cassation a précisé que le seul fait pour une partie de ne pas avoir contesté la recevabilité de la demande reconventionnelle entre l'ordonnance de procédure et le procès-verbal d'audience n'emportait pas renonciation à s'en prévaloir dans la procédure d'annulation. Ainsi, cette renonciation ne peut à elle seule constituer un estoppel et priver cette partie du droit de demander l'annulation de la sentence arbitrale.

Sur l'autorité de la chose jugée entre époux

(Cass. civ. 2^{ème}, 21 janvier 2010, pourvoi n°08-17.707)

Conformément à l'article 1421 du code civil, « *chacun des époux a le pouvoir d'administrer seul les biens communs et d'en disposer, sauf à répondre des fautes qu'il aurait commises dans sa gestion. Les actes accomplis sans fraude par un conjoint sont opposables à l'autre* ». En application de cet article, la Cour de cassation a, par arrêt du 21 janvier 2010, retenu que « *chacun des époux, en sa qualité d'administrateur de la communauté, agit au nom de cette dernière de sorte que la décision relative au sort d'un bien de la communauté, rendue à l'égard d'un des époux, a autorité de la chose jugée à l'égard de l'autre* ».

Dans cette affaire, le mari a demandé la résiliation d'un bail qu'il aurait consenti à un tiers et la condamnation de ce dernier à lui payer les loyers impayés. Cependant, un tribunal d'instance a, par jugement irrévocable, déclaré les demandes irrecevables car le mari ne prouvait ni sa qualité de propriétaire ni l'existence d'un bail. Le mari et la femme ont alors décidé d'assigner cette même personne aux mêmes fins. Or, la Cour d'appel puis la Cour de cassation ont considéré que l'autorité de la chose jugée attachée à ce jugement à l'égard de chacun des époux interdisait un nouvel examen de la même demande.

Sur l'exception d'incompétence

(Cass. civ. 1^{ère}, 3 février 2010, pourvoi n°09-13.618)

Selon l'article 73 du code de procédure civile (CPC), constitue une exception de procédure tout moyen qui tend soit à faire déclarer la procédure irrégulière ou éteinte, soit à en suspendre le cours. Il s'agit notamment des exceptions d'incompétences comme, celle tirée de l'existence d'une clause compromissoire. Il convient de rappeler que ces exceptions doivent, sous peine d'irrecevabilité, être soulevées simultanément et *in limine litis*, c'est-à-dire avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir (art. 74 du CPC).

Cette double exigence de simultanéité et d'antériorité est sanctionnée par l'irrecevabilité du moyen, irrecevabilité qui est opérante même dans les cas où les règles invoquées au soutien de l'exception sont d'ordre public (Ch mixte, 24 mai 1975, n°73-13.556). C'est ainsi que la Cour de cassation a, par arrêt du 3 février 2010, déclaré irrecevable l'exception d'incompétence du Tribunal de grande instance en présence d'une clause compromissoire, cette exception ayant été soulevée après que les défendeurs aient conclu au fond.

PROPRIETE INTELLECTUELLE

Contrefaçon de marque par modification ou suppression

(Cass. com., 19 janvier 2010, pourvoi n°08-70.036)

La reproduction, l'usage et l'apposition d'une marque sans autorisation sont les actes de contrefaçon les plus souvent invoqués. Il existe aussi d'autres actes interdits, la suppression ou la modification d'une marque sans autorisation, également visés par l'article L.713-2 du code de la propriété intellectuelle.

En l'espèce, le titulaire d'une célèbre marque de champagne avait découvert à la suite d'une saisie-contrefaçon des bouteilles de champagne, revêtues de sa marque, et dont le code apposé par le producteur sur l'étiquette avait été rayé. Il engagea une action fondée à la fois sur les dispositions du code de la consommation et sur la contrefaçon de marque.

La Cour de cassation casse l'arrêt qui avait retenu la contrefaçon de marque après avoir constaté que le code, en lui-même, n'était pas protégé par le dépôt de marque, mais que l'étiquette qui en constituait le support était reproduite dans l'enregistrement de sorte que l'apposition du trait sur le code constituait une modification de la marque sans autorisation. Selon la Haute Cour, en statuant ainsi alors que le code n'était pas lui-même protégé, l'arrêt a violé l'article L.713-2 du code de la propriété intellectuelle. Si la contrefaçon n'est pas retenue, il en va différemment s'agissant des demandes fondées sur les dispositions du code de la consommation réprimant l'altération des éléments d'identification de marchandises.

L'usage à titre de marque pour éviter la déchéance

(Cass. com., 19 janvier 2010, pourvoi n°08-70.136)

La déchéance de la marque est encourue lorsqu'elle n'est pas exploitée ; elle peut-être totale, ou partielle c'est-à-dire ne concerner que certains des produits et services visés au dépôt. En tout état de cause, il faut établir son usage à titre de marque, ce que rappelle l'arrêt commenté.

Dans cette affaire, la déchéance de cinq marques était demandée. La Cour d'appel avait prononcé la déchéance partielle de ces marques, pour différents produits et services selon les marques en cause, et pour lesquelles différents éléments de preuve de leur usage étaient rapportés. S'agissant de l'une de ces marques, la Cour d'appel avait prononcé la déchéance partielle maintenant les droits sur le signe pour désigner les produits d'assurance.

Le pourvoi reprochait à l'arrêt de ne pas avoir donné de motifs de nature à justifier que la distribution d'un tract publicitaire, reprenant la marque litigieuse, offrant une réduction en cas de souscription d'un contrat d'assurance automobile ne caractérisait pas l'usage de ce signe pour des services de publicité ainsi que d'assistance aux automobilistes, pour lesquels la déchéance avait été prononcée. Mais la Cour approuve l'arrêt en considérant qu'il ne résultait pas de l'utilisation des termes pour nommer certaines polices d'assurance et assurer leur promotion, un usage à titre de marque, seul susceptible d'entrer dans les prévisions de l'article L.714-5 b) du code de la propriété intellectuelle. La solution est sévère mais subtile.

Les hôteliers et la SACEM

(Cass. civ. 1^{ère}, 14 janvier 2010, pourvois n° 08-16.022, 08-16.023 et 08-16.024)

L'arrêt reprend une solution connue selon laquelle l'hôtelier qui met à disposition de ses clients, hébergés dans les chambres de son établissement, un poste de télévision au moyen duquel est distribué le signal permettant la réception, par ces clients, des programmes de télédiffusion, se livre à un acte de communication au public. Il doit donc s'acquitter des redevances auprès de la SACEM.

Dès 1994, la Cour de cassation, puis la CJCE en 2006, avait tranché le débat sur la notion de public et considéré qu'il pouvait être composé de clients occupant à titre privé des chambres individuelles. Les prochaines décisions devront régler la question pour les autres moyens de télédiffusion, sur la base des enseignements de cette jurisprudence bien assise.

ACTUALITÉ DU CABINET

Événement

Simon Associés a participé à la reprise des Chantiers Baudet à Saint-Nazaire par le Fonds de Consolidation et de Développement des Entreprises (FCDE)

Pour en savoir plus :

La Lettre des Juristes d'Affaires, 15 février 2010, [cliquez ici](#)

Option Droit & affaires, 10 février 2010, [cliquez ici](#)

Capital Finance, 8 février 2010, [cliquez ici](#)

Catégorynet, 3 février 2010, [cliquez ici](#)

Lawinfrance.com, 3 février 2010, [cliquez ici](#)

Droit de la distribution

A l'occasion du Salon FRANCHISE EXPO PARIS qui se déroulera à la Porte de Versailles du 14 au 17 mars 2010, SIMON Associés aura le plaisir de vous accueillir au Village des Experts qui regroupe des professionnels confirmés dans toutes les disciplines nécessaires à la création et au développement des réseaux.

Publications récentes de Simon Associés

François-Luc SIMON: « *A armes égales* » - [La Lettre des Juristes d'Affaires, 22/02/2010](#)

Denis DI LEONARDO : « *Défendez vos intérêts face au fisc* » - [Le Revenu.com, 10/02/2010](#)

François-Luc SIMON : « *Pourquoi choisir la location-gérance* » - [Points de Vente, 08/02/2010](#)

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

www.simonassocies.com